

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

XXI

PALMA DE MALLORCA, 2020

Con la colaboración de:



Parlament de les Illes Balears

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

XXI

PALMA DE MALLORCA, 2020

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	pág.	7
II.- ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD .	pág.	9
III.- ACADÉMICOS EN OTRAS SITUACIONES Y FALLECIDOS	pág.	11
IV.- TRABAJO DE LOS ACADÉMICOS DURANTE EL CURSO 2018-2019.....	pág.	13
1. MEMÒRIA DEL CURS ACADÈMIC 2017-2018	pág.	13
2. DISCURSO DE INGRESO DEL ACADÉMICO ELECTO DON CARLOS IZQUIERDO TÉLLEZ.....	pág.	31
Política criminal y Justicia penal en el Pacto de Estado contra la violencia de género		
3. CONTESTACIÓN AL DISCURSO, DE DOÑA ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ	pág.	94
Reflexiones sobre la política criminal en España		
4. CONFERENCIA DE DON CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ ..	pág.	111
Solidaridad y responsabilidad: derechos y obligaciones		
5. ESTUDIOS EN EL 40º ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978, COORDINADOS POR DON MIQUEL MASOT MIQUEL	pág.	120
5.1. LOS DEBERES CONSTITUCIONALES. ESPECIAL REFERENCIA A LOS IMPUESTOS POR EL ARTÍCULO 30 DE LA CONSTITUCIÓN. Por Don Joan Oliver Araujo	pág.	123
5.2. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL EN EL BLOQUE CONSTITUCIONAL. Por Don Antonio Monserrat Quintana.....	pág.	138

5.3. JURAMENTO O PROMESA Y TOMA DE POSESIÓN DEL CARGO, EMPEZANDO POR EL DE JEFE DEL ESTADO. Por Don Tomás Mir de la Fuente	pág. 159
5.4. CONSTITUCIÓ I PROCÉS CIVIL. ALGUNS ASPECTES PROBLEMÀTICS. Por Don Carlos Gómez Martínez. . .	pág. 197
5.5. CONSTITUCIÓN Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL. Por Don Carlos Jiménez Gallego	pág. 217
5.6. BREVES NOTAS SOBRE LA INCIDENCIA DE LA . . . CONSTITUCIÓN DE 1978 EN LA REFORMA PARCIAL Y URGENTE DEL CÓDIGO PENAL DE 1983. Por Don Gabriel Garcías Planas.	pág. 233
5.7. EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL SEGÚN LA CONS-TITUCIÓN DE 1978. Por Doña Olga Cardona Guasch . .	pág. 247
5.8. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA. Por Doña María Pilar Ferrer Vanrell	pág. 272
V.- OTROS TRABAJOS EN, O PARA, LA ACADEMIA DURANTE EL CURSO 2018-2019.	pág. 311
1. XVI PREMIO PASCUAL GONZÁLEZ CONCEDIDO A DON ANSELMO MARTÍNEZ CAÑELLAS: Peculiaridades del régimen de separación de bienes de Baleares cuando uno de los cónyuges es empresario	pág. 311
2. DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO 2018-2019 DE DON LUIS CAZORLA PRIETO SOBRE LEGITIMIDAD MONÁRQUICA Y GESTIÓN ECONÓMICA DE LA MONARQUÍA: El presupuesto de la Casa del Rey.	pág. 388

3.	MESA REDONDA SOBRE NUEVO ENFOQUE DE LA INCAPACIDAD. Anteproyecto de Ley de la legislación penal y procesal en la materia.	pág. 411
3.1.	Intervención de Don Antonio Pau Pedrós: De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil.	pág. 411
3.2.	La intervención de Don Pedro A. Munar Bernat: La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad.	pág. 436
4.	CONFERENCIA DE DOÑA MARÍA BALLESTER CARDELL: La crisi dels quaranta de la Constitució de 1978. La difícil maduresa del sistema democràtic	pág. 471
VI.-	RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS DE ESTE BOLETÍN	pág. 495

I.- JUNTA DE GOBIERNO DE LA REAL 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 ORDEN DE ANTIGÜEDAD

Excmo. 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^a Isabel Tapia Fernández

Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana

Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Aguiló Monjo

Ilmo. Sr. D. Josep Maria Quintana Petrus

Ilma. Sra. D^a María Pilar Ferrer Vanrell

Ilmo. Sr. D. Miguel Coca Payeras

Ilmo. Sr. D. Carlos Jiménez Gallego

Ilmo. Sr. D. Antonio J. Terrasa García

Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez

Ilmo. Sr. D. Joan Oliver Araujo

Ilma. Sra. D^a Olga Cardona Guasch

Ilmo. Sr. D. Carlos Izquierdo Téllez

III.- ACADÉMICOS EN OTRAS SITUACIONES Y FALLECIDOS

Ilmo. Sr. D. Bernardo Cardona Escandell (emérito)

Ilmo. Sr. D. Antonio Pérez Ramos (emérito)

Ilmo. Sr. D. José Zaforteza Calvet (emérito)

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

Ilmo. Sr. D. Juan Blascos Serra (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Raimundo Clar Garau (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Miguel Coll Carreras (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Rafael Gil Mendoza (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Francisco Noguera Roig (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Antonio Puerto Planas (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Ángel Reigosa Reigosa (Académico de Honor fallecido)

Ilmo. Sr. D. Andrés Rullán Castañer (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Miguel Suau Rosselló (fallecido)

Ilmo. Sr. D. Juan Vidal Perelló (fallecido)

IV.- TRABAJO DE LOS ACADÉMICOS DURANTE EL CURSO 2018-2019

1. MEMÒRIA DEL CURS ACADÈMIC 2017-2018

Introducció

Aquesta memòria es confecciona en compliment de les previsions de l'art. 37 dels Estatuts de la Real Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears de manera que quedi en ella constància de les principals activitats dutes a terme durant el curs 2017-2018.

Totes les actuacions de les quals a continuació es donarà compte han volgut ajustar-se a les finalitats de l'Acadèmia, recollides a l'art. 2 dels Estatuts, unes de projecció interna, com l'estudi i la investigació del Dret, i d'altres dirigides a la societat, com la col·laboració en la reforma de la legislació i el foment de la cultura jurídica.

Per això aquesta memòria, tal com ve essent costum en les redactades en els darrers anys, després d'una referència a la solemne apertura del curs acadèmic 2017-2018, es dividirà en dos apartats: l'activitat interna i les actuacions de projecció exterior.

1. Sessió d'obertura del nou curs acadèmic 2017-2018

El 17 d'octubre de 2017 a les 19 hores va tenir lloc l'obertura del curs acadèmic 2017-2018 en la sala d'actes del Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears, en sessió pública i solemne, d'acord amb el que preveu l'article 36 dels Estatuts de l'Acadèmia.

Va obrir l'acte el President, l'Excel·lentíssim Sr. Gabriel Garcías Planas que va donar la paraula al Secretari de la Corporació, Il·lm. Sr. Carlos Gómez Martínez, per tal que procedís a donar lectura de la Memòria d'activitats corresponent al curs anterior 2016-2017, que es publicarà al Butlletí de l'Acadèmia, memòria de la qual el secretari en va llegir un resum.

Seguidament l'Excm. Sr. Professor Dr. Sr. José Antonio Escudero, president de l'Instituto de España, va impartir la lliçó inaugural sota el títol "La història

del dret als comptes infantils”. La presentació del conferenciant fou a càrrec del Doctor Román Piña Homs.

2. L'activitat interna de l'Acadèmia

L'activitat interna de l'Acadèmia té una doble vessant, orgànica i científica. La primera, de caràcter orgànic, es fa a través de la Junta General i la Junta de Govern, mentre que l'activitat científica es du a terme en el si de les Comissions.

2.1 La Junta General

30 d'octubre de 2017

El 30 d'octubre de 2017 es va celebrar la primera Junta General del curs. Es va concretar l'agenda per les activitats científiques de l'Acadèmia, amb fixació dels temes científics i pràctics que es debatran durant el curs. Es va concloure que la modificació de la Compilació de Dret Civil de les Illes Balears per la Llei 7/2017 de 3 d'agost ofereix aspectes tant de dret privat com de dret públic que mereixen ser objecte d'estudi durant aquest curs, estudi que es faria conjuntament per les Comissions de Dret Públic i Dret Privat.

Es va decidir el següent 12 de desembre com a data del discurs d'ingrés de l'Acadèmica electa Sra. Olga Cardona Guasch que es celebraria a Eivissa.

20 de març de 2018

En la Junta General de 20 de març de 2018 es va donar compte de la marxa dels treballs sobre la Llei 7/2017, de 3 d'agost, per la qual es modifica la Compilació de Dret Civil de les Illes Balears, i de la impossibilitat del Acadèmic Sr. Pere Aguiló, per circumstàncies personals, per continuar la feina sobre la successió intestada que havia començat amb la presa de notes. Per part de tots els acadèmics, es mostra comprensió per la situació del Sr. Aguiló i s'acorda continuar endavant amb la feina, sense perjudici de que, abans de la publicació del corresponent Butlletí, l'esmentat acadèmic hagi pogut entregar el seu treball, cas en el qual s'integraria amb la resta de ponències.

28 de maig de 2018

El 28 de maig de 2018 es va celebrar nova Junta centrada en l'examen dels primers resultats dels estudis sobre la Llei 7/2017, de 3 d'agost. L'opinió, tant dels acadèmics que han analitzat cada un dels temes en concret com

de la Junta va ser, en general, crítica envers els principals aspectes de la reforma. Així, pel que fa al títol preliminar, els reunits coincidiren que la reforma ha provocat un canvi en el concepte de autointegració ja que el nou article 1 priva a la tradició jurídica del paper que, fins ara, la Compilació li atribuïa. Els acadèmics consideren que en el nou text, la única virtualitat de la tradició jurídica balear és la de constituir un element en la interpretació de les institucions històriques, però ja no és, com ho era en l'anterior text legal, element d'autointegració de l'ordenament jurídic balear amb la funció d'emplenar llacunes parcials, paper que ara es reserva als principis generals del dret.

Segons els acadèmics l'eliminació de la tradició jurídica balear en el procés d'integració del dret civil balear pot generar problemes ja que la necessitat d'acudir a la tradició jurídica balear era especialment rellevant en el cas de Balears donat l'escàs desenvolupament experimentat pel nostre dret civil.

Es fa notar també que la menor consideració de la tradició jurídica balear resulta problemàtica per institucions esmentades però no regulades expressament en la Compilació, com l'acolliment en la quarta part dels milloraments eivissencs que encara pot suscitar dubtes en la tramitació d'herències de persones si en el seu dia firmaren espolits amb aquesta clàusula.

D'altre banda, aquesta menor consideració de la tradició jurídica balear podria contrastar amb l'expressió "drets històrics" que es conté al nou article 1.1 de la Compilació.

Els acadèmics varen fer també algunes precisions sobre les versions catalana y castellana de la llei.

La deliberació es va estendre a la nova figura de la compensació econòmica: Així com en l'exposició de motius es menciona expressament l'enriquiment injust com a fonament d'aquesta prestació, al text tan sols s'al·ludeix al treball per a la família i s'omet tota referència a l'enriquiment injust, la qual cosa sembla voler dir que no cal el desequilibri econòmic entre les aportacions dels cònjuges per que sorgeixi el dret a reclamar compensació econòmica ja que, com recorda un dels acadèmics, les exposicions de motius o preàmbuls de les lleis no tenen caràcter vinculant. Es fa l'observació de que, tal vegada, la voluntat del legislador hagi estat separar-se en aquest punt de la Llei de Parelles Estables de manera que quan es tracta de matrimoni sorgeixi el dret a la compensació econòmica del treball a favor de la família, sense necessitat de que la convivència marital hagués generat un desequilibri patrimonial o enriquiment injust.

Un altre problema és que la Llei 7/2017 no diu res sobre si aquest dret de compensació econòmica neix tan sols en casos de separació o divorci o si també s'estén als supòsits d'extinció del matrimoni per mort.

En relació al requisit instaurat en la Compilació per la Llei 7/2017, consistent en el necessari consentiment del cònjuge no propietari perquè l'altre pugui disposar de l'immoble constituït de l'habitatge habitual de la família, es plantegen així mateix els senyors Acadèmics la seva aplicabilitat a les parelles inscrites en el Registri de Parelles Estables. Tot apunta a que també els hi resulti d'aplicació a la vista de l'article 5.5 de la Llei de Parelles Estables que, per a totes les relacions patrimonials, si consta la convivència, es remitent al que es disposa en l'article 4 de la Compilació.

Pel que fa a l'impacte de la reforma sobre el Llibre III, es destaca el canvi radical que la Llei 7/2017 ha introduït en la regulació del règim de separació de béns ja que de la responsabilitat exclusiva del cònjuge qualsevol que fos la naturalesa del deute que hagués contret individualment, s'ha passat a una responsabilitat solidària dels esposos derivada de les obligacions concretes per tots dos i, fins i tot, de les concretes per un cònjuge solament en l'exercici de la potestat domèstica.

Els Srs. Acadèmics que han format part de la ja extinta Comissió Assessoradora de Dret Civil Balear reconeixen als apartats de l'actual article 66, els set articles integrants de l'Avantprojecte de Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni, la redacció del qual data de 2010. No obstant això, constaten alguns errors en la transcripció del text del precepte compilat, errors que desvirtuen el significat veritablement pretès en aquells set preceptes de l'avantprojecte frustrat elaborat per la Comissió. Aquests errors, units a la deficient tècnica empleada en abocar en l'article 66, en forma d'apartats, el que inicialment estava pensat que fossin set preceptes independents, no fan justícia al treball original en el qual s'ha basat el legislador balear.

Pel que fa a la separació de fet i els drets successoris del vidu, els acadèmics entenen que pot suposar problemes. En primer lloc, perquè segons el nou article 45 de la Compilació, la separació de fet deixa de ser causa de privació de la legítima vidual. Aquest canvi suscita el problema en els testaments en què no s'ha deixat gens al cònjuge separat de fet, a l'empara del que establí l'article 45 CDCIB anterior a la reforma de 2017, que sí considerava la separació de fet com a causa de privació de la legítima vidual.

En segon lloc, sembla que a Mallorca i Menorca, a partir de l'entrada en vigor de la Llei 7/2017, de 3 d'agost, el cònjuge separat de fet no podrà

heretar el seu consort abintestato, atès que el vigent article 945 CC, al que es remet el nou article 53 CDCIB, exclou al vidu de l'herència intestada a qualsevol classe de separació. En aquesta última hipòtesi, els hereus del difunt hauran de tolerar l'usdefruit del supervivent, conforme al que es disposa en l'article 45 al qual es remet l'article 53 relatiu als seus drets legítims.

Pel que fa als alous es va considerar que la Llei 7/2017 ha frustrat les expectatives de millorar la seva regulació així com la dels censos. Sembla, en efecte, que en haver-se deixat intacte l'article 55 CDCIB i haver-se modificat només l'art. 63, relatiu aquest últim a la redempció de censos i alous, la Llei 7/2017 ha vingut a reduir el lluïme al 0,5 per 100 només en els casos de redempció, però no en els de transmissió onerosa del domini útil, per la qual cosa en tals suposats, mancant pacte en contrari, l'import seguirà sent del 2 per 100 del preu en virtut de la citada remissió al Codi Civil. A aquest problema no solucionat, cal afegir altres nous, generats per una redacció deficient que acaba per distorsionar el sentit veritablement volgut pel legislador, com és l'errònia col·locació, en el nou text de l'article 63, de l'incís "tret que el títol de constitució digui una altra cosa", al final de la frase, que fa que la regla supletòria continguda en aquest precepte es refereixi, no al càlcul de l'import de la redempció del cens o alou sinó al mètode de càlcul del valor de la finca que li serveix de base, en allò que fa referència a incloure o no en aquest valor el de les millores i edificacions realitzades amb posterioritat a la data del títol constitutiu del dret real. La conseqüència d'aquesta construcció sintàctica equivocada és que, si fins avui mai havien de computar-se aquestes millores fetes en la finca per a la determinació del lluïme, a partir d'ara la seva inclusió dependrà de l'establert per les parts en el títol constitutiu.

Finalment, i pel que fa a l'impacte de la reforma legislativa de 2017 sobre el Llibre II i, en particular, a l'entrada dels pactes successoris en el Dret de Menorca, es destaca el bon acolliment que ha tingut el reconeixement de la successió contractual en el Dret de Menorca, en haver-se constatat bon nombre d'atorgaments d'aquesta naturalesa en els mesos que porta en vigor la nova normativa. Tots els presents es congratulen de tal innovació, coincidint que ha estat un encert ja que no hi havia cap raó de pes perquè no es contemplessin els pactes successoris en el Llibre II.

18 de juny de 2018

A la junta general del 18 de juny de 2018 es varen tractar assumptes ordinaris i es va acordar concedir a l'Acadèmic electe, don Carlos Izquierdo, una pròrroga per la presentació del seu discurs d'ingrés.

2.2 La Junta de Govern

La Junta de Govern s'ha anat reunint durant el curs, amb periodicitat mensual, excepte durant les vacances d'estiu, per tal de cuidar-se'n del les qüestions relatives a la marxa quotidiana de l'Acadèmia i, especialment, atendre temes urgents i decidir sobre suggeriments de conferències i activitats externes.

2.3 Les Comissions d'Estudi de Dret Públic i de Dret Privat

Les comissions internes duen endavant una de les tasques més fructíferes de l'Acadèmia ja que en elles els acadèmics aporten els seus coneixements per a intentar aprofundir en els temes decidits per la Junta General.

Tal com va succeït l'any anterior, durant el present curs han treballat conjuntament les Comissions de Dret Públic i de Dret Privat per centrar-se en la reforma de la Compilació duita a terme per la llei 7/2017.

Ja s'ha fet esment al principals resultats del treball de les comissions que es varen posar de manifest a la junta general de 28 de maig.

La continuïtat de la feina i l'interès del tema va fer que l'Acadèmia considerés convenient l'edició d'un butlletí especial en el qual es recollissin els treballs. El President de l'Acadèmia en va fer les oportunes gestions davant la Presidència del Parlament que varen donar el fruit esperat, de manera que a finals de setembre de 2018 s'ha publicat el número extraordinari del Butlletí que conté els treballs realitzats al si de l'Acadèmia i els posa a l'abast de la societat balear.

2.4 Els nous acadèmics

L'acte més important que es celebra a l'Acadèmia és el discurs d'ingrés d'un nou acadèmic.

Aquest curs hem tingut l'honor d'assistir a la solemne sessió d'ingrés en l'Acadèmia, com acadèmica de número, de la Sra. Olga Cardona Guasch, doctora i professora de la Universitat de les Illes Balears. El tema del discurs va ser "L'eixovar domèstic en la tradició jurídica pitiüsa. La seva inexplicable absència en les fonts del dret civil balear".

La nova acadèmica va parlar de l'oblit de la regulació del dret de predetracció de l'eixovar a favor del cònjuge vidu en el llibre III d'Eivissa i Formentera, de la diferència que això suposa respecte a Mallorca i Menorca i de la falta de consistència històrica d'aquesta omissió regulativa. En efecte, la doctora Car-

dona va fer un exhaustiu anàlisi de documents antics que va posar en evidència l'existència d'aquest dret a Eivissa des del segle XIII, la qual cosa fa incomprendible que no s'hagi recollit al corresponent llibre de la Compilació.

En nom de l'Acadèmia va contestar el Sr. Masot Miquel amb un discurs titulat "El règim econòmic del matrimoni en les nostres Illes després de les apressades reformes de la llei 7/2017 de 3 d'agost".

A l'acte hi va assistir nombrós públic, i va tenir un important ressò a la premsa pitiusa. Tant el "Periódico de Ibiza" com el "Diario de Ibiza" varen recollir un reportatge, el segon amb una extensa entrevista a la nova acadèmica i amb titular i foto de portada.

3. Activitats de projecció exterior

Una de les finalitats de l'Acadèmia, recollida a l'article 2 dels seus Estatuts és "el foment de la cultura jurídica", per la qual cosa l'activitat de projecció exterior té, per la Corporació, una singular importància

3.1 Premi Pasqual González en la seva XV convocatòria

Aquest Premi es va crear per tal de donar compliment a una de les finalitats de l'Acadèmia, com és ara, el foment del estudi i investigació del Dret Civil propi de les Illes Balears.

Enguany, però el premi va quedar desert.

3.2 Les publicacions de l'Acadèmia

L'activitat doctrinal dels acadèmics s'ha manifestat en dos publicacions periòdiques: 1) El Butlletí, que s'edita anualment en suport paper i en suport digital i que també es pot consultar a la pàgina web de l'Acadèmia; i 2) Les pàgines que la revista Missèr, reservades a aquesta Corporació

3.2.1 El Butlletí de l'Acadèmia número XVIII

La matèria continguda a l'esmentat Butlletí XVIII és la següent:

I.- JUNTA DE GOVERN DE L'ACADÈMIA

II.- RELACIÓ D'ACADÈMICS DE NÚMERO PER ORDRE D'ANTIGUITAT, ELECTES, D'HONOR I MORTS

III.- MEMÒRIA DEL CURS ACADÈMIC 2015-2016 pel secretari de la Reial Acadèmia, Carlos Gómez Martínex.

IV.- DISCURS D'OBERTURA DEL CURS 2016-2017: “Les noces de plata, no celebrades, de la compilació del Dret Civil de les Illes Balears de 1990”, per Miquel Masot Miquel.

V.- SESSIÓ D'INGRÉS EN LA REAL ACADÈMIA DEL PROFESSOR DR. D. JOAN OLIVER ARAUJO:

V.1. “Les barreres electorals (governabilitat versus representativitat)”, per Joan Oliver Araujo.

V.2. “Discurs de resposta al d'ingrés de l'Il·lm. Sr. Joan Oliver Araujo” per Josep M. Quintana Petrus.

VI.- XIV PREMI LUIS PASCUAL GONZÁLEZ

VI. 1. El treball premiat: “El projecte de modificació de la compilació balear en matèria de successió del cònjuge vidu abans i després de la reforma”, per la Sra. Eugenia Garcías de España.

VI. 2. Intervenció en l'acte d'entrega: “La competència legislativa del Parlament de les Illes Balears i el seu exercici ex art. 30,27 EAIB”, per Maria Pilar Ferrer Vanrell.

VII. TAULA DE DEBAT SOBRE EL NOU RECURS D'APEL·LACIÓ PENAL

VII. 1. “Notes sobre la generalització de la segona instància penal. Nou recurs i velles qüestions”, per Antonio Terrasa García

VII. 2. “Conseqüències de la reforma del recurs d'apel·lació penal per la llei 41/2015, de 5 d'octubre”, per Jaime Suau Morey.

VIII. TAULA DE DEBAT SOBRE EL REGLAMENT EUROPEU DE RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

“Reglament Europeu (UE 2016/1103 de 24 de juny de 2016 sobre règims econòmics matrimonials: llei aplicable”, per Carlos Jiménez Gallego.

IX. TAULA DE DEBAT SOBRE ELS ESTUDIS DE DRET A BALEARS

IX. 1. “Els estudis de dret dels mallorquins: des de l’època medieval a la creació de l’actual universitat”, per Antonio Planas Rosselló.

IX. 2. “Els estudis de dret a Mallorca en l’època actual”, per Juan Ramallo Massanet.

X TAULA DE DEBAT SOBRE LES ILLES I ELS ESTATS INSULARS DAVANTELDRETINTERNACIONALYDAVANTELDESENVOLUPAMENT ECONÒMIC

X.1. “Els estats insulars i el dret internacional”, per José María Pons Irazazábal.

X. 2. “Les illes davant el dret del mar”, per Aleix Garau Montané.

XI. COMISSIONS ACADEMÍQUES DE DRET PÚBLIC I DE DRET PRIVAT

XI.1. “Estudi sobre les lleis 8/2015, de 22 de juliol i 25/2015, de 28 de juliol, de protecció de la infància i de l’adolescència”

XI.1.A. “Introducció”, per Isabel Tapia Fernández

XI.1.B. “Drets i deures dels menors: modificacions introduïdes per la llei orgànica 8/2015 i per la llei 26/2015 en la llei (parcialment) orgànica 1/1996, de protecció jurídica del menor”, per Joan Oliver Araujo.

XI.1.C. “Algunes reflexions sobre aspectes de dret administratiu derivats de les Lleis Orgànica 8/2015, de 22 de juliol, i ordinària 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i l’adolescència”, per Pedro Aguiló Monjo.

XI.1.D. “Protecció de la infància i adolescència. Aspectes processals. Modificació parcial de la Llei d’Enjudiciament Civil”, per Isabel Tapia Fernández.

XI.1.E. “Principals reformes de la llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció de la infància i l’adolescència en matèria d’adopció internacional”, per Carlos Gómez Martínez.

XI.2 ALTRES ESTUDIS

XI.2.A. “Les armes i la consciència (especial referència al cas espanyol), per Joan Oliver Araujo.

XI.2.B. “Regalisme i antiregalisme a la Menorca angloespanyola el segle XVIII”, per Josep Maria Quintana.

XI.2.C. “Uns dos centenars de proverbis lul·lians, més o menys jurídics”, per Tomás Mir de la Fuente.

XII.- RELACIÓ D'AUTORS DELS TEXTOS PUBLICATS EN AQUEST BUTLLETÍ

3.2.2. El Butlletí de l'Acadèmia número XIX

El butlletí extraordinari, després d'una presentació de l'acadèmic de número Sr. Miquel Masot Miquel, conté els següents estudis dels acadèmics sobre la llei 7/2017, de 3 d'agost:

- “Les fonts del dret civil balear i la seva aplicació després de la reforma per la llei 7/2017, de 3 d'agost, a càrrec de la Sra. Maria Pilar Ferrer Vanrell
- “Apunts entorn al nou article 1 de la Compilació de Dret Civil de les Illes Balears”, pel Sr. Antonio Monserrat Quintana.
- “El règim econòmic del matrimoni en les nostres illes després de les apressades reformes de la llei 7/2017, de 3 d'agost”, pel Sr. Miquel Masot Miquel.
- “Els drets successoris del cònjuge després de la llei 7/2017 de reforma de la Compilació”, a càrrec del Sr. Carlos Jiménez Gallego.
- “Llei 7/2017. Uns articles del sistema legitimari. Llibre I” pel Sr. Jaume Ferrer Pons.
- “Notes sobre la regulació de la successió intestada en la Compilació de Dret Civil de les Illes Balears, instaurada per la llei 7/2017” a càrrec del Sr. Miguel Coca Payeras.
- “¿Dos "versiones" de la ley o dos leyes?: el caso balear? pel Sr. Tomás Mir de la Fuente.

3.2.3. Les pàgines de l'Acadèmia de la revista Missèr

En la revista del Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears es reserven unes pàgines en les quals s'inclouen les aportacions doctrinals dels Senyors Acadèmics per acomplir amb la seva funció de difondre el coneixement del dret cap la societat i, especialment, entre la comunitat de juristes de les nostres Illes.

Missèr número 114 juliol/setembre 2017, inclou:

- Article: “El contracte de gestar per un altre i el vel·leïtós criteri del anomenat *interès superior del menor*. Aspectes bioètics”, a càrrec de la Sra. María Pilar Ferrer Vanrell

- Publicació de les bases del XV Premi Lluís Pascual González.

- Crònica de de la taula redona celebrada el dia 27 de març de 2017, organitzada per l'Acadèmia en la Seu de l'ICAIB sobre “El nou recurs d'apel·lació penal”.

- Crònica de l'acte organitzat per l'Acadèmia a la seu del IBAIB el 29 de maig de 2017 sobre “Els estudis de dret a les Illes Balears, consistent en una taula redona a la qual veren prendre part els doctors Antonio Planas Rosselló, Juan Ramallo Massanet i Santiago Cavanillas Múgica.

- Crònica de la taula redona que va tenir lloc el 24 d'abril de 2017, organitzada per la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Balears sota el títol “El reglament europeu sobre règim econòmic matrimonial”, acte, com els anteriors presidit pel Sr. Gabriel Garcías Planas, que va felicitar l'Excm. Sr. Degà del ICAIB Sr. Martín Aleñar pel seu nomenament com a vicepresident del Consejo General de la Abogacía Española. A la taula redona hi van participar el Sr. Federico Garau Sobrino i el Sr. Carlos Jiménez Gallego.

- Aquest número també es fa ressò del nomenament com a Acadèmic del magistrat Sr. Carlos Izquierdo Téllez.

Missèr número 115 octubre/desembre 2017.

- Article: “El *dieselgate* arriba als tribunals de les Balears” a càrrec de Carlos Gómez Martínez.

- Ressenya de la taula redona “Els Estats insulars davant el Dret Internacional, que a tenir lloc el 26 de juny de 2017 amb les intervencions

del Sr. José Pons Irazazábal, ambaixador d'Espanya a Malta, i del Sr. Aleix Garau Montané, cònsol general de Espanya en Portugal.

Missèr número 116 gener/març 2018

- Article: “L'aplicació del reenviament després de la vigència del reglament successori europeu”, a càrrec del Sr. Carlos Jiménez Gallego.

- Ressenya de l'acte d'ingrés en l'Acadèmia de la Sra. Olga Cardona Guasch, celebrat el 12 de desembre de 2017 amb la lectura dels seu discurs sobre “L'eixovar domèstic en la tradició jurídica pitiüsa. La seva inexplicable absència en les fons directes del Dret Civil insular”.

- Ressenya de l'homenatge pòstum al Sr. Angel Reigosa Reigosa que ve tenir lloc el 30 d'octubre de 2017. Hi va intervenir l'acadèmic Rafael Parera Mezquida.

- Ressenya de l'acte d'apertura del curs 2017-2018 de l'Acadèmia i de la conferència inaugural que va tenir lloc el 17 d'octubre, titulada “Història del dret en els comptes infantils” a càrrec del Sr. José Antonio Escudero, presentat pel Sr. Roman Piña Homs.

Missèr número 117 abril/juny 2018

- Article: “La compensació del treball per la família en la llei 7/2017 de 3 d'agost” del Sr. Miquel Masot Miquel.

- Ressenya de la taula redona que va tenir lloc el dia 29 de gener de 2018 sobre el tema “Delictes contra les institucions públiques. Especial referència al delicte de rebel·lió”, amb la intervenció de la Dra. la Dra. Carmen Tomás-Valiente Lanuza i l'advocat penalista Sr. Cristóbal Martell Pérez-Alcaide.

Missèr número 118 juliol/setembre 2018

- Article: “Dites i altres parèmies jurídiques del segle XXI” a càrrec de Tomás Mir de la Fuente.

- Ressenya de l'homenatge pòstum al Sr. Miquel Suau Roselló que va tenir lloc el 28 de maig de 2018 a la seu del ICAIB. Es tractava d'una sessió necrològica de l'Acadèmia que va ser presentada pel President Sr. Gabriel

Garcías Planas i que va comptar amb les intervencions dels Srs. Antonio Terrasa, President del Tribunal Superior de Justícia i Acadèmic, i del Sr. Antoni Oliver Reus, President de la Sala del Social del TSJIB.

- Ressenya de la taula redona titulada “La llei 7/2017, de 3 d’agost; Recopilació o Codificació del Dret Civil Balear” que va tenir lloc el 3 d’abril de 2018. Hi intervingueren les doctores las Olga Cardona Guasch, Pilar Ferrer Vanrell i Francesca Llodrà Grimalt.

3.3 Altres activitats de projecció externa

En aquest apartat s’ha de donar compte tant de les conferències i taules redones organitzades per l’Acadèmia com de les activitats d’assistència del President o dels Acadèmics en els quals ell delegui, a conferències i actes culturals organitzats per altres entitats.

3.3.1. Conferències i actes organitzats en el si de l’Acadèmia

Durant el curs, l’Acadèmia ha organitzat conferències, taules de debat i altres activitats relacionades amb l’estudi del dret i la difusió de la cultura jurídica en la nostra societat.

- El 20 de novembre de 2017, en la sala d’actes de l’ICAIB l’acadèmic de número i notari Sr. Carlos Jiménez Gallego, va pronunciar una conferència sobre el tema “La creació notarial de títols executius, una alternativa al procés judicial de reclamació de quantitat”.

- El 12 de desembre de 2017, en sessió solemne i pública celebrada a la seu de la UIB a Eivissa, va pronunciar el seu discurs d’ingrés a l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears, la doctora Sra. Olga Cardona Guasch amb el títol “L’eixovar domèstic en la tradició jurídica pitiüsa. La seva inexplicable absència en les fonts del dret civil balear”. En nom de l’Acadèmia va contestar el Sr. Miquel Masot Miquel amb un discurs sobre el tema “El règim econòmic del matrimoni en les nostres Illes després de les apressades reformes de la llei 7/2017 de 3 d’agost”.

- El 29 de gener de 2018, a les 19 hores, a la sala d’actes del II-lustre Col·legi d’advocats de les Illes Balears, va tenir lloc una conferència sota el títol “Delictes contra les institucions públiques” a càrrec de la professora titular de dret penal de la UIB Sra. Carmen Tomás y Valiente Lanuza i l’advocat penalista Sr. Cristóbal Martell Pérez-Alcalde. Va fer-ne la presentació el president de l’Acadèmia Sr. Gabriel Garcías Planas.

- El 20 de febrer de 2018 a les 19 hores, a la sala d'actes del II·lustre Col·legi d'advocats de les Illes Balears, es va celebrar un acte obert al públic en el qual la Sra. Isabel Tapia Fernández, acadèmica de número, va donar compta dels treballs fet per les comissions de dret públic i dret privat de l'Acadèmia el curs anterior sobre "La nova regulació dels drets del nin i la seva protecció integral". En el mateix acte el Sr. Jorge Cardona Llorens, membre de la Comissió de Drets del Nin de les Nacions Unides va pronunciar una conferència sobre el tema "L'Interès superior del menor en la reforma legislativa".

- El 20 de març de 2018, a la sala d'actes del II·lustre Col·legi d'advocats de les Illes Balears, va tenir lloc una taula rodona sota el títol "Reforma de la Constitució i de les Comunitats Autònomes", en la qual varen participar el catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, Sr. Alejandro Saiz Arnáiz, i el professor associat de Dret Constitucional de la Universitat de les Illes Balears Sr. Vicente Calafell Ferrà. La presentació va ser a càrrec del catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de les Illes Balears i acadèmic de número, Sr. Joan Oliver Araujo.

- El 23 d'abril de 2018, a les 19 hores, a la sala d'actes del II·lustre Col·legi d'advocats de les Illes Balears, es va celebrar una taula rodona sobre el tema "La llei 2/2017, de 3 d'agost; Recopilació o Codificació del Dret Civil Balear" en la qual intervingueren les doctores Olga Cardona Guasch, acadèmica de número, Pilar Ferrer Vanrell, acadèmica de número i Francesa Llodrà Grimalt, professora titular de dret civil de la Universitat de les Illes Balears.

- El 18 de juny de 2018, a les 19 hores, a la sala d'actes del II·lustre Col·legi d'advocats de les Illes Balears, es va celebrar una taula rodona sobre el tema "Els delictes contra la llibertat i la indemnitat sexuals al Codi Penal". Hi varen intervenir el catedràtic de Dret Penal de la Universitat de València i advocat, Sr. Javier Boix Reig, i la presidenta Consell Social de la UIB i advocada Sra. Francisca Mas Busquets. Va fer la presentació del tema el president de l'Acadèmia Excm. Sr. Gabriel Garcias Planas.

3.3.2. Sessions necrològiques

L'article 7 dels Estatuts de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears estableix que, produïda una vacant s'hagués per defunció, es designarà l'Acadèmic o els Acadèmics que hagin de pronunciar la necrològica a la sessió següent.

En compliment d'aquesta previsió en el curs 2017-2018 s'han celebrat dues sessions necrològiques

- El 30 d'octubre de 2017, en el saló d'actes de l' Il·lustre Col·legi d'advocats de les Illes Balears, va tenir lloc la Sessió Necrològica de l'acadèmic d'honor Excm. Sr. Àngel Reigosa Reigosa, qui fou president del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears. A l'acta varen intervenir els Excms. Srs. Antonio J. Terrasa García, president del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears i l'acadèmic de número Sr. Rafael Perera Mezquida.

- El 28 de maig de 2018 en el saló d'actes de l' Il·lustre Col·legi d'advocats de les Illes Balears, va tenir lloc la Sessió Necrològica de l'acadèmic emèrit Il·lm. Sr. Miguel Suau Rosselló. A l'acte varen intervenir l'Excm. Sr. Antonio Terrasa García, president del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, i acadèmic de número, i l'Il·lm. Sr. Antoni Oliver Reus, president de la Sala del Social del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears.

3.3.3. Assistència a activitats acadèmiques i culturals

L'Acadèmia, en la seva imbricació amb les institucions i la societat, ha estat present en activitats acadèmiques i jurídic-culturals celebrades en l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma, representada pel seu President o pels senyors Acadèmics en els quals hagi delegat. Destacarem per ordre temporal:

1r. El 26 d'octubre de 2017, el President va assistir a la cloenda del cicle “Mallorca i Nàpols, segles XVII-XVIII”, de la Reial Acadèmia Mallorquina d'Estudis Històrics, Genealògics i Heràldics.

2n. El 6 de novembre de 2017, el President va assistir a la conferència titulada “Sucesiones Internacionales: El Reglamento Sucesorio Europeo tres dos años de vigència”, a càrrec del Sr. Carlos Jiménez Gallego, Acadèmic de Número i Notari de Palma, que va tenir lloc al Col·legi Notarial de Balears.

3r. El 8 de novembre de 2017, el President va assistir a la inauguració del curs acadèmic de la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià consistent en una conferència de la Il·lma. Sra. Francisca Lladó Pol sobre el tema “De l'estereotip de l'exotisme al miratge de la felicitat”.

4t. El 16 de novembre de 2017, el President va assistir a la presentació oficial del “Protocol de prevenció i tractament de complicacions orals en pacients oncològics” organitzada per la Reial Acadèmia de el Medicina de Balears i la Junta Provincial de Balears de l'Associació contra el Càncer.

5è. El 20 de novembre de 2017, representat per l'Acadèmic Sr. Carlos Gómez Martínez, assistència a la conferència organitzada per la Reial Acadèmia de

Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears a càrrec de l'Acadèmic de Número Sr. Carlos Jiménez Gallego titulada “La Creació notarial de títols executius, una alternativa al procés judicial de reclamació de quantitat”, a la sala d'actes de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears.

6è. El 22 de novembre de 2017, representat per l'Acadèmic Sr. Miquel Masot Miquel, assistència al concert de Santa Cecília organitzat per la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià, a càrrec de la violoncel·lista Sra. Amparo Lacruz i del pianista Sr. Andreu Riera que varen interpretar peces de Julius Röntgen, Frank Bridge y César Frank.

7è. El 28 de novembre de 2017, convidat per l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears, el President va assistir al jurament dels nous col·legiats i entrega del premi “Degà Miquel Frontera a l'Ètica Jurídica”, premi que va recaure en l'Acadèmic de número Sr. Rafael Perera Mezquida, que va ser presentat pel també Acadèmic i Magistrat del Tribunal Superior de Justícia, Sr. Antoni Monserrat Quintana.

8è. El 30 de novembre de 2017, representat per l'Acadèmic de número Sr. Tomás Mir de la Fuente, assistència a la sessió necrològica en memòria del Doctor Gabriel Llopart Moragues, historiador i folklorista, Reial Acadèmia Mallorquina d'Estudis Històrics, Genealògics i Heràldics.

9è. El 12 de desembre de 2017 juntament amb un important grup d'Acadèmics, assistència a la sessió d'ingrés de la Sra. Olga Cardona Guasch en la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Balears a la seu de la Universitat de les Illes Balears a Eivissa.

10è. El 13 de desembre de 2017, el President va assistir a la conferència del Dr. Josep Morata Socias titulada “El color. La seva aplicació en els interiors de l'arquitectura medieval mallorquina”, Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià.

11è. El 21 de desembre de 2017, el President va assistir al Concert de Nadal de la Coral del ICAIB, Col·legi d'Advocats de les Illes Balears.

12è. El 25 de gener de 2018, el president va assistir a la solemne sessió inaugural del curs acadèmic 2018 de la Reial Acadèmia de Medicina de les Illes Balears, amb lectura de la memòria, lliçó magistral a càrrec de l'Acadèmic Numerari Il·lustre. Sr. Ángel Arturo López González i lliurament de premis i distincions.

13è. El 22 de febrer de 2018, en la seu de l'Il·lustre Col·legi Notarial de les Illes Balears, el President va assistir a la presentació del llibre “Función notarial y jurisdicción voluntària” escrit per l'Acadèmic de Número Sr. Carlos Jiménez Gallego. La presentació va ser a càrrec del President del Col·legi Notarial de Madrid.

14è. El 28 de febrer de 2018, convidat per la Presidenta de les Illes Balears, el President va assistir a l'Acte Institucional commemoratiu del Dia de les Illes Balears amb lliurament dels premis Ramon Llull i la medalla d'or de la Comunitat Autònoma, en l'Auditori del Palau de Congressos.

15è. L'1 de març del 2018, el President va assistir a l'acte commemoratiu del Dia de les Illes Balears en la seu del Parlament, convidat pel President de la institució.

16è. El 12 de març de 2018, el President va assistir al lliurament de la Medalla d'Honor de la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià als pintors Rafael Tur Costa i Erwin Bechotold, acte celebrat en el Museu d'Art Contemporani d'Eivissa.

17è. El 18 de març de 2018, el President assistí a la commemoració del quaranta aniversari de la creació de la Universitat de les Illes Balears al Teatre Principal de Palma.

18è. El 10 d'abril de 2018 el President va assistir a la presentació del llibre de don Macià Tomàs Salva titulat “Hacia el hombre responsable”.

19è. El 19 d'abril de 2018 el President i alguns acadèmics assistiren a la presentació del XVIII Butlletí de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears.

20è. El 25 d'abril de 2018 el President va assistir a la investidura del acadèmic Sr. Pere Joan de la Reial Acadèmia de Belles Arts.

21r. El 29 de maig de 2018 el President va assistir a la conferència de La doctora en Pedagogia Aplicada y Psicologia de la Educació Begoña de la Iglesia en la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià titulada “Art i capacitats”.

Una conferència que tractarà sobre las personas con discapacidad, con el propósito de “entender mejor la realidad de estas personas”, la Dra. Begoña en Reial Acadèmia de Belles Arts.

22n. El 8 de juny el President va assistir a l'acte d'entrega de insígnies de plata de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears.

23r. El 20 de juny de 2018 assistència a la sessió científica extraordinària "El museo histórico de la Real Academia de Medicina de Galicia" a càrrec del Excm. Sr. José I. Carro Otero, president de la Real Academia de Medicina de Galicia, en el saló d'actes de la Conselleria de Salut.

24t. El 28 de juny de 2018, el President va assistir a l'acte d'entrega dels premis "Diario de Mallorca", en el Club Diario de Mallorca.

25è. El mateix dia el Sr. Tomàs Mir va assistir, en representació del President, al concert a càrrec de l'Aula de Musica Contemporània del Conservatori Professional de Música de Felanitx, a invitació del Sr. Josep Prohens Julià, de la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià.

26è. L'11 de juliol de 2018, convidat pel degà del ICAIB, el President assistí a l'acte de reconeixement de l'advocacia del torn d'ofici i entrega del III premi Torn d'Ofici a la Sra. Rosa Cosmelli Maroto.

27è. El mateix dia a les 12 hores, convidat pel President del Consell Consultiu de les Illes Balears, el President assistí a la capella del Consolat de Mar a l'acte de presentació de la memòria d'activitats 2016-2017.

28è. El 3 d'agost de 2013, el President va assistir a la recepció dels Reis al Palau de l'Almudaina.

29è. El 7 de setembre de 2018, a invitació del Rector de la UIB, el President va assistir a l'obertura de l'any acadèmic 2018-2019, que va tenir lloc al Saló d'Actes de Son Lledó.

30è. El 24 de setembre de 2018, el President va acudir a l'acte d'apertura dels tribunals del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears.

3.5 La pàgina web de l'Acadèmia

Des de la seva creació en el curs 2012-2013, l'Acadèmia du endavant el manteniment de la seva pàgina web (www.ajlib.es) a la qual es pot consultar tot el relatiu a aquesta Corporació, com és la seva història, la composició de la Junta, les seves activitats i les seves publicacions.

2. DISCURSO DE INGRESO DEL ACADÉMICO ELECTO DON CARLOS IZQUIERDO TÉLLEZ

POLÍTICA CRIMINAL Y JUSTICIA PENAL EN EL PACTO DE ESTADO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO¹

Carlos Izquierdo Téllez

I.- Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Política Criminal. 1.- Las relaciones derecho penal y derecho procesal penal. 2.- La Política criminal. 3.- Política criminal y proceso penal. II.- El Pacto de Estado contra la Violencia de Género. 1.- La génesis del Pacto de Estado: breve referencia. 2.- La Política criminal en el Pacto de Estado. 3.- Las nuevas medidas del Pacto de Estado y su reflejo en las normas penales sustantivas: 3.1.- Los quebrantamientos de condena y de medida cautelar. 3.2.- Injurias y calumnias a través de redes sociales: entre delito leve y delito menos grave. 3.3.- Las circunstancias atenuantes de confesión y reparación. 3.4.- Las circunstancias agravantes de reincidencia y discriminación por razón de género. 3.5.- Utilización de dispositivos de control electrónico. 3.6.- La privación del derecho a la tenencia y porte de armas. 3.7.- La medida de libertad vigilada. 4.- Las nuevas medidas del Pacto de Estado y su reflejo en las normas procesales penales: 4.1.- La reforma del artículo 17 bis LECrim. 4.2.- El tratamiento de las llamadas “denuncias cruzadas”. 4.3.- La reforma del art. 20 de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. 4.4.- La exoneración de fianza para el ejercicio de acciones penales. 4.5.- La dispensa legal de la obligación de declarar: los arts. 416 y 707 LECrim. 4.6.- La orden de protección. 4.7.- Ejecución inmediata de las penas de alejamiento impuestas en sentencia firme. La reforma del art. 988 LECrim. 5.- El Pacto de Estado y el indulto particular.

I.- Derecho penal, Derecho procesal penal y Política criminal.

1.- Las relaciones Derecho penal y Derecho procesal penal.

El Derecho penal es un derecho de aplicación judicial. A diferencia de lo que ocurre con otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil,

1. El presente trabajo recoge la ponencia presentada por el autor para su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Illes Balears.

el mercantil o el administrativo, el Derecho penal requiere para su realización práctica del proceso penal.

El art. 1 LECrim, proyectando el conocido aforismo *nulla poena sine legale proceso previo*, establece que “no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente”. Refleja así el principio de legalidad procesal penal, siendo su complemento natural el art. 3.1 CP, conforme al cual no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.

Como señala DIAZ CANTÓN, el derecho penal y el derecho procesal penal forman una unidad político-jurídica con fines comunes². Aunque los principios por los que se rigen una y otra rama del derecho son distintos, ambas disciplinas son funcionalmente dependientes entre sí para la realización de la política criminal del Estado. Más específicamente, cabría decir que el derecho procesal penal encuentra su legitimidad funcional en la garantía que representa para el respeto de los derechos fundamentales frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Ahora bien. El derecho procesal penal es también un instrumento de la Política criminal. En efecto: el derecho procesal penal no es inmune a las decisiones de política criminal. Al contrario. Un cambio de orientación significativo en la Política criminal, sea de alcance general o sea de ámbito específico, puede requerir para su efectiva realización la modificación de normas reguladoras del proceso penal. Sirva como ejemplo de ello el cambio de orientación político criminal que en la elaboración de las normas penales se viene produciendo en nuestro país de la mano de la llamada “perspectiva de género”³. Como analizaremos más adelante, su alcance no se limita a normas penales sustantivas que tipifican delitos, tales como los malos tratos de género, las amenazas de género o las coacciones de género (delitos respectivamente previstos en los arts. 153. 1, 171. 4 y 172.2 CP), por citar los ejemplos más conocidos, sino que se extiende también a las normas

2. DIAZ CANTÓN, Fernando, “Vicisitudes de la cuestión de la autonomía o dependencia entre el derecho penal y el derecho procesal penal”, en Libro homenaje al profesor Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires).

3. Por “perspectiva de género” se entiende “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”. Así lo dice el Preámbulo de la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, con ocasión de justificar la introducción en nuestro Código de la nueva agravante de discriminación por razón de género en su art. 22.4º, de la que nos ocuparemos más adelante.

procesales. De hecho, en el momento presente el Gobierno de la nación ha iniciado los trámites para llevar a cabo una reforma de la LECrim desde una perspectiva de género, siendo el primer paso la creación, con arreglo a las previsiones del Pacto de Estado, de un Consejo Asesor para la revisión de la LECrim desde una perspectiva de género⁴.

La unión funcional entre el derecho penal, el derecho procesal penal y la ejecución penal forman el núcleo de lo que llamamos sistema de justicia penal⁵. La efectividad de éste, además de una adecuada dotación de medios, requiere una buena coordinación de funciones, fines y mecanismos de realización entre los tres ámbitos normativos citados. Dicho de otro modo: la interconexión orgánica y finalista de las normas y principios reguladores de las disciplinas mencionadas resulta imprescindible para un buen funcionamiento del sistema.

Por el contrario, una falta de conexión entre los ámbitos sustantivo y procesal puede generar graves problemas de interpretación y aplicación en los operadores jurídicos. Un ejemplo de ello lo tenemos en la reforma del Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, al establecer por primera vez en nuestro sistema legal la responsabilidad penal de la persona jurídica como responsabilidad penal directa e independiente de la de las personas físicas. A pesar del plazo de *vacatio legis* previsto, que era de seis meses desde su publicación en el BOE de 23.06.10, hubo que esperar a la reforma de la LECrim por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, para clarificar la posibilidad procesal de encauzar adecuadamente aquella exigencia en la LECrim en relación a aspectos tan esenciales como la determinación de la competencia de los tribunales (art. 14 bis), el ejercicio del derecho de defensa (arts. 119, 120 y 409 bis), la adopción de medidas cautelares (art. 544 quater), la intervención en el juicio oral (art. 786 bis), la posibilidad de manifestar conformidad (art. 787.8) y la situación procesal de rebeldía (art. 839 bis)⁶.

En el momento actual, voces muy autorizadas advierten de la crisis de nuestro actual proceso penal. Recientemente, el profesor GÓMEZ-COLOMER, actual Presidente de la Sección Quinta, de Derecho Procesal, de la Comisión General de Codificación, señalaba que tenemos un proceso penal “anticuado, estructural y realmente ineficaz, ineficiente, largo, tedioso, caro y, para acabar de arreglarlo, científico-politizado”. Y añadía: “nuestro proceso penal está en

4. Acuerdo del Consejo de Ministros de 31.08.18; Orden JUS/902/2018, de 31 de agosto, publicada en el BOE 01.09.18, Secc I, pág 86042.

5. No pretendo terciar en la discusión académica y no definitivamente cerrada sobre la unidad integral de las instituciones sustantivas y procesales en el ámbito penal.

6. De hecho, el propio legislador confesaba la necesidad de esta reforma al abordar la cuestión en el epígrafe III del Preámbulo de la citada Ley 37/2011.

crisis, que ni es ligera, ni débil ni pasajera ni fácil de resolver”⁷. Completa tan desolador panorama la mala imagen pública de nuestros juzgados y tribunales; circunstancia que incrementa exponencialmente la desconfianza de los ciudadanos hacia el sistema de justicia, traducéndose en una menor disposición a colaborar en el proceso penal mediante acciones tan necesarias como la presentación de denuncias o su comparecencia para declarar como testigos.

2.- La Política criminal.

La Política criminal puede definirse como el conjunto de directrices y decisiones que, a la vista de los conocimientos y concepciones existentes en la sociedad en un momento dado sobre la criminalidad y su control, determinan la creación de instrumentos jurídicos para controlarla, prevenirla y reprimirla”⁸. En palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, es “un conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen, valiéndose no sólo de los medios penales, sino también de los de carácter asegurativo”⁹. No se limita, pues, a determinar qué conductas deben ser consideradas delito, sino que cuestiones tan relevantes como la disminución de la delincuencia, la protección de las víctimas, la reinserción social del delincuente o la preservación del sistema de garantías de derechos y libertades de los ciudadanos ante al ejercicio del *ius puniendi* del Estado constituyen también objetivos de primer orden en toda política criminal.

A diferencia del Derecho penal -sustantivo y procesal- y de la Criminología (centrada en los factores de la criminalidad y su forma de control), la política criminal no tiene autonomía científica. Es simplemente, como dice MUÑOZ CONDE, el resultado de aplicar los conocimientos sobre la criminalidad y su control, que brinda la Criminología, para adoptar decisiones que, convertidas en normas jurídicas determinan el marco en el que se deben mover los operadores de la Administración de Justicia en sentido amplio (Policía, Ministerio Fiscal, Jueces y sistema penitenciario)¹⁰.

7. GÓMEZ-COLOMER, JUAN-LUIS: “El proceso penal español a comienzos del siglo XXI. Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción”. Indret. Revista para el análisis del Derecho. www.indret.com. Barcelona, enero 2017.

8. La definición, amplia y descriptiva, es de HASSEMER y MUÑOZ CONDE: “Introducción a la Criminología y a la Política Criminal”. México, 2012. Editorial Tirant Lo Blanch, pág 19 y ss..

9. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis “Principios de Derecho Penal. La ley y el delito”, Buenos Aires, 1958, 3ª ed, pág 62.

10. El autor sitúa la Política criminal entre ambos saberes: el derecho penal, tanto sustantivo como procesal, y la Criminología..

La idea que intento destacar aquí es que la necesidad de reformar normas procesales penales para favorecer y realizar determinadas finalidades político-criminales ofrece una idea cabal de la complementariedad que debe existir entre tales ámbitos para que el sistema de justicia penal se presente como un sistema coherente, sin que sea obstáculo para ello que cada uno de estos sectores deba regirse por los principios que les son propios. Así, por ejemplo, una política criminal orientada hacia fines más bien preventivos probablemente dé lugar a la modificación de tipos penales existentes, o creación de otros nuevos, que tengan en cuenta esa orientación y, muy probablemente, para poder ser aplicada, deberá ir acompañada o seguida de una reforma procesal que permita traducir a la práctica aquella orientación ofreciendo, por ejemplo, nuevos y mejores mecanismos de tutela cautelar.

Ahora bien. Existen importantes riesgos en el modo en que el legislador desarrolla la política criminal en orden a alcanzar los concretos fines que se propone. Aquí nos vamos a referir únicamente a tres.

Uno consiste en romper el equilibrio entre la producción normativa y su capacidad aplicativa. Cuando el legislador, en su actual y desmesurado afán en dar respuesta inmediata a los grupos sociales que demandan su intervención para afrontar determinados problemas o realidades, elabora normas con ese fin sin generar al mismo tiempo los medios materiales y humanos necesarios para su aplicación práctica, se genera una situación de continuo déficit de respuesta que, sobre todo en materias especialmente sensibles como violencia de género, acaban resultando socialmente intolerables. Aunque este fenómeno, conocido como “contaminación legislativa”, no es nuevo ni exclusivo de nuestro país¹¹, en los últimos años estamos asistiendo de modo especial a su reproducción. Valgan como muestra las numerosas e importantes reformas legales en materia penal y procesal penal producidas sólo en el año 2015: además de la modificación del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que afectó -de un modo u otro- a casi una tercera parte de su articulado, y las reformas de la LECrim por las LO 13/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de los medios de investigación tecnológica, y la Ley 41/2015, de la misma fecha, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, se promulgó también la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito¹². Y se da la circunstancia de que algunas de esas reformas contemplaban expresamente

11. En el mundo anglosajón se le conoce bajo el término *legal pollution*

12. Amén de otras reformas también importantes, en el Código Civil y en la Ley de Protección Jurídica del Menor, así como la promulgación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

que las nuevas medidas establecidas por ella no podrían suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal¹³; modo de operar sin duda criticable, dado que muchas de las modificaciones legales no podían aplicarse sin la debida dotación económica.

El segundo peligro se encuentra en la modificación de normas procesales pensadas para un modelo inexistente. Este sería el caso, por ejemplo, de varios aparados de la LECrim reformados por la Ley 41/2015 a la que nos venimos refiriendo. A título de ejemplo, la fijación de plazos procesales para la instrucción de las causas (cuya ampliación ha de ser instada por el Fiscal), o el nuevo procedimiento por aceptación de Decreto del Fiscal. A juzgar por su contenido, ambas modificaciones tendrían probablemente un mejor encaje en un modelo procesal en el que la instrucción de la causa correspondiera al Ministerio Fiscal y no, como actualmente ocurre en nuestro sistema, al Juez de Instrucción.

En efecto. En relación a los plazos de la instrucción, basta una mera lectura del art. 324. 1 LECrim para comprobar que el legislador atribuye únicamente al Fiscal la posibilidad de instar su ampliación (siempre antes de que expire el plazo de seis meses)¹⁴. En cuanto al proceso por aceptación de Decreto, concebido como un monitorio penal que permite convertir la propuesta de sanción penal hecha por el Ministerio Fiscal en una sentencia firme de condena, es evidente que responde también al modelo de Fiscal investigador, dados los términos en que se halla redactado el art. 803 bis a) LECrim¹⁵.

Pero el modelo de Fiscal investigador no ha llegado todavía a nuestro país. A pesar de los intentos realizados al efecto, los últimos de los cuales

13. La Disposición Adicional Segunda de la citada Ley 4/2015, del Estatuto de Víctimas del Delito, rubricada “Medios”, es del siguiente tenor: “Las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal”. En la misma línea, la Disposición Adicional Única de la mencionada Ley 41/2015, bajo la rúbrica “Previsión de costes”, establece un mandato prácticamente idéntico, al decir “Las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal”.

14. El art. 324. 1 establece que las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas. En su párrafo segundo añade: “No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurren de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo.

15. El precepto comienza indicando lo siguiente: “En cualquier momento después de iniciadas *diligencias de investigación por la fiscalía...*”. Sin embargo, en el momento legislativo en que se creó este procedimiento, y aún a día de hoy, la previsión de inicio de diligencias de investigación por el Fiscal se limita a la contemplada en el art. 773. 2 LECrim, cuya aplicación es, por cierto, prácticamente nula.

fueron el Anteproyecto de LECrim, del año 2011 (del Ministro Caamaño), y el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal, del año 2013, elaborado por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012¹⁶, nuestro sistema continúa a día de hoy bajo el modelo del juez instructor. Conviene recordar, además, que la conformidad a la Constitución del modelo de juez instructor ha sido expresamente declarada por nuestro Tribunal Constitucional¹⁷. Y, como es obvio, el modelo de fiscal instructor que escoja el legislador -si finalmente se decide- habrá de ajustarse a las garantías procesales reconocidas en la Constitución; en particular, habrá de respetar que la facultad de adoptar las medidas cautelares restrictivas de derechos fundamentales -singularmente los derechos concernidos en los arts 17.2, 18.2 y 3, 20.5 y 22.4 CE- y la de ordenar la práctica de diligencias de investigación que igualmente afecten a derechos y libertades fundamentales que sea procedente acordar durante la instrucción continuarán correspondiendo al órgano jurisdiccional, al igual que otras funciones, como por ejemplo la intervención judicial en la elaboración de pruebas preconstituídas y anticipadas al acto del juicio oral.

El tercer peligro es el conocido comúnmente bajo la denominación de “populismo punitivo”. Se trata del fenómeno que se produce cuando el legislador orienta su política criminal al endurecimiento de las penas establecidas para ciertos delitos, o incluso la creación de nuevos tipos delictivos o subtipos agravados, con el objetivo apresurado de contentar o acallar las demandas de amplios sectores o grupos sociales producidas a partir de sucesos o situaciones que han causado un importante impacto mediático y generado una generalizada sensación de inseguridad.

Este modo compulsivo y oportunista de legislar en materia penal hace que la política criminal aparezca excesivamente influenciada por las pretensiones de grupos y organizaciones sociales intermedias, en lugar de ser fruto de la necesaria reflexión en el proceso de elaboración de nuevas normas, lo que acaba afectando a la idea misma de sistema penal al generar dispersión, fragmentación o incluso contradicción entre normas. Y es que el conocimiento de la génesis, desarrollo y proyección de una nueva norma no es irrelevante: resulta necesario estudiar sus antecedentes y el material normativo

16. En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2013 se argumenta ampliamente sobre la justificación del modelo del Fiscal investigador.

17. STC 41/1998, Sala 1ª, de 24 de febrero. En el mismo sentido, la STC 32/1994, de 31 de enero, al tratar del principio acusatorio señala que éste no implica que la dirección de la investigación en los procedimientos penales no corresponda ya al Juez de Instrucción. Complementa esta visión la necesaria separación orgánica entre juez instructor y órgano de enjuiciamiento para la validez constitucional del modelo la STC 145/1988, de Pleno, de 12 de julio.

preexistente y detectar las carencias o insuficiencias en la adaptación de la norma a la realidad que se contempla con la elaboración de una nueva.

Entre otros peligros, el populismo punitivo corre el riesgo de acabar instrumentalizando a las víctimas de determinados delitos (p. ej delitos de terrorismo, violencia de género) de tal modo que el posicionamiento a su favor aparezca en el fondo ocultando intereses electoralistas. Así, por ejemplo, prometer la adición a los tres fines de la pena clásicos -retribución, prevención general y prevención especial-¹⁸, un cuarto, cual sería el de la satisfacción de la víctima a través de la pena, o incluso presentar la pena como un derecho de aquélla, constituyen claros ejemplos de mala política criminal.

MUÑOZ CONDE aborda ampliamente esta cuestión. Tras señalar que formalmente corresponde al poder legislativo la tarea de convertir en normas jurídicas los conocimientos criminológicos, señala que en esas decisiones participa de una forma más amplia, si bien indirectamente, toda la sociedad a través de los medios de comunicación, los partidos políticos, las distintas concepciones religiosas o ideológicas, etc, que crean movimientos y grupos de presión a favor o en contra de determinadas opciones político criminales (pro víctima, pro o anti aborto, pro o anti pena de muerte, etc), que a veces tienen más peso en las decisiones políticas que los propios conocimientos criminológicos. Lo cual plantea el problema, dice el autor, de que la política criminal se convierta en una política criminal electoralista, “que con el fin de satisfacer las demandas del electorado, a veces manipuladas por los medios de comunicación, prometa soluciones a los problemas de la criminalidad y su control que no son factibles o incluso pueden ser contraproducentes”.¹⁹

3.- Política criminal y proceso penal.

Como venimos apuntando, el derecho procesal penal no es inmune a la política criminal. A pesar de su función garantizadora de los derechos fundamentales en el proceso, y de límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, la regulación procesal penal, en la medida en que constituye el cauce legal para la persecución del delito y la imposición de la pena en una sociedad democrática, permite inferir cuáles son los objetivos de política criminal que el legislador se propone alcanzar²⁰.

18. No desconocemos que el Derecho penal puede tener también una finalidad “simbólica”.

19. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, obra citada.

20. Especialmente a través de las reformas que se planteen de las normas procesales en vigor.

Aunque más adelante abordaremos específicamente la importancia en el ámbito de la justicia penal de la política criminal en materia de violencia de género, en este epígrafe vamos a referirnos a tres mecanismos procesales -hay otros muchos- que podríamos señalar como representativos de lo que estamos afirmando.

El primero se refiere a la existencia misma de proceso penal para la persecución de determinadas infracciones penales. Un buen ejemplo lo encontramos en el principio de oportunidad aplicado al nacimiento, o no, del procedimiento penal. Es lo que prevé, en sede de procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves, el art. 963 LECrim tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 23 de marzo. Conforme a la nueva redacción, recibido el atestado el juez *acordará* el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal en atención a dos circunstancias: que el delito denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y que no exista un interés público relevante en la persecución del hecho.

La regulación del art. 963 LECrim refleja muy bien cómo la Política criminal no se agota con la determinación de los delitos y las penas en leyes sustantivas, sino que también forma parte de ella la decisión sobre cómo, cuándo y por quién pueden perseguirse determinadas infracciones punibles. En el precepto que examinamos se observa con claridad cómo el Estado se reserva la decisión sobre la persecución, o no, de determinadas infracciones contempladas en el Código Penal como infracciones jurídico penales castigadas con una pena.

Pero el caso del art. 963 LECrim es también un buen ejemplo de la decisión político criminal del paso del principio de necesidad de pena al principio de merecimiento de pena. Y es que, según decida en el caso concreto el Fiscal en el momento previsto en el citado art. 963 LECrim, habrá o no proceso (o se archivará el iniciado) y, con ello, posibilidad o no de llegar a una sentencia de condena que imponga una pena. Plantearse entonces hasta qué punto el mecanismo genera una situación de desigualdad en la aplicación de la ley procesal penal, dado que unos mismos hechos podrán ser o no enjuiciados en función de la decisión que adopte en el momento el concreto representante del Ministerio Fiscal, quedando así en sus manos la existencia del proceso mismo, resulta inevitable. Y es que de este modo el Estado, que siguiendo los postulados propios de intervención mínima, legalidad y necesidad, ha definido previamente como delito (aunque leve) una determinada conducta, decide ahora no perseguirla con el argumento de que no encuentra un *interés público relevante* en la persecución del hecho.

La respuesta a la pregunta acerca de a qué obedece ese modo de proceder puede intuirse fácilmente: tratándose de delitos de *escasa entidad* (delito leve), el legislador decide que sobre el principio de necesidad procesal (oficialidad) pueda prevalecer el de oportunidad, posibilitando un mecanismo alternativo cuya única función es contribuir a paliar la crítica situación de nuestra justicia penal²¹.

La figura no es nueva. En el derecho penal de menores, los arts. 18 y 19 de la LO 5/2000, de 12 de enero, de la responsabilidad penal de los menores, facultan al Ministerio Fiscal, encargado de la instrucción, para desistir de la incoación del expediente y de su continuación en determinadas circunstancias, tales como la naturaleza y gravedad del hecho punible, la incidencia del hecho o la conciliación con la víctima²². Y, por lo que respecta al derecho penal de adultos, el Código Penal contemplaba ya desde su redacción original en el art. 171.3 un supuesto de ejercicio del principio de oportunidad en favor de quien denunciaba ser objeto de chantaje²³.

Con todo, debe llamarse la atención sobre un punto, cual es que el archivo del procedimiento por el juez en el art. 963 LECrim no parece reconocerse entre los motivos de sobreseimiento establecidos en nuestra LECrim, concretamente en los arts. 637, para el sobreseimiento libre, y 641 para el provisional (arts. 779.1.1^a y 782.1 para el Procedimiento Abreviado, y arts. 798.2.1^o para el Procedimiento Especial de Enjuiciamiento Rápido). Al no explicitarse los efectos de la resolución, surge la duda de si éstos serán los de uno u otro tipo de sobreseimiento, lo que es necesario resolver porque en el primer

21. GÓMEZ COLOMER, en su apocalíptica visión de nuestro sistema, señala lo siguiente: “La Justicia Penal sigue siendo una vergüenza nacional ante su más que indefendible sobrecarga, la enorme carestía del proceso para el ciudadano, su larguísima e inaceptable duración, por un lado; y, por otro, su impredecibilidad, la débil y a veces errónea fundamentación ante la ignorancia judicial por una deficiente formación y capacitación (formación continuada, puesta al día), de muchas sentencias en casos de gran repercusión social, entre otras muchas cuestiones que por sabidas no vale la pena ni recordar”. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, op cit, pág 12.

22. Conforme al art. 18 de la LORPM, el Ministerio Fiscal puede desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o delito leve. Al hacerlo dará traslado de lo actuado a la Entidad Pública de Protección de Menores y comunicará el desistimiento a los ofendidos o perjudicados que fueren conocidos. El art. 19 regula el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima en caso de delito menos grave o leve.

23. El precepto establece lo siguiente: Si el hecho descrito en el apartado anterior -exigencia de cantidad o recompensa bajo amenaza de revelar o difundir hechos de la vida privada o relaciones familiares no públicamente conocidos que puedan afectar a su fama, crédito o interés- consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados.

caso (sobreseimiento libre) los efectos de cosa juzgada material equivalen a una sentencia absolutoria; mientras que en el segundo (sobreseimiento provisional) este efecto no se produce, sino que resulta posible la reapertura de la causa mientras el delito objeto de la misma no haya prescrito.

El segundo mecanismo es la conformidad del investigado o encausado. Mediante el reconocimiento de los hechos y la aceptación de la pena por parte del investigado o encausado asistido de su Letrado, este mecanismo posibilita una sentencia penal condenatoria por acuerdo de las partes sin celebración de juicio en el que se haya producido la prueba ante el órgano jurisdiccional encargado del enjuiciamiento; de hecho, incluso es posible que el órgano encargado de dictar la sentencia sea el que tiene atribuidas funciones instructoras y no propiamente de enjuiciamiento. Me refiero, naturalmente, al Juez de Instrucción y al Juez de Violencia sobre la Mujer (arts 87. 1 b) y 87 ter 1 e) LOPI, respectivamente).

La decisión político criminal sobre las condiciones y límites de ejercicio de la conformidad tiene una evidente trascendencia jurídico procesal, ya que si bien la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno, tanto de sistema continental como de *Comon Law*, reconocen desde antiguo la figura en modalidades diversas, lo cierto es que nuestra legislación fue objeto de una importante reforma para introducir un elemento incentivador de la misma en aras, precisamente, a la descongestión del sistema de justicia penal. Me estoy refiriendo a la conocidamente denominada “conformidad premiada”, regulada en el art. 801 LECrim. Aplicable, en las condiciones que exige el precepto, a un importante número de delitos (castigados con pena de hasta tres años de prisión, multa cualquiera que sea su cuantía, o pena de otra naturaleza que no exceda de diez años), la pena que finalmente ha de imponerse será la pena solicitada, reducida en una tercera parte, con el límite, tratándose de pena privativa de libertad, de no superar la duración de dos años.

El mecanismo ofrece significativas ventajas prácticas: facilita el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aproxima temporalmente los momentos de comisión del hecho punible, pronunciamiento judicial condenatorio e inicio de la ejecución de la pena y exigencia de responsabilidad civil, simplifica el proceso, economiza costes a la Administración de Justicia y minimiza -o incluso puede llegar a evitar por completo- la llamada “victimización secundaria”.

Sin embargo, no está exento de peligros. Por razones de política criminal, entre las que se cuenta la necesidad de establecer mecanismos de aceleración procesal con el fin de contribuir a superar la crisis de nuestra justicia penal,

el legislador instauró en el año 2002 el denominado “Procedimiento Especial para el Enjuiciamiento Rápido de determinados delitos”, regulándolo el Título III del Libro IV LECrim. Dándose las circunstancias previstas en el apartado 1 del art. 795²⁴, el Instructor viene obligado a incoar un procedimiento de tal clase (“se aplicará”, dice el art. 795.1 LECrim), contra cuya resolución, por disposición expresa del art. 797.1, no cabe recurso alguno, sin perjuicio de poder acordar posteriormente, de considerar insuficientes las practicadas, que el procedimiento continúe como Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado²⁵.

Pero lo que interesa destacar ahora respecto a esta regulación es que entre los delitos que contempla como susceptibles de tramitación como juicio rápido se cuenta el de violencia habitual, del art. 173. 2 del Código Penal. Teniendo en cuenta la complejidad de la figura y las exigencias jurisprudenciales acerca de la necesidad de individualizar los hechos que acaban conformando este delito como tipo penal autónomo y distinto de los diferentes hechos delictivos que lo integran, sancionándose separadamente sin incurrir en la prohibición de *bis in ídem*, no se comprende bien cómo es posible que se incluya entre los delitos previstos para ser enjuiciados en el brevísimo plazo máximo de quince días ordenado en el art. 800.3 LECrim. A menos que lo que se pretenda sea ofrecer una respuesta sancionadora inmediata facilitando la conformidad del art. 801 -reducción de la pena en una tercera parte, según hemos dicho- con la propuesta que hagan las acusaciones ante el propio Juez de Violencia sobre la Mujer en los momentos iniciales del procedimiento, con el fin de garantizar una sentencia condenatoria firme que abarque al menos alguno o algunos de los hechos inicialmente denunciados y el inicio de cumplimiento de la pena, a pesar de que para lograr ese resultado inmediato queden fuera de la conformidad -y acaso de su ulterior persecución en otro proceso- algunos de los hechos inicialmente abarcados por la denuncia.

El tercer mecanismo que presentamos como ejemplo del reflejo de la política criminal en el proceso penal lo encontramos en una norma de tutela cautelar excepcional que no se halla en la LECrim, sino en el art. 69 de la LO 1/2004, de MPIVG.

24. En síntesis: delito castigado con pena de prisión no superior a cinco años -o con pena de otra naturaleza que no exceda de diez-, atestado policial con detenido o denunciado que ha sido citado por la Policía Judicial para comparecer ante el Juzgado de Guardia -o Juzgado de Violencia sobre la Mujer- y tratarse de alguno de los delitos mencionados en las circunstancias 1ª a 3ª del propio art. 795.1

25. En cuyo caso deberá indicar motivadamente, por exigirlo así el art. 798. 2. 2º LECrim, cuáles son las diligencias cuya práctica resulta necesaria para concluir la instrucción de la causa, o las circunstancias que lo hacen imposible.

Conforme a dicho precepto, las medidas judiciales adoptadas para la protección y seguridad de las víctimas relacionadas en el capítulo en que el mismo se ubica (se refiere al Capítulo IV del Título III de la referida ley, arts 61 a 68; entre ellas se cuenta la Orden de Protección) “podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen”. Y añade: “En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas”.

A primera vista el precepto no presenta especial dificultad. Pensando en una sentencia condenatoria dictada en un proceso por delito en el ámbito de la violencia de género, y habiéndose acordado durante la tramitación del procedimiento una medida cautelar para la protección de quien aparece como víctima (por ejemplo, una orden de protección con medidas de alejamiento y prohibición de comunicación), la regulación señalada vendría a posibilitar el mantenimiento de la medida cautelar durante la tramitación del recurso que el condenado en la instancia interpusiera contra la sentencia. De este modo se garantizaría el mantenimiento en el tiempo de la protección cautelarmente dispensada hasta el momento, máxime si se tiene en cuenta no ya sólo las notas características de temporalidad y variabilidad, consustanciales a las medidas cautelares como instrumentales al proceso principal, sino la necesidad de pronunciamiento por el juez acerca de la duración de la medida acordada²⁶, una de cuyas fórmulas más frecuentes en la práctica es, precisamente, la de acordar que la vigencia de la medida alcance hasta que se dicte sentencia definitiva.

El problema surge cuando la sentencia dictada en la instancia es absolutoria. La previsión del legislador es que incluso en este caso el órgano que ha dictado la sentencia pueda ordenar el mantenimiento durante la tramitación de los eventuales recursos contra su sentencia de las medidas cautelares previamente acordadas. Tal posibilidad rompe, a nuestro juicio, el equilibrio que necesariamente ha de existir en sede de medidas cautelares personales entre la necesidad de protección a favor de quien aparecía como víctima, por un lado, y la restricción de derechos fundamentales que la medida comporta para el investigado o encausado, por el otro, pues éste ha sido ya absuelto en sentencia dictada en primera instancia, tras la celebración del correspondiente juicio y la valoración probatoria efectuada por el órgano sentenciador.

26. Conforme al apartado 4, párrafo último, del art. 544 ter LECrim, al resolver sobre la orden de protección el juez debe pronunciarse sobre el contenido y *vigencia* de las medidas que acuerde. De acuerdo con el apartado 6, las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y *vigencia* serán los establecidos con carácter general en esta ley.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha validado esa posibilidad dentro de la previsión del legislador. En su Sentencia número 16/2012, de 13 de febrero, señala que el mantenimiento de la orden de protección en el supuesto de sentencia absolutoria “se supedita por el legislador a que se haga constar expresamente en dicha resolución, lo que requerirá un plus de motivación al órgano judicial, desde el canon de la proporcionalidad, para justificar las razones por las que se acuerda en tales circunstancias la prórroga de la medida”. Mucho nos tememos que el órgano que ha dictado la sentencia absolutoria encontrará en la práctica verdaderas dificultades para motivar el mantenimiento de una medida cautelar restrictiva de derechos fundamentales de la misma persona que acaba de ser absuelta, las más de las veces en la práctica en atención al resultado de la prueba practicada. A ello se añade la especial dificultad para la revocación en la apelación del pronunciamiento absolutorio de la sentencia de instancia cuando el recurso contra ella interpuesto se fundamenta, como habitualmente ocurre en la práctica, en el error en la valoración de la prueba; pues la jurisprudencia constitucional en este punto aparece ya muy consolidada desde las sentencias número 167/2002, de 18 de Septiembre, y 170/2002, de 30 de Septiembre, al establecer la doctrina según la cual, en los casos de apelación de sentencias penales absolutorias, cuando el recurso se funda en error en la apreciación de la prueba, no puede el órgano “*ad quem*” revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia si, por la índole de las mismas, es exigible la inmediación y la contradicción, a salvo que ante la Sala revisora se practiquen de nuevo tales pruebas.

Tampoco la nueva regulación del recurso de apelación contra sentencia absolutoria establecido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ofrece una mejor solución al problema que tratamos. De acuerdo con la nueva redacción del art. 790.2 LECrim, la parte apelante, al alegar el error en la valoración de la prueba para pedir la nulidad de la sentencia absolutoria vendrá obligado a justificar 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. El órgano *ad quem*, caso de estimar el recurso, no sustituirá la valoración probatoria efectuada por el órgano *a quo* por la suya propia, sino que se limitará a anular la sentencia absolutoria apelada, pues como establece el art. 797.2 LECrim, la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en la primera instancia.

II.- El Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

El Pacto de Estado contra la violencia de género constituye un instrumento de especial importancia para conocer hacia dónde se orienta actualmente la política criminal española en la lucha contra la violencia doméstica y de género. Fruto del consenso entre fuerzas parlamentarias de diverso signo, el Pacto es reflejo de una tendencia político criminal preocupada por desarrollar dos líneas muy marcadas: de una parte, la decidida voluntad de otorgar una protección reforzada a la víctima, tanto a través de la ampliación de medidas de protección, como mediante mecanismos previstos para conseguir una dispensa inmediata de la tutela cautelar; de otra, el endurecimiento en la persecución y el castigo de los delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género, llegando alguna de las medidas que propone a realizar una función prácticamente inocuidadora del delincuente.

Desde hace ya algunos años²⁷ nuestro legislador ha venido introduciendo importantes reformas legales en nuestros textos penales, tanto de ámbito sustantivo como procesal, en su compromiso social en la lucha contra la violencia de género. Destacan particularmente dos textos: la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 11.05.11, ratificado por España el 11.04.14 y comúnmente conocido como “Convenio de Estambul”.

Previo a esos dos importantes instrumentos legales, el legislador había venido realizando algunas reformas tanto en el Código Penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal directamente orientadas a establecer mejoras técnicas en la regulación preexistente. Por su importancia merecen destacarse especialmente la LO 11/1999, de 30 de abril, que por primera vez permitía acordar en sentencia la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima o sus familiares conforme a los arts. 48 y 57 CP; la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, que supuso la tipificación de la violencia psíquica en el delito de maltrato habitual y la introducción del nuevo art. 544 bis LECrim, permitiendo así la anticipación cautelar de la protección prevista en el art. 57 CP; la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que eleva a la categoría de delito en el ámbito de la violencia de género y doméstica infracciones que hasta entonces eran falta (habiéndose validado la constitucionalidad de tal reforma y del tra-

27. Singularmente desde el Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30.04.18. Entre las medidas que preveía estaban la modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal orientadas a la erradicación de los malos tratos y otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas.

tamiento penológico diferenciado por S TC 59/2008 de 14 de mayo)²⁸; la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de Violencia Doméstica, que introdujo el importante art. 544 ter LECrim; y la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entre otras medidas estableció el carácter obligatorio de la imposición de la pena de alejamiento prevista en el apartado 2 del art. 48 CP en los delitos en el ámbito de la violencia de género y doméstica.

Pero también después de la LO 1/2004 y el Convenio de Estambul hay modificaciones legales importantes en la materia hasta llegar al Pacto de Estado. Especialmente significativas son a este respecto las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal producidas en los años 2010 y 2015, a las que se añade, por su importancia práctica en la materia, no obstante su diseño amplio y aplicabilidad general a víctimas de toda clase de delitos, la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito. Es más: tras el Pacto se han producido ya las primeras reformas dirigidas a otorgar fuerza normativa a lo que en él eran sólo propuestas dirigidas al legislador penal y procesal. Me estoy refiriendo al Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, que entre otras reformas contiene una modificación del art. 20 de la LO 1/2004, relativa a la asistencia y representación de la víctima en el proceso penal, que luego examinaremos, y a la LO 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la LO 6/1985, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género, que potencia la especialización en la materia de jueces y magistrados, así como la especialización de órganos jurisdiccionales dentro del orden penal.

A las reformas indicadas hay que sumar la pretensión gubernamental de proceder a una revisión en bloque de la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde una perspectiva de género que, como hemos mencionado ya, ha comenzado con la creación de un Consejo Asesor ad hoc²⁹.

Se constata así, a la vista de las reformas legales señaladas, una primera nota característica de la política criminal en este ámbito, cual es su marcado

28. Además, la reforma modificó el art. 173.2 CP al objeto de ampliar el círculo de sujetos a “quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

29. La composición, funcionamiento y fines de este órgano pueden consultarse en la antes citada Orden JUS/902/2018, de 31 de agosto, publicada en el BOE de 01.09.18.

carácter expansivo³⁰. Como trataremos de exponer en los siguientes epígrafes, esa nota de expansividad tiene su reflejo en varias propuestas de recogidas en el Pacto de Estado, destacando especialmente los dos aspectos ya apuntados: el endurecimiento en la persecución y castigo de los delitos, por un lado; y la mayor y más especial protección a las víctimas, por otro.

1.- La génesis del Pacto de Estado. Breve referencia.

Al objeto de contextualizar adecuadamente el estudio de las propuestas del Pacto de Estado que examinaremos más adelante, estimo de utilidad en este momento una breve aproximación, siquiera sencilla y muy esquemática, al origen mismo del Pacto. Ello permitirá seguramente entender mejor su necesidad y justificación.

El Pleno del Congreso de los diputados, en sesión celebrada el 15.11.16 con motivo del debate sobre dos proposiciones no de ley para mejorar la LO 1/2014 –una del Grupo Popular, y la otra del Grupo Socialista-, acordó un texto transaccional entre cuyos contenidos figuraba el acuerdo de la Cámara de instar al Gobierno a promover la suscripción de un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género por el Gobierno de la Nación, las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y la Federación española de Municipios y Provincias que siga impulsando políticas para la erradicación de la violencia sobre la mujer como una verdadera política de Estado. Se buscaba con ello recuperar el espíritu de consenso de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, vinculando a todos los partidos políticos, poderes del Estado y sociedad civil en un compromiso firme en pro de una política sostenida para la erradicación de la violencia de género.

Para llevar a cabo esta tarea el Congreso acordó crear una Subcomisión en el seno de la Comisión de Igualdad que debía realizar un informe en el que a) se identificaran y analizarán los problemas que impiden avanzar en la erradicación de las diferentes formas de violencia de género, y b) formulara las propuestas de actuación, entre ellas las principales reformas a acometer para cumplir ese fin y atender efectivamente las recomendaciones de los organismos internacionales –como la CEDAW³¹ y la ONU- e instrumentos

30. Vaya por delante que al referirme a la nota característica de la “expansividad” no estoy afirmando que en materia de violencia de género se esté ante un “derecho penal de excepción”, ni que se haya llegado a los excesos del denominado “derecho penal del enemigo”.

31. Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En inglés, las siglas responden a la siguiente denominación: *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*.

de igual clase, como el Convenio de Estambul. Ese informe se hizo sobre la base de las propuestas formuladas por los sesenta y seis expertos y expertas en violencia contra las mujeres que acudieron a la Subcomisión, así como en función de las propuestas formuladas por los Grupos Parlamentarios y fue aprobado por mayoría en septiembre de 2017.

Por su parte el Senado, a través de la Comisión de Igualdad, inició también los trabajos orientados en la misma línea, con comparecencia de 53 personas expertas y que concluyeron con la aprobación, el 28.07.17, de un Informe conteniendo 265 medidas. El informe fue ratificado por el Pleno, por unanimidad el 13 de septiembre del mismo año.

Una vez aprobados, ambos informes fueron remitidos al Gobierno para que éste los sometiera a acuerdo con los representantes de Comunidades Autónomas, ayuntamientos, partidos políticos, administración de justicia y asociaciones sindicales, empresariales y asociaciones civiles. Así ocurrió y el 27.12.17, en el seno de una Conferencia Sectorial de Igualdad, quedó suscrito el Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

Su contenido completo, integrando todas las medidas finalmente aprobadas, puede consultarse bajo el título “Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de violencia de género. Congreso+Senado” en la web de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género³².

2.- La Política criminal en el Pacto de Estado.

Nuestro sistema de justicia penal, pese a las reformas sustantivas y procesales producidas en los últimos quince o veinte años, no soluciona la violencia de género. Éste tiene la categoría de “problema social”, pues presenta las notas que así permiten caracterizarlo, entre las que se cuentan la afectación generalizada a un importante número de personas en la sociedad y su resistencia a ser resuelto a pesar de las medidas que se adoptan con ese fin.

Las cifras publicadas anualmente por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (en el ámbito del CGPJ), la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género o la Memoria elaborada anualmente por la Fiscalía General del Estado no permiten una lectura distinta. Y, sin embargo, parece haber consenso en cuanto a que sin muchas de esas importantes

³². El texto del Congreso fue publicado en el BOCG núm 199, de 3 de agosto de 2017; el texto del Senado, en BOCG Senado, núm 131, de 28 de julio de 2017.

reformas realizadas en ese tiempo la situación sería, con toda probabilidad, mucho peor.

Con todo, es posible que el error esté en considerar que sólo una política criminal dirigida a endurecer la persecución y el castigo, o que haga de ello el elemento esencial en la lucha contra la violencia de género, puede lograr que la sociedad avance hacia una posición de igualdad material, no meramente formal, entre hombres y mujeres³³. De hecho, cuando el legislador crea normas penales -sustantivas y procesales- excepcionales, justificándolo en la necesidad de luchar de un modo especial contra un determinado ámbito de criminalidad, el efecto que suele producirse es que continúan persistiendo los mismos problemas que se querían resolver con la nueva regulación especial³⁴.

Ciñéndonos ahora al Pacto de Estado, la tendencia penal expansiva, tanto en el plano sustantivo como en el procesal, puede reconocerse en la utilización de varios mecanismos.

Así, refiriéndonos por ejemplo al endurecimiento punitivo, el Pacto de Estado propone medidas que responden a diferentes técnicas: desde vetar o limitar la apreciación por los órganos jurisdiccionales, en el momento de la individualización de la pena, de determinadas circunstancias atenuantes genéricas diseñadas para su aplicabilidad a todos los delitos en general, como las de confesión o reparación, hasta la creación de nuevos tipos penales que incriminan conductas que hasta ahora no tenían encaje adecuado en los tipos preexistentes, la agravación de infracciones leves para pasar a la categoría de menos graves o la creación de nuevas penas a imponer según la modalidad delictiva empleada. En esa misma línea se sitúa la eventual creación de subtipos penales agravados, la generalización en la aplicación de circunstancias agravantes genéricas en tipos penales ya existentes, como la utilización de la agravante genérica de discriminación por razón de género, o el empleo generalizado de la medida de seguridad de libertad vigilada en los delitos en el ámbito de la violencia de género.

Estas técnicas se anudan a otras preexistentes, reforzándolas. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las penas de obligada imposición por el juez o tribunal en caso de condena en ciertos delitos. Como analizaremos más

33. La cuestión es, sin duda, mucho más amplia y compleja, al punto que no resulta posible detenerse ahora en analizarla. Hablo de igualdad material en contraposición a igualdad "formal" o ante la ley, reconocida en el art. 14 de nuestra Constitución.

34. Lo señala muy bien el profesor Quintero Olivares, que utiliza como ejemplo los delitos contra la seguridad del tráfico y el terrorismo, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo", Estudios de Derecho Judicial, núm. 128/2007, págs. 11-12.

adelante, su imposición resulta inevitable, incluso en el supuesto de que la víctima haya manifestado su voluntad en contrario a dicha imposición, como acontece con la pena de alejamiento; pena para cuyo cumplimiento efectivo por parte del penado resulta necesaria, por cierto, la colaboración de la propia víctima evitando aquellas situaciones que puedan dar lugar a los denominados “quebrantamientos consentidos”, muy frecuentes en la práctica, tanto en número y como en reiteración por los mismos sujetos. Y lo mismo cabe decir respecto a la prohibición de los mecanismos de justicia restaurativa en el ámbito de la violencia de género, pues desde la LO 1/2004, de MPIVG, quedó introducida en la LOPJ (art 87 ter 5) la expresa prohibición de la mediación en todo caso (el precepto no se refiere sólo a la mediación en el ámbito del derecho de familia, sino también a la mediación en el ámbito penal); prohibición que el Pacto de Estado insiste en mantener y reforzar³⁵.

3.- Las nuevas medidas del Pacto de Estado y su reflejo en las normas penales sustantivas.

3.1.- Los quebrantamientos de condena y de medida de alejamiento.

Los quebrantamientos de las penas y medidas de alejamiento constituyen una preocupación de primer orden en el Pacto de Estado contra la violencia de género. Hasta cuatro medidas distintas se proponen al respecto.

La primera consiste en “establecer consecuencias” a los sucesivos quebrantamientos de las órdenes de alejamiento; expresión inespecífica a la que simplemente se añade a título de mero ejemplo “el uso de los instrumentos de vigilancia electrónica, cuando concurren los supuestos legalmente previstos” (es la medida número 117).

La segunda trata de excluir la relevancia del consentimiento de la víctima en la valoración de los casos de quebrantamiento de condena o medida cautelar, sin perjuicio de los posibles efectos en la culpabilidad del acusado³⁶. Tal como

35. Se trata de la medida número 142: “Reforzar en la legislación y en los protocolos que se aprueben y revisen la absoluta prohibición de la mediación en los casos de violencia de género”. Tal previsión trata del mismo modo todos los casos, tanto si la violencia es habitual como meramente ocasional, lo que no nos parece acertado.

36. La redacción original de la medida era llamativamente más amplia. Reproducimos su texto íntegro tal y como aparece publicado en el BOCC Senado, de 28.07.17: “243. Establecer que no se deriven responsabilidades hacia la mujer en los delitos de Quebrantamiento. Tomando en consideración las especiales circunstancias que rodean a la víctima de Violencia de Género, se propone que su consentimiento en un quebrantamiento de condena o medida cautelar sea irrelevante y *que no pueda derivarse responsabilidad a ésta; tampoco por la aceptación del mismo e, incluso, por su provocación, no operando en este*

se formula la propuesta (es la medida número 118), parece que se refiere a la imposibilidad de considerar, como hizo algún precedente jurisprudencial ya superado, que el consentimiento pueda excluir la antijuricidad material de la acción realizada (quebrantamiento), pero sin negar al mismo tiempo que ese consentimiento pueda tener alguna traducción en la declaración de culpabilidad, que podría abarcar desde la apreciación de alguna clase de error (de tipo o de prohibición, vencible o invencible) conforme al art. 14 CP, hasta la posibilidad de servir como elemento de argumentación en el momento de la individualización judicial de la pena, atendiendo al criterio legal de “las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho”, recogido en el art. 66.1.6ª CP.

La tercera es un llamamiento a que se haga constar expresamente en el Registro Central de Penados, en el Ministerio de Justicia el dato relativo a que la condena impuesta por delito de quebrantamiento de condena lo ha sido respecto a una condena impuesta por delito relacionado con la violencia de género. Inexplicablemente la medida se limita a condenas por delitos de quebrantamiento de condena y no abarca a los supuestos en que lo quebrantado haya sido una medida cautelar, pues la razón justificativa de esa constancia expresa es la misma tanto en uno como en otro caso.

La cuarta medida se enuncia así: “contemplar la posibilidad de establecer, en los supuestos de quebrantamiento, la prohibición de acercamiento o comunicación con la víctima, ya que cuando se dicta la sentencia de condena por el quebrantamiento puede que ya no esté vigente la medida cautelar o la pena quebrantada en su día. En resumen, reforma del Art. 57.1 del Código Penal para imponer prohibiciones en el caso de comisión de un delito de quebrantamiento del Art. 468 CP”. Este último enunciado resulta especialmente llamativo, razón por la cual lo hemos transcrito en toda su literalidad. En su primera parte parece poner el centro de atención en la preocupación por la posibilidad de que en el momento de dictarse sentencia condenatoria por delito de quebrantamiento ya no esté vigente la medida cautelar o la pena en su día quebrantada. Sin embargo, en la segunda, tras la alocución “*en resumen*”, lanza una propuesta singularmente amplia: reformar el art. 57.1 CP “para imponer las prohibiciones en caso de comisión de un delito de quebrantamiento del art. 468 CP”.

Centrándonos ahora en esta última medida, vemos que se dirige específicamente a reformar el art. 57.1 CP, el cual, como es sabido, establece un régimen de carácter facultativo para el juez o tribunal sentenciador en

último caso como eximente de responsabilidad criminal al infractor, sin perjuicio de los posibles efectos sobre el dolo del acusado”. La cursiva es nuestra.

orden a la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48 del propio Código. No se alude en absoluto al numeral 2 del propio art. 57, en el que la imposición de la pena de alejamiento prevista en el art. 48.2 es obligada para el órgano de enjuiciamiento al dictar sentencia condenatoria. Cabe deducir, por tanto, que el régimen para la imposición de las prohibiciones previstas en el art. 48 CP en caso de quebrantamiento será *facultativo* para el juez o tribunal sentenciador, no *obligatorio*.

Existe, no obstante, otra circunstancia igualmente llamativa. Si lo que preocupa es la situación en que se encuentra la víctima (entendida como una situación de falta de protección) cuando al momento de dictarse la sentencia de condena por el quebrantamiento ya no se halla vigente la medida cautelar o la pena en su día quebrantada, entonces no se acierta a comprender que la propuesta abarque todos los supuestos de quebrantamiento contemplados en el art. 468 CP en lugar de referirse específicamente al subtipo de su numeral 2, que fue introducido por el art. 40 de la LO 1/2004, de MPIVG³⁷ precisamente para dar especial protección a las víctimas de violencia doméstica y de género. Al no acotarse adecuadamente el ámbito aplicativo se corre el riesgo de que el juez o tribunal sentenciador pueda acabar imponiendo una pena del art. 48 CP en caso de quebrantamiento a pesar de que lo quebrantado no haya sido una pena o medida de tal clase sino, por ejemplo, una pena de localización permanente o de trabajos en beneficio de la comunidad, que son penas que ninguna relación guardan con el fin de protección propio y prevención especial de las medidas de alejamiento y de prohibición de comunicación que se pretenden.

En caso de quebrantamiento del art. 468.2 CP, la medida que se examina tiene, como vemos, la clara finalidad de activar (si es que en el momento de pronunciarse la sentencia condenatoria ya no estuviera vigente la pena o la medida de tal clase) o prolongar en el tiempo (si es que aún se hallaba vigente la pena o medida quebrantada) la protección que representan las prohibiciones del art. 48 CP. Si sale adelante, la modificación legislativa que se produzca reactivará a buen seguro la polémica doctrinal acerca del bien jurídico protegido en el subtipo del art. 468.2 CP. A grandes rasgos, en esa polémica se distinguen dos posturas bien diferenciadas. La primera entiende

37. Desde entonces, el apartado 2 del art. 468 CP tiene la siguiente redacción: “Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173. 2º. Y la diferencia penológica con la regulación general del delito de quebrantamiento, prevista en el apartado 1 del mismo precepto, es evidente, pues éste castiga a quienes quebranten su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia con la pena de prisión de seis meses a un año, si estuvieran privados de libertad, y con la de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

que el bien jurídico protegido por el delito de quebrantamiento no es el interés de la víctima, sino el interés del Estado en garantizar la efectividad de las resoluciones judiciales referidas en el precepto. La segunda, en cambio, considera que nos hallamos ante un delito pluriofensivo, de tal modo que junto al correcto funcionamiento de la administración de justicia se situaría también el fin de proteger la indemnidad de las víctimas³⁸. La jurisprudencia, por su parte, viene considerando en diversas resoluciones que el bien jurídico protegido por este delito sigue siendo únicamente el principio de autoridad en su modalidad de cumplimiento de las resoluciones judiciales, si bien reconoce que, indirecta o secundariamente, se protege también a quien tuviera a su favor la pena o medida de alejamiento quebrantada (SS TS 100/2007, de 19 de enero, 4716/2009, de 13 de julio; A TS 2744/15, de 5 de marzo)³⁹.

En nuestra opinión, la propuesta del Pacto de Estado parece alinearse con la tesis de la pluriofensividad. La posibilidad de imponer penas del art. 48 CP cuando el delito cometido se conceptúa exclusivamente como delito contra la Administración de Justicia no parece justificada si junto al bien jurídico que le es propio no se añade también la indemnidad de la víctima. Resulta completamente extraña a todo el grupo de delitos que conforman el Título XX del Libro II del Código Penal, rubricado “Delitos contra la Administración de Justicia”, la posibilidad de imponer penas de tal clase. Ahora, en lo que parecen razones de una política criminal orientada a otorgar la máxima protección a quien tenía a su favor un alejamiento o una prohibición de comunicación que han resultado quebrantadas, aun cuando se trate de un quebrantamiento puro o no acompañado de ninguna otra conducta punible (coacción, amenaza, maltrato...), se establece una pena, imponible con carácter facultativo vía art. 57 CP, que es accesoria a los delitos que el propio precepto prevé y que ahora incluiría el quebrantamiento (contemplado en el art. 468.2 CP) con el fin de otorgar protección a quien tenía, o aún tiene a su favor, una medida o pena a su favor de tal naturaleza.

Un último apunte resulta preciso. El art. 468.2 CP, al tipificar el delito de quebrantamiento, se refiere a las personas del art. 173.2 CP, lo que incluye

38. Un estudio amplio y detallado sobre esta cuestión puede encontrarse en CUETO MORENO, Cristina “El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género”. Universidad de Granada, noviembre 2016.

39. Al hilo de lo que venimos comentando puede recordarse la S TS 39/2009, de 29 de enero, que declara que la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Y en la misma línea, el A TS 10373/13, de 24 de octubre, FJ 3º, recuerda que el Acuerdo Plenario de 25.11.08, en punto a la interpretación del art. 468 del Código penal, dice que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código penal”.

no sólo los supuestos de género, sino también los supuestos en que la pena o medida se hubiera acordado en procesos penales seguidos por delitos de violencia doméstica, donde la víctima puede ser, por ejemplo, un hijo menor de edad o el cónyuge o pareja o ex pareja varón. Será necesario, pues, matizar muy bien la regulación legal que quiera acoger la propuesta porque, o bien se da la misma respuesta punitiva en todos los casos (es decir, respecto a cualquiera de las personas señaladas en el art. 173.2 CP⁴⁰, no sólo la mujer cónyuge o ex cónyuge, pareja o ex pareja), o bien se limita la posibilidad de su imposición “a favor” de la mujer que sea o haya sido su cónyuge o pareja del condenado, lo que puede generar nuevos problemas de acomodación de la (nueva) desigualdad punitiva al marco constitucional (por exigencias del principio de igualdad previsto en el art. 14 CE).

3.2.- Injurias y calumnias a través de redes sociales: entre delito leve y delito menos grave.

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género contiene una única propuesta referida a los delitos leves cometidos en ese ámbito. Se enuncia en la medida número 112, que literalmente propone lo siguiente: “*No considerar las injurias y calumnias a través de las redes sociales en el ámbito de la violencia de género como únicamente un delito leve*”.

La redacción de la medida no parece muy afortunada, y ello por -al menos- dos razones. Primera, porque en nuestro Código Penal no existe el delito leve de calumnias (no se contempla la “calumnia leve”). Posiblemente la referencia a la calumnia como delito leve en el enunciado de la medida lo que pretenda sea situar, junto a las injurias leves, a las vejaciones leves, pues resulta inexplicable que la propuesta no mencione éstas. Segunda, que no siempre las injurias y las vejaciones cometidas en el ámbito de la violencia de género son delito leve. Sólo lo serán si pueden calificarse conforme al art. 173.4 del Código Penal como delito contra la integridad moral en razón a la levedad de la injuria o la vejación; siendo conocido, por lo demás, que entre los delitos contra el honor, de los arts. 205 y ss CP, se contemplan los delitos de injurias y calumnias como delitos menos graves, con la única excepción del supuesto previsto en el art. 209, inciso segundo, en el caso de la injuria grave sin publicidad.

En efecto. El art. 209 CP establece que las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses. Debe tenerse en cuenta al respecto que

40. Vid. Nota 27.

el art. 33.4 g) CP establece que es pena leve la multa de hasta tres meses; y, sin embargo, tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, el art. 13, tras señalar en su apartado 3 que son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve, añade en su número 4 que cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve. Esta circunstancia ha provocado que muchas infracciones que anteriormente eran constitutivas de delito menos grave hayan pasado a ser delito leve. Muy probablemente no era esa la voluntad del legislador, quien trató de “paliar” de algún modo su error modificando pocos meses después el art. 967.1 LECrim mediante la LO 13/2015, de 5 de octubre, a fin de que fueran aplicables al Juicio por Delito Leve las reglas generales de defensa y representación cuando el delito que lleve aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses⁴¹.

Pero, volviendo al enunciado de la medida, una segunda lectura más pausada lleva a plantearse si lo que se quiere establecer es que las injurias leves de género (junto a las que, con defectuosa técnica, como decimos, sitúa las calumnias) deberán considerarse, por el solo hecho de proferirse a través redes sociales (medio comisivo), como delitos menos graves. Es decir, si la injuria leve de género cometida a través de redes sociales ha de considerarse, por razón del medio comisivo, delito menos grave.

La técnica de convertir en delito menos grave un delito leve es conocida en la regulación actual del Código Penal, singularmente cuando se trata de delitos en el ámbito de la violencia de género: las amenazas leves y las coacciones leves de los arts 171.4 y 172.2 CP, respectivamente. Si las amenazas leves y las coacciones leves se producen fuera del ámbito al que nos referimos, constituyen delito leve, no delito menos grave, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de amenazas leves y coacciones leves de género, que por razón de los preceptos citados constituyen delito menos grave, con todo lo que ello comporta en cuanto a clase de procedimiento, penalidad, antecedentes, etc.

41. Lo cual no deja de merecer importantes críticas. Una, que si la regla general es la innecesariedad de Abogado y Procurador en el Juicio por Delito Leve, no se comprende que la excepción, esto es, el carácter preceptivo de su intervención, se establezca cuando la infracción está castigada con pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses, pues otras infracciones están castigadas con penas más severas y para esos casos no se establece tal preceptividad; así ocurre, por poner un ejemplo de nuestro ámbito, con el delito de injurias leves de género, del art 173.4, que puede llevar consigo una pena privativa de libertad -la localización permanente- de hasta 30 días, además de las penas de alejamiento y prohibición de comunicación de hasta 6 meses. Y otra, que al no establecer ninguna matización, la referencia a “las reglas generales de defensa y representación” deben entenderse referidas a todas las partes, y por lo tanto también a la víctima).

Pues bien. Seguramente el fundamento político-criminal justificativo de la agravación que se propone con la medida pueda hallarse en que las nuevas tecnologías aumentan las posibilidades de lesionar bienes jurídicos relevantes, sobre todo el derecho al honor, intimidad, propia imagen, integridad moral, con singular impacto además si se tratase de víctima menor de edad (entre quienes el uso de redes sociales algo de lo más habitual y cotidiano) y en el ámbito de la violencia de género. Y si ese es el fundamento, resulta obligado preguntarse si en caso de que la injuria ya fuera, por razón de su contenido y circunstancialidad, una injuria grave (o sea, delito menos grave), si debería contemplarse entonces, correlativamente, que el hecho de haberse proferido a través de redes sociales constituyera una modalidad agravada del delito.

Técnicamente, la agravación de la infracción de leve a menos grave en razón al medio comisivo (“a través de las redes sociales” -pensemos, por ejemplo, en Facebook, Instagram, WhatsApp-) podría introducirse en nuestro Código Penal mediante una modificación del art. 173, manteniendo la infracción dentro de los delitos contra la integridad moral en razón a que la injuria sigue siendo leve a pesar de que el delito se clasificara como delito menos grave. En cambio, si la injuria ya constituyera *per se* delito menos grave, habría que mantenerla entonces dentro de los delitos contra el honor de los arts. 205 y ss CP (salvo el supuesto del art. 209 CP inciso segundo, ya mencionado).

Pero la medida suscita otra cuestión, que tiene que ver con el delito de quebrantamiento de condena para el caso en que se reformara este delito si prosperase la medida número 144 del Pacto de Estado; medida que consiste en establecer, como medida cautelar y como pena privativa de derechos, la prohibición de comunicarse a través de las redes sociales cuando el delito se cometa a través de las nuevas tecnologías.

Si, como parece lógico en una posición político-criminal coherente, las injurias cometidas a través de redes sociales pasan a castigarse, entre otras penas, con la de prohibición de comunicación a través de dichas redes (cosa que hasta ahora no se contempla, sin perjuicio de lo previsto en el art. 57 en cuanto a la genérica pena de prohibición de comunicación, imponible con carácter facultativo), y entendiendo que la pena se está refiriendo exclusivamente a la comunicación con la víctima u otras personas de su entorno, mas no una prohibición general de comunicarse con terceros a través de redes sociales, parece claro que, impuesta la pena de prohibición de comunicación, el quebrantamiento de ésta con la acción de proferir nuevas injurias a través de redes sociales debería dar lugar, si el delito de injuria pasa efectivamente a considerarse menos grave, a una agravación específica por el hecho de concurrir con él el quebrantamiento; solución que ya se conoce

en nuestro Código en las modalidades agravadas de los arts 153.3, 171.5 y 172.2 CP.

Con todo, existen opiniones que consideran que la pena de prohibición de comunicarse a través de las redes sociales no debe limitarse a la prohibición con la víctima sino que ha de consistir en una prohibición general de utilización de los medios virtuales. Se trataría de una pena menos grave a incluir en el art. 33.3 m) CP⁴². Sin embargo, a nuestro entender, y aun reconociendo que, a diferencia de otras penas directamente orientadas a la reinserción y resocialización del penado (como la de prisión o la de trabajos en beneficio de la comunidad), la de prohibición de comunicación se dirige directamente a otorgar una especial protección de la víctima, a fin de evitar la afectación psicológica que deriva de la puesta en contacto del condenado haciéndole notar su presencia o cercanía contra su voluntad, entendemos sin embargo que una prohibición general de utilización de redes sociales infringe el principio de proporcionalidad de las penas⁴³.

3.3.- Las atenuantes de confesión y reparación.

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género contiene dos propuestas muy concretas en materia de circunstancias atenuantes en relación a los delitos cometidos en dicho ámbito. Una consiste en eliminar, en ciertas circunstancias, la posibilidad de apreciar la atenuante de confesión. La otra consiste en suprimir en todo caso, sin matiz alguno, la atenuante de reparación del daño. Examinemos por separado cada una de esas propuestas.

a) La atenuante de confesión

El artículo 21.4^a CP contempla desde su redacción original de 1995 como circunstancia atenuante la de “haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”. Se trata, como es sabido, de una circunstancia atenuante genérica, aplicable, en principio, a cualquier clase de delito.

42. Esta es la opinión de Magro Servet. Puede consultarse en MAGRO SERVET, Miguel. “La pena de prohibición de comunicación y su aplicación al uso de redes sociales (Facebook, Instagram, etc)”. Diario La Ley, N° 9098, Sección Doctrina, 13 de diciembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 17401/2017.

43. Y es que el uso de las redes sociales es tan generalizado, sobre todo entre la población más joven, que resultaría especialmente difícil su cumplimiento. Por poner un ejemplo reciente, la S AP Madrid de 20.11.17 consideró que el simple hecho de indicar “me gusta” en comentarios o fotografías publicadas en una red social por la persona que tiene a su favor la prohibición de comunicación bastaría para entender cometido un delito de quebrantamiento de condena/medida cautelar del art. 468.2 CP porque constituye un acto de comunicación con la víctima.

En su concepto actual la atenuante no requiere ninguna motivación de arrepentimiento. Su fundamento es objetivo y utilitarista: colaborar con las autoridades de manera efectiva, relevante, en el esclarecimiento de los hechos, del delito cometido (participación, circunstancias del delito), acelerando el proceso penal (lo cual puede tener efectos positivos: reducir la victimización secundaria; aproximar hecho, sanción, ejecución y cumplimiento de la pena; mayor garantía de acierto del pronunciamiento condenatorio, etc). Su efecto propio en el campo de la punibilidad se justifica en la menor culpabilidad del autor en razón a una determinada conducta postdelictual que se traduce, en definitiva, en el “reconocimiento” de la vigencia de la norma vulnerada, reconocimiento que viene de algún modo a “compensar” la culpabilidad.

La jurisprudencia se ha venido pronunciado sobre la progresiva objetivización de la atenuante⁴⁴, pasando desde la antigua exigencia de proceder con un pesar cuasi religioso de atrición o contrición, a simplemente procurar la mejor investigación de lo sucedido, ofreciendo a las autoridades encargadas de ello los datos y circunstancias que habían concurrido en los hechos y su autoría. Digo progresiva porque a pesar de ello no puede negarse –decía la S TS 102/2003, de 3 de febrero- que para poderse aceptar en sus justos términos esta circunstancia se requiere un mínimo de voluntariedad o intención en el sujeto de facilitar «*motu proprio*» todos esos datos y circunstancias, *no pudiendo aceptarse cuando, o bien no tiene más remedio que confesar lo sucedido porque no le cabe otra salida, o bien cuando a ello es forzado (no simplemente aconsejado) por terceras personas*. Aun así, la jurisprudencia actual, desde la S TS 240/2012, de 26 de marzo, señala que la reducción de la pena no se asienta en sentimientos de arrepentimiento, sino *en razones de política criminal*, en el sentido de que el reconocimiento de la infracción se traduzca en actuaciones útiles para la investigación de los hechos, facilitándola y ahorrando costes a las Administración de Justicia.

Comparto además la opinión de SÁNCHEZ MELGAR⁴⁵ en orden a identificar el mismo fundamento de política criminal en la atenuante que tratamos y en la regulación de la que hemos denominado “conformidad premiada” del art. 801 LECrim⁴⁶, merced a la cual en los casos a los que se refiere el precepto se impondrá la pena solicitada -la máxima de las solicitadas-

44. Recuérdese que con anterioridad al Código Penal de 1995, la atenuante podía encontrarse en el art. 9.9 del derogado CP, Texto Refundido de 1973, bajo la denominación “arrepentimiento espontáneo”.

45. SÁNCHEZ MELGAR, Julián: “Reflexiones en torno a la confesión como atenuante: la utilidad como razón de política criminal”. Diario La Ley, N° 7862, Sección Columna, 21 de mayo de 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY.

46. Según redacción dada al mismo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

reducida en un tercio. El mecanismo que posibilita ese resultado viene a consistir –dice el autor citado– en una confesión *ex post facto premiada* con la rebaja referida respecto de la pena solicitada, aunque limitada a delitos castigados con pena no superior a tres años de prisión.

Traer aquí la conformidad premiada del art. 801 LECrim responde a que muchos de los delitos en materia de violencia de género y violencia doméstica y familiar tienen en la práctica su lugar procesal precisamente en el ámbito del Procedimiento Especial de Enjuiciamiento Rápido. Basta una simple lectura del art. 795. 1. 2ª a) LECrim para comprobar los tipos delictivos a los que se refiere: lesiones, coacciones, amenazas y violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas del art. 173.2 CP⁴⁷, cuyas penas no exceden de los tres años de prisión. Y ello a pesar de la deficiente regulación del 801 LECrim en relación a la inexistencia de Acusación Particular, dado que la interpretación correcta y superadora de dicho precepto avala la posibilidad de intervención de Acusación Particular, lo cual resulta de singular importancia en este ámbito, que es el propio de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Pues bien. La propuesta del Pacto de Estado en este punto consiste literalmente en suprimir la atenuante de confesión en delitos de violencia de género *cuando las circunstancias de los hechos permitan atribuir fehacientemente su autoría, siempre que se respeten los estándares de constitucionalidad en relación con el principio de igualdad.*

La propuesta formulada ha seguido una evolución desde su inicio. En un primer momento de los trabajos de la Subcomisión la idea era la supresión de la atenuante en todo caso. Ello obedecía seguramente a la idea de que la confesión, por sus efectos atenuatorios de la responsabilidad, podía encerrar una cierta “jactancia”, o incluso ser percibida como una cierta justificación de los hechos.

Sin embargo, en el texto del Senado aprobado el 28.07.17 la propuesta de revisión de la atenuante de confesión era “estudiar y valorar, junto al Consejo General del Poder Judicial, la supresión de la atenuante de confesión en delitos con resultado de muerte en violencia de género, o en otros delitos con igual resultado, cuando la ejecución del hecho o las circunstancias que lo rodean permitan, sin dificultad, atribuir la autoría, haciendo inoperante la motivación que justifica, con carácter general, su apreciación (era la medida número 238). Se proponía así la reforma del art 21.4º CP, en el sentido de que, al menos, la rebaja de la pena no sea automática por el mero

47. Vid. nota 27.

hecho de declarar culpabilidad. Finalmente, la redacción recogida en la propuesta delimita la supresión del atenuante en delitos en el ámbito de la violencia de género sin consideración al resultado (de muerte) y, además, en función de dos parámetros: a) que *las circunstancias de los hechos* permitan atribuir fehacientemente su autoría; y b) que se respeten los estándares de constitucionalidad en relación con el principio de igualdad.

Se trata, como se ve, de dos condiciones. La primera, referida a una cuestión fáctica del caso concreto, es que las circunstancias de los hechos permitan *per se* atribuir fehacientemente (o sea, con exclusión de otras alternativas) su autoría (parece que debería seguir entendiéndose por tal siempre autoría al varón que sea o haya sido su cónyuge, o que esté o haya estado ligado a la víctima por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia⁴⁸). La segunda alude a una cuestión de garantías, que es el respeto a los estándares de constitucionalidad en relación con el principio de igualdad; aspecto que, a diferencia del primero, no tiene propiamente un carácter fáctico, sino más propiamente jurídico. Veámoslas.

-Primera condición. Determinar qué debemos entender por “circunstancias de los hechos” resulta de gran importancia, pues de ello puede depender la aplicación o no de la atenuante, con la consecuencia penológica que ello comportará para el condenado que haya “confesado” su participación delictiva. Además hay que tener en cuenta que si bien la apreciación de la atenuante corresponderá al órgano encargado del enjuiciamiento, el juicio que se realice al respecto habrá de situarse en los primeros momentos del proceso, al inicio de la instrucción, valorando si entonces esas “circunstancias de los hechos” habrían permitido ya atribuir fehacientemente su autoría a quien ha venido a confesar, dada la especial importancia que en la concepción legal de la atenuante de confesión tiene el elemento cronológico⁴⁹.

Parece, pues, que se está refiriendo a aquellos casos que, con una terminología no estricta sino vulgar, se califican como de “descubrimiento inevitable”⁵⁰, como en el caso de la STS 06.06.02, en un supuesto de admisión

48. Sin perjuicio del concepto más amplio de violencia de género empleado en Convenio de Estambul

49. La atenuante se refiere a haber confesado antes de conocer que el proceso judicial se dirige contra él. Dejo ahora al margen los supuestos, aceptados por la jurisprudencia, de apreciación de atenuante analógica en casos de confesión tardía.

50. Digo terminología no estricta porque puede llevar a confusión de contenido con la doctrina del mismo nombre referida a la posibilidad de dar validez probatoria a una prueba ilícita cuando lo acreditado con ésta podría haberse acreditado con otras pruebas lícitas que se habrían practicado si no se hubiera realizado la prueba ilícita –traída de la jurisprudencia norteamericana y que nuestro TS reconoce, como en el caso de la STS 974/97, de 4 de julio-. Puede consultarse ampliamente esta cuestión en CAMPANER

de hechos adelantándose por escaso espacio de tiempo a su descubrimiento por parte de la Autoridad (la sentencia utiliza la referida expresión para excluir la atenuante en un caso en que se reconocía portar droga en el cuerpo cuando se iba a proceder al examen radiológico).

Podemos concluir, con lo expuesto, que esta primera condición ya está implícita en la interpretación que de la atenuante de confesión viene realizando la jurisprudencia.

-La segunda condición es que se respeten los estándares de constitucionalidad en relación con el principio de igualdad. Parece más bien el enunciado de un límite de alcance constitucional que el propio legislador habrá de tener en cuenta si finalmente da nueva redacción a la circunstancia atenuante del art. 21.4^a. Un límite, en definitiva, que el legislador no puede traspasar, so pena de vulnerar el art. 14 CE.

Ahora bien. El respeto a los “estándares de constitucionalidad en relación al principio de igualdad” es algo obligado para el legislador, que siempre debe justificar conforme a la Constitución sus posibles excepciones. Decir que una nueva redacción del art. 21.4 CP que excluya la atenuación de la pena en delitos relativos a la violencia de género cuando las circunstancias de los hechos permitan atribuir fehacientemente su autoría debe respetar los estándares de constitucionalidad en relación con el principio de igualdad es en realidad un modo redundante e innecesario de decir que la excepción legal que se plantea para la aplicación de la atenuante no puede vulnerar dicho principio.

b) La atenuante de reparación del daño.

El artículo 21. 5^a CP contempla como circunstancia atenuante desde su redacción original de 1995 la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

En la publicación de los trabajos de la Subcomisión en el seno del Congreso -BOCG de 03.08.17-, la eliminación de la atenuante de reparación del daño en todos los casos de violencia de género, prevista en la medida número 89, que luego pasa al documento refundido como medida número 107 no aparece,

MUÑOZ, JAIME: “La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de Prueba” Universidad Complutense. Madrid, 2015. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: “*Exclusionary rules* y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español”. Diario La Ley, N° 8203, Sección Doctrina, 2 Dic. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 8879/2013.

en realidad, analizada. Tan sólo se contiene la referencia a la opinión según la cual *la víctima tiene derecho a que se repare el daño sin que ello tenga que beneficiar al agresor que lo provocó*. En cuanto al texto del Senado, ninguna propuesta se hace respecto a esta atenuante, que en realidad ni siquiera se menciona.

La justificación político-criminal de la excepción a la aplicación de la atenuante en cuestión al grupo de delitos de violencia de género, fundada en que la víctima tiene derecho a que se repare el daño sin que ello tenga que beneficiar al agresor resulta problemática. El derecho de la víctima a la reparación corresponde a todas las víctimas y no únicamente a las de violencia de género. Y cuando la reparación se produce por el culpable dentro de los parámetros previstos por el legislador en el art. 21.5ª CP, el beneficio que se produce para el culpable es, precisamente, el reconocimiento de la circunstancia que atenúa la pena a imponer, cualquiera que sea la clase de delito con tal que, además de cumplirse los requisitos legales para su apreciación, el delito sea de los que admiten reparación.

Si acudimos al fundamento de la atenuante, vemos que la jurisprudencia, en numerosas resoluciones, lo sitúa en la idea de favorecer la reparación privada de la víctima posterior a la comisión del delito. Político-criminalmente el fundamento de la disminución de la responsabilidad penal no se encuentra en una “minoración de la culpabilidad”, sino en la pretensión del legislador de favorecer a la víctima mediante el favorecimiento de la reparación privada posterior a la realización del delito. Así viene a expresarse la S TS 1517/03, de 18 noviembre. Y por su parte, la S TS de 17.01.05, citando la S TS 285/03, de 28 febrero, dice que se pretende “incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. *Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad*”.

Tengamos en cuenta, además, que “la reparación del daño” no se refiere sólo a los daños materiales, sino que incluye también los morales (S TS 1517/03, ya citada), amén de que comprende cualquier forma de reparación: sea por vía de restitución, indemnización de perjuicios, reparación moral o, incluso, reparación simbólica (SS TS 216/01, de 19 febrero, y 794/02, de 30 de abril).

Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la valoración de una menor necesidad de pena por razón de la reparación es independiente de la motivación interna de quien lleva a cabo la reparación (p.ej, impulsos de arrepentimiento), aunque de algún modo reparar puede suponer, en forma implícita, un reconocimiento de hechos que, como señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación.

Volviendo entonces a la justificación de la propuesta del Pacto de Estado, hemos de insistir en que el derecho de la víctima a la reparación del daño causado por el delito se tiene con independencia de la clase de delito (sea o no violencia de género), y que la obligación de reparar se contempla en el Código Penal (art. 109 y ss) en cualquiera de sus formas (restitución, reparación, indemnización) y la acción nace para el ofendido o perjudicado por el delito ex art. 100 y ss LECrim, siempre que de éste se genere un daño o perjuicio.

A modo de conclusión, ninguna de las medidas analizadas merece, en nuestra opinión, una favorable acogida. La restricción en la atenuante de confesión, y la eliminación de la de reparación, basadas en el único elemento de la pertenencia del delito cometido al ámbito de los delitos relativos a la violencia de género constituyen excepciones que carecen de una debida justificación político criminal. Se trata de modificaciones a preceptos de la Parte General del Código Penal que conllevan la imposibilidad de apreciar, en el momento de la individualización de la pena los efectos atenuatorios que son propios a una y otra circunstancia por el solo hecho de que el delito cometido se inscribe en el ámbito de la violencia de género; lo cual, como podemos inferir de los términos empleados en la primera, corre el riesgo de chocar con los “estándares de constitucionalidad en relación al principio de igualdad”.

3.4.- Las circunstancias agravantes de reincidencia y discriminación por razón de género.

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género contiene varias propuestas de modificación del Código Penal en relación a la actual regulación algunas circunstancias agravantes genéricas. Una se refiere a la agravante de reincidencia, del art. 22. 8ª CP; la otra tiene que ver con la agravante de discriminación por razón de género⁵¹.

51. El Pacto no aprovecha la ocasión para proponer la incorporación al Código Penal de las matizaciones que ha venido realizando la jurisprudencia en relación a otras circunstancias cuando concurren en delitos en el ámbito de la violencia de género. Me refiero, por ejemplo, a la compatibilidad de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP como agravante, con otras como la de discriminación por razón de género, del art 22. 4ª; o, también, el alcance de la denominada alevosía “doméstica” o “convivencial”.

Sobre la primera -agravante de reincidencia-, el Pacto propone la modificación del art 22.3^a del Código Penal “para considerar reincidencia cuando el mismo hombre cometiera distintos delitos contra la misma mujer. En consonancia con el Convenio de Estambul. Abriendo la posibilidad a incluir reincidencia si el mismo hombre comete distintos delitos de esta naturaleza contra distintas mujeres” (medida número 128).

Se trata, a lo que parece, de una propuesta de modificación orientada a crear una nueva categoría ampliatoria de la circunstancia agravante de reincidencia que sería aplicable únicamente a los varones que cometen dos o más delitos en el ámbito de la violencia de género⁵².

En efecto. La regulación general de la agravante en nuestro Código Penal, considera que la misma concurre cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el *mismo título* de este Código, *siempre que sea de la misma naturaleza*. Sin embargo, la propuesta del Pacto de Estado consiste en considerar agravante de reincidencia el haber cometido anteriormente un delito relacionado con la violencia de género, aunque ese delito antecedente no se halle dentro del mismo Título y no sea de la misma naturaleza que el segundo -o ulterior- delito respecto del cual se plantea la apreciación de la circunstancia en cuestión, con tal que ambos se hayan cometido respecto a la misma mujer. Así, con independencia del bien jurídico conculcado y de la ubicación sistemática en el Código Penal de ambos delitos existiría reincidencia con tal que ambos delitos pertenecieran al ámbito de la violencia de género y hubieran sido cometidos por el mismo varón sobre la misma mujer⁵³.

La media contiene, además, otra propuesta en la misma línea: abrir la posibilidad a incluir reincidencia si el mismo hombre comete distintos delitos de esta naturaleza contra distintas mujeres. Es decir, ampliar aún más la agravante entendida como derivada de un delito precedente en el ámbito de la violencia de género ubicado en distinto título o, aun siendo del mismo, de diferente naturaleza, a su apreciación cuando el delito sea cometido sobre otra mujer distinta de la que fuera víctima del primero.

52. En el caso de concurrir ambos supuestos, el principio *non bis in idem*, aplicable también a las circunstancias agravantes, impediría una doble agravación.

53. Así, por ejemplo, habría reincidencia cuando el primer delito cometido fue de lesiones, y el segundo de coacciones. Mientras el primero, ubicado en el Título III del Libro Segundo (de las lesiones) es un delito contra la integridad, el segundo, ubicado en el Título VI del mismo Libro, lo es contra la libertad. La naturaleza entre uno y otro es, además, manifiestamente distinta.

Como se ve, el fundamento político criminal de esta doble propuesta de agravación excepcional se inscribe claramente en la línea del endurecimiento punitivo y expansividad del derecho penal de género de las que venimos hablando.

Respecto a la agravante de discriminación por razones de género, las propuestas del Pacto de Estado no se refieren a la modificación de la vigente regulación en el art. 22.4ª CP, sino a su aplicación. Son, en concreto, las siguientes:

-Generalizar su aplicación para los casos de mutilación genital femenina (medida número 108).

-Recomendar su aplicación en todos los casos en los que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer, o por razones de género, en los casos de agresión sexual y abuso sexual de los artículos 178 a 183 bis del Código Penal (medida número 110).

-Incluir en la redacción del artículo 184 del Código Penal, una circunstancia específica en los delitos de acoso sexual, que debería contemplar el móvil de actuar por razones de género, atentando gravemente contra la dignidad de la mujer (propuesta número 113). Se trataría de una mayor penalidad cuando la víctima es mujer; no de considerar que el tipo está agravado por el hecho de que exista o haya existido relación conyugal o análoga entre agresor y víctima.

Para comprender bien estas tres propuestas resulta necesario hacer las siguientes puntualizaciones:

Primera, que la circunstancia en cuestión fue introducida por primera vez en nuestro Código Penal con la reforma operada por la LO 1/2015. Hasta ese momento la agravante del art. 22. 4ª contemplaba -además de los supuestos de *discriminación por motivos racistas, antisemitas, ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, la enfermedad que padezca o su discapacidad*-, los de discriminación por razón de sexo y de orientación sexual y, desde la reforma del año 2010, la discriminación por razón de *“identidad sexual”*. Lo cual, naturalmente, era insuficiente, teniendo en cuenta que el género es algo conceptualmente distinto al sexo y a la identidad sexual, como es obvio, reconociéndose ello fácilmente acudiendo al concepto que emplea el Convenio de Estambul, que lo define como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de

mujeres o de hombres”. Así vino a señalarlo el legislador en el Preámbulo de la LO 1/2015, en cuyo epígrafe XXII, enteramente dedicado a la violencia de género y doméstica, señala que la motivación de género –así entendida– “puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”⁵⁴.

Segunda, que resulta obligado recordar que el Convenio de Estambul establece en su art. 46 un elenco de circunstancias agravantes, pero sin que entre ellas contemple como tal la de discriminación por razones de género o motivos de género; dato que no es de extrañar, teniendo en cuenta que el Convenio y nuestro Código Penal siguen sistemáticas distintas en el tratamiento penal de la violencia de género. Pero sobre todo me interesa destacar que prácticamente en su totalidad las previsiones del art. 46 del Convenio se encuentran en nuestro Código Penal, bien sea a través de circunstancias modificativas, bien a través de tipos penales propios, subtipos agravados, tipos cualificados o reglas concursales.

Digamos que el legislador español de la reforma del Código Penal por la LO 1/2015, intentado cumplir las obligaciones derivadas del Convenio de Estambul procedió, por un lado, a la creación *ex novo* de algunos tipos penales (como el acoso, del 172 ter 1 y 2 -exonerando, por cierto, del requisito de la denuncia del agraviado cuando se trate de víctima en el ámbito de la violencia doméstica o de género- o el matrimonio forzado) y, por otro, a introducir la nueva agravante genérica de “discriminación por razón de género” en el art. 22.4ª CP, a fin de dar una respuesta punitiva proporcional a la gravedad del hecho cuando la víctima es una mujer por el simple hecho de serlo. Y debe tenerse en cuenta que tal agravante genérica puede aplicarse tanto en los nuevos delitos como en cualesquiera otros en los que la discriminación no haya sido tenida en cuenta para la configuración del tipo penal.

Tercera, que lo acabado de señalar enlaza con el Principio *non bis in idem* y el principio de inherencia, reconocido en el art. 67 CP. De modo que, de trasladarse la motivación de género a alguno de los tipos de la Parte Especial, no procedería en tales casos la apreciación de la agravante genérica. Esto es lo que sucedería, por ejemplo, si sale adelante la propuesta mencionada en relación al acoso sexual del art. 184 CP. Por lo demás, la posibilidad de incluir la agravación en cuestión en tipos penales en particular no es desconocida.

54. La justificación político criminal de la agravante de discriminación por razones de género se encuentra en la idea de otorgar mayor protección al colectivo que se ve discriminado por tales razones de género -las mujeres por el hecho de serlo-; el mecanismo utilizado para esa mayor protección consiste en aumentar la punición, en la idea de que ese endurecimiento punitivo genera de algún modo una mayor sensación de restablecimiento del principio de igualdad y no discriminación previsto en el art. 14 CE y que ha resultado vulnerado por la infracción penal cometida.

Así, por ejemplo, fue introducida con la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 en los delitos de odio (concretamente, en los artículos 510, 511 y 512 CP).

Conviene también matizar que la propuesta del Pacto de Estado es diferente según el delito de que se trate: mutilación genital femenina, agresión y abuso sexual, o delitos de acoso sexual. Veámoslo.

-Respecto al delito de mutilación genital femenina. La técnica legislativa que se propone es “generalizar” la aplicación de la agravante genérica a los supuestos del art. 149.2 CP cuando la víctima es mujer⁵⁵, lo que merece nuestra favorable opinión.

-Respecto a los delitos de agresión sexual y abuso sexual de los arts 178 a 183 bis CP. La propuesta del Pacto de Estado se limita aquí a “recomendar la aplicación de la agravante en todos los casos en los que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer, o por razones de género”. Parece diferenciar entre “motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer” o “por razones de género”. A nuestro entender, en cambio, se trata de una misma realidad, pues el móvil machista es discriminatorio hacia la mujer, y las razones de género son precisamente esas motivaciones de desprecio hacia la mujer por el mero hecho de serlo, basadas en las razones que enuncia el Convenio de Estambul.

La propuesta, en realidad, no añade nada nuevo porque la agravante genérica cuya aplicación se “recomienda” ya existe en el art. 22. 4^a CP, sin que se proponga ninguna modificación a su actual redacción. No se trata aquí de crear con ello subtipos penales agravados por las razones señaladas, sino que más bien parece una llamada dirigida precisamente a los aplicadores del Derecho y, en última instancia, a quienes ejerzan las funciones de tribunal sentenciador (entre las que no se halla, por cierto, la de “hacer política criminal”).

⁵⁵. La propuesta obliga a plantearse aquellos supuestos en los que el sujeto activo del delito es también mujer, surgiendo así la duda acerca de si también en estos casos sería aplicable la agravante de discriminación por razón de género. Técnicamente no parece haber inconveniente, puesto que la agravante en cuestión no exige que quien realiza la conducta movido por la ideología machista sea necesariamente un hombre, ya que aquí opera la perspectiva de género, no el sexo; lo que lleva a cometer el delito contra la mujer por el hecho de ser mujer, como acto de dominio y superioridad. Por lo demás, la mutilación genital femenina por motivos no médicos no puede ampararse en creencias culturales, religiosas, tradiciones, convicciones etc, pues además de lesionar la integridad corporal, lesiona también su dignidad y, en fin, es una conducta que en sí misma comporta ya discriminación por razón de género. Seguramente por esto último, y porque en el estado actual de la cuestión la mayoría de los casos de mutilación genital femenina se producen fuera de España, resulta posible su persecución penal en nuestro país, de acuerdo con la previsión establecida al respecto por el art. 23 LOPJ, para los casos en que la mutilación se haya practicado en el extranjero, pero sus responsables se encuentren en España.

-Respecto al delito de acoso sexual, la propuesta del Pacto de Estado consiste en incluir en el art. 184 CP, como ya hemos mencionado, una circunstancia específica que contemple el móvil de actuar por razones de género, atentando gravemente contra la dignidad de la mujer⁵⁶.

Parece, en una primera lectura, que la agravación se justifica en la concurrencia de un doble elemento: uno, intencional o motivacional de la acción (móvil de actuar por razones de género), que comporta esa desvalorización del modo de pensar o actitud del autor; y el otro, más objetivo y de resultado (atentar gravemente contra la dignidad de la mujer). Pero tal diferenciación, posible en un plano puramente analítico, lleva sin embargo a una conclusión a mi juicio errónea, cual es aceptar que el móvil del autor sea actuar por razones de género sin que ello suponga al propio tiempo para la víctima mujer un atentado grave contra su dignidad.

La finalidad político criminal de la medida es establecer una agravación en razón a la circunstancia en cuestión, pues aunque se habla de “circunstancia específica”, sin emplear el término “agravante”, el endurecimiento punitivo resulta evidente.

En nuestra opinión, la medida resulta innecesaria, pues el art. 22. 4ª ya contempla la agravante genérica de discriminación por razón de género y para su aplicación no se requiere la relación conyugal o de pareja presente o pasada entre víctima y victimario. No obstante, la creación de un subtipo en el art. 184 CP por razón de esta circunstancia específica comportaría probablemente una previsión penológica mayor que la que resultaría de apreciar la agravante genérica del art. 22. 4ª, que en el momento de la individualización judicial de la pena se sujetaría a las reglas generales del art. 66 CP. Cualquiera que sea la técnica que siga el legislador, la necesidad de acreditación de los hechos que posibilitan su apreciación será la misma⁵⁷.

56. El art. 184 CP castiga “1.al que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. 2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses. 3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo”.

57. Descartando por completo cualquier posibilidad de presunción contra reo en la apreciación de la circunstancia.

3.5.- Utilización de dispositivos de control electrónico.

Otra de las preocupaciones del Pacto de Estado en su intento de ofrecer mayor protección a las víctimas de violencia de género se refiere, como apuntábamos antes, a la utilización de los instrumentos de vigilancia electrónica. En términos generales se pretende, además de la mejora de la calidad de los dispositivos actualmente disponibles, la generalización de su utilización como mecanismo de garantía de efectividad de las penas y medidas de alejamiento que acuerdan los órganos jurisdiccionales.

Una primera propuesta se enuncia simplemente como la “mejora del sistema técnico de los instrumentos de vigilancia electrónica, implicando a los Ministerios de Justicia e Interior”. Se es consciente con ello de los “fallos” que, como es notorio, se producen con demasiada frecuencia en la práctica con ocasión de su utilización; fallos técnicos que en no pocas ocasiones generan innecesariamente una situación de ansiedad, o pánico en la propia víctima para cuya tranquilidad y seguridad se ha establecido precisamente la medida.

Una segunda consiste en “instar al Consejo General del Poder Judicial para que fomente su uso al menos en los supuestos de riesgo medio”⁵⁸. Se trata de promover en la práctica la utilización de los dispositivos de control electrónico debido a la infrautilización de los disponibles. Se considera que el CGPJ debe promover su utilización por los juzgados, singularmente a partir de aquellos casos en que el riesgo ha sido calificado como medio (y con mayor razón si el riesgo se califica por encima de éste).

La tercera consiste en “establecer consecuencias a los sucesivos quebrantamientos de las órdenes de alejamiento, como, por ejemplo, el uso de los instrumentos de vigilancia electrónica, cuando concurren los supuestos legalmente previstos”. A pesar del plural (“consecuencias”), la única concreción que se ofrece es el uso de instrumentos de vigilancia electrónica cuando concurren los supuestos legalmente previstos (supuestos que tampoco se concretan). Anunciar de este modo el recurso a los instrumentos de vigilancia

58. Se trata de una de las categorías previstas en el denominado “Sistema de Valoración Policial de Riesgo”, VPR en iniciales. El sistema contempla cinco categorías: no apreciado, bajo, medio, alto y extremo. Para cada uno de esos niveles se establecen unas medidas policiales específicas de protección. La regulación del Sistema se halla en las siguientes Instrucciones: la 10/2007, de 10 de julio, por la que se aprobó el Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la LO 1/2004”; la Instrucción 14/2007, de 10 de octubre, por la que se aprobaba el “Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la LO 1/2004 y su comunicación a los Órganos Judiciales y al Ministerio Fiscal”; y la Instrucción 7/2016, de 3 de julio, por la que se establece el “Nuevo Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género y de gestión de seguridad de las víctimas”.

electrónica resulta sorprendente, pues los sucesivos quebrantamientos de las órdenes de alejamiento lo que comportan es la sucesiva comisión del delito de quebrantamiento de condena o de medida, previsto ya en el art. 468.2 CP, con las consecuencias penales que de ello deriven. No obstante, ha de reconocerse que el recurso al dispositivo de control electrónico puede resultar adecuado para ofrecer mayor seguridad a la víctima, por lo menos en aquellos casos en que, producido el hecho del quebrantamiento, no se acuerde la medida cautelar de prisión provisional.

Esto último lleva precisamente a plantear cuál habrá de ser el cauce procesal adecuado para la adopción de la medida. Aunque nada se especifica, lo más probable es que haya que acudir a la norma del art. 544 bis LECrim, que en su último párrafo, al tratar del supuesto de incumplimiento por el investigado de la medida cautelar de alejamiento, prevé que el juez o tribunal que acordó la medida convoque la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim para la adopción de la prisión provisional “...o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal”, lo que sin duda se produce en caso de colocación de pulsera o brazaletes electrónicos⁵⁹.

3.6.- La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

El Pacto de Estado contra la violencia de género propone en la medida número 114 “extender la pena accesoria de privación de tenencia y porte de armas no sólo al delito de lesiones como hasta ahora, sino también a las coacciones o amenazas”.

Como sabemos, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas es una pena que inhabilita al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia (en caso de que su duración superior a dos años comporta la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la tenencia y porte) que por su naturaleza y extensión puede ser grave, menos grave o leve (arts. 33, 39 y 47 CP). También puede operar como medida de seguridad (arts. 96 y 105 CP).

59. El precepto establece que “en caso de incumplimiento por parte del inculcado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”. A pesar de que el precepto se refiere al juez o tribunal que hubiera acordado la medida, parece razonable entender que quien adopte la nueva medida en caso de quebrantamiento sea el juez o tribunal que conozca del quebrantamiento, que puede ser distinto de aquel que acordó la medida.

Fuera del ámbito de los delitos relativos a la violencia de género su imposición puede tener carácter facultativo u obligatorio. Al primer grupo pertenecen el homicidio por imprudencia menos grave causado con arma de fuego, del art. 142.2 CP, las lesiones por imprudencia menos grave causadas también por arma de fuego, del art. 152.2 CP, y los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, según prevé el art. 570.1 CP. Al segundo, el homicidio por imprudencia grave causado con arma de fuego, del art. 142.1 CP, las lesiones por imprudencia grave causadas también por arma de fuego, del art. 152.1 CP.

Por el contrario, cuando el Código Penal ha previsto la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas en el ámbito de delitos de violencia doméstica o de género lo ha hecho siempre con carácter imperativo. Es el caso de los malos tratos (art. 153.1 y 2), las amenazas leves (art. 171.4 y 5), coacciones leves (art. 172.2) y delito de violencia habitual (art. 173.2 CP).

La propuesta puede tener la utilidad práctica de servir de llamada de atención al legislador para incluir la pena en cuestión en un delito para el que sí tiene, a nuestro criterio, adecuada justificación. Es el caso del delito de acoso del art. 172 ter. 2 CP (de género y familiar), introducido en el CP en el año 2015. También tendría justificación, obvio es decirlo, para manifestaciones más graves de lesiones, así como de amenazas o coacciones, para las que no hay previsión específica para su imposición cuando, aun producidas en el ámbito doméstico o de género, la amenaza o la coacción no fuera leve sino grave, tipificándose entonces conforme a la regulación general del Código prevista en los arts. 169 y ss⁶⁰.

Por otra parte, debe matizarse que el hecho de que la medida que examinamos considere la pena como “accesoria”, cuando no está contemplada como tal en la Parte General del Código Penal, cuyo Título III, Capítulo I, Sección 5ª, rubricada “De las penas accesorias” (arts. 54 a 57) no la menciona, ni como accesoria a pena privativa de libertad, ni como pena accesoria a determinados delitos (al modo previsto en el art. 57 CP). Antes al contrario, se contempla como pena de imposición conjunta con otras penas.

Parece, por último, que la medida propuesta seguirá la misma orientación político criminal que encontramos en su regulación para los delitos en el ámbito de la violencia de género y doméstica que hemos mencionado: carácter obligatorio en todo caso, con independencia de que en la realización del hecho su autor haya portado, esgrimido o empleado arma alguna; lo

60. Sin perjuicio de que pudiera apreciarse, en su caso, la agravante genérica de discriminación por razón de género.

cual evidencia la falta de relación entre la pena y la finalidad preventivo especial que la misma debería guardar en relación al delito cometido, que es de medios abiertos. El endurecimiento punitivo es, pues, evidente

3.7.- La medida de libertad vigilada.

La libertad vigilada se configura en nuestro código penal no como una pena, sino como una medida de seguridad no privativa de libertad que consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las medidas relacionadas en el art. 106.1 del propio Código⁶¹. Como tal medida de seguridad precisa, de acuerdo con el art. 95.1.2ª, que “del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”. Como toda medida de seguridad su fundamento se halla en la peligrosidad criminal del sujeto al que se imponga, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito, no pudiendo resultar ni más gravosa ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor (art. 6 CP).

Su imposición es obligada en los casos de delitos contra la libertad sexual y de terrorismo⁶², pero facultativa en los casos de delitos contra la vida, lesiones y violencia habitual.

La propuesta de política criminal que realiza el Pacto de Estado en este punto es doble: por un lado “utilizar la medida de libertad vigilada sobre el maltratador en los momentos en que la víctima se encuentra más desprotegida, como cuando se dicta sentencia condenatoria y aún no se ha ejecutado dicha sentencia, y el agresor ya ha cumplido la pena de alejamiento durante el proceso” (medida número 97). Y, por otro, “extender la libertad vigilada

61. Tales medidas son: a) estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. b) presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca. c) comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo. d) prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal. e) prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. f) prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. g) prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos. h) prohibición de residir en determinados lugares. i) prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza. j) obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares. Y k) obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

62. Salvo alguna excepción aislada -vid supra nota 64-.

a los restantes delitos en el ámbito de la violencia de género⁶³ (medida número 98).

La propuesta no contiene ninguna referencia expresa al carácter imperativo o facultativo de su imposición. En nuestra opinión, varias razones llevan a entender que su imposición no debe tener carácter obligatorio.

La primera es que el carácter facultativo en la imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada resulta ser la regla general de nuestro Código Penal, mientras la imperatividad representa la excepción; para comprobarlo basta acercarse a la regulación en sede de delito de homicidio -art. 140 bis-, lesiones -art. 156 ter-, y violencia habitual -art 173.2-, siendo la excepción la previsión para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual -art. 192.1- y los delitos cometidos por organizaciones criminales, grupos terroristas o delitos de terrorismo -art. 579 bis 2-⁶⁴.

La segunda, que la previsión de la medida en el texto del Senado, formulada bajo la idea de extender la medida “a todos los delitos de amenazas y de coacciones”, venía a justificar esa ampliación en razón a que sólo aparecía contemplada en el art. 156 ter CP para el delito de lesiones, por lo que la pretensión de extenderla a todos los delitos relativos a la violencia de género debe entenderse, a nuestro parecer, en el sentido de extender su regulación en los mismos términos en que el legislador la prevé en el citado art. 156 ter CP y, por tanto, con ese mismo carácter facultativo.

En tercer lugar, no entender que se trata de una medida de aplicación facultativa supondría generalizar la presunción de peligrosidad -futura- no ya a supuestos en que el ataque al bien jurídico pudiera ser meramente leve (como ocurre en las amenazas de género y en las coacciones de género -arts 171.4 y 172.2, aunque tengan en el Código Penal la consideración de delito menos grave-), sino a los supuestos en que el ataque al bien jurídico ha sido aislado o esporádico independientemente de su gravedad, cuando lo cierto es que para supuestos aislados también graves la posibilidad de imponer la medida es tratada en nuestro Código con carácter no imperativo. Es

63. La expresión “restantes delitos en el ámbito de la violencia de género” responde a que, en el momento presente el CP recoge la aplicación -obligatoria- en delitos contra la libertad e indemnidad sexual y -facultativa- homicidio y sus formas, lesiones y violencia habitual.

64. Y no en todos los casos. Así, respecto a los delitos contra la libertad sexual, el art. 192.1, inciso final, permite, en caso de que se trate de un único delito menos grave y su autor sea delincuente primerico, que el tribunal imponga o no la medida de libertad vigilada “en atención a la menor peligrosidad del autor”. En cuanto a los delitos de terrorismo, cuando se trate de un solo delito que no sea grave y su autor hubiere delinquido por primera vez, el tribunal tendrá la misma facultad referida, decidiendo conforme al mencionado criterio de su peligrosidad.

más: si la medida de seguridad viniera imperativamente impuesta para todos los delitos en el ámbito de la violencia de género, entonces el juez se convertiría en un instrumento de ejecución de la política criminal, perdiendo la capacidad valorativa sobre la conveniencia o no de acordar la medida de seguridad, y ello en razón a una generalidad de delitos (todos los de ese ámbito) y con independencia de la persona a la que se le impone (“maltratador” en todo caso). De este modo el legislador alcanzaría la conclusión de la peligrosidad en todo caso justificadora de la medida de seguridad, y el juez ya no tendría capacidad para realizar el juicio de oportunidad para su imposición. Se correría así el peligro de generalizar en exceso el concepto de delincuente peligroso en todo caso de delito en el ámbito de violencia de género, lo que no parece adecuado a los principios de ofensividad y proporcionalidad, aproximándonos a postulados alejados del derecho penal del hecho y cercanos al conocido como “derecho penal del enemigo” o derecho penal de autor.

Con todo, ha de advertirse que su carácter facultativo puede determinar que la solicitud de su imposición o no como medida de seguridad postdelictual corre el riesgo de que se convierta un elemento de negociación para alcanzar una eventual conformidad; lo cual podría acabar desdibujando la finalidad propia de la medida de seguridad, cuya justificación es, como hemos señalado, la peligrosidad del sujeto. Por otra parte, esa aplicación generalizada a los delitos en el ámbito de la violencia de género puede determinar su imposición en supuestos en que la pena impuesta no sea privativa de libertad.

En cuanto a la fórmula de su utilización en momentos de mayor desprotección de la víctima, “como cuando se dicta sentencia condenatoria y aún no se ha ejecutado dicha sentencia, y el agresor ya ha cumplido la pena de alejamiento durante el proceso”, parece que responde a la idea de que acabe funcionando más como una medida cautelar -pese a haberse dictado sentencia condenatoria- que como una medida de seguridad propiamente tal cuyo cumplimiento debe iniciarse -en su caso- una vez cumplida la pena privativa de libertad⁶⁵.

65. Y ello incluso en el supuesto de que se haya acordado la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad conforme a los arts. 80 y ss CP, pues esta circunstancia no habilita para dejar de imponer la medida de seguridad, que deberá cumplirse una vez extinguida la pena principal (sin perjuicio de las posibilidades de reducción, revisión o incluso cese previstas en los arts. 106 y 97 CP).

4.- Las nuevas medidas del Pacto de Estado y su reflejo en las normas procesales penales.

4.1.- La reforma del artículo 17 bis LECrim.

Uno de los objetivos del Pacto de Estado, en línea con una de las finalidades declaradas por la LO 1/2004, de MPIVG es que todos los procesos que tenga una misma víctima por delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género sean enjuiciados en un único órgano jurisdiccional.

La propuesta se recoge en la medida número 131, que con ese objetivo contempla modificar el art. 17 bis LECrim. Se indica en el texto de la medida que “debe asegurarse que un único juzgado conoce todos los procedimientos relacionados con la Violencia de Género que tenga la víctima”⁶⁶.

Seguramente la medida guarde relación con otra que, a la fecha presente, ha sido ya asumida por el legislador a través de la LO 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la LO 6/1985, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género. Se trata de una nueva regulación que no sólo potencia la especialización de jueces y magistrados mediante pruebas selectivas y reserva de plazas en órganos colegiados, sino también especialización en violencia sobre la mujer de Juzgados de lo Penal⁶⁷.

Al analizar la propuesta comprobamos que el art. 17 bis LECrim mantiene actualmente su redacción original dada por la propia LO 1/2004, lo que no deja de resultar sorprendente si se tiene en cuenta que el propósito que ahora guía la pretendida modificación ya se hallaba, según se menciona, en la propia LO 1/2004.

De acuerdo con el art. 17 bis LECrim, la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extiende a la instrucción y conocimiento de los delitos conexos siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3º y 4º del artículo 17 LECrim, cuales son

66. Se trata de evitar -dice- “que se diluya la finalidad de la LO 1/2004 de que un único juzgador tenga un conocimiento general de toda la situación de violencia”.

67. La Disposición Adicional Primera de la citada LO 5/2018 establece que “en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley se procederá a la revisión de la planta de los juzgados y tribunales, previo informe del Consejo General del Poder Judicial y de las Comunidades Autónomas, para responder a las necesidades de implantación de Juzgados de lo Penal especializados en Violencia sobre la Mujer, bien de manera exclusiva en aquellas localidades en las que lo exija el volumen de asuntos, o bien de manera compatible con otras materias”.

que los delitos conexos lo sean porque se cometen como medio para cometer otro delito, facilitar su ejecución o procurar su impunidad. El precepto establece así unas reglas de competencia por conexión limitadas respecto a la regulación general y más amplia del art. 17. Y conviene recordar al respecto que el art. 17 LECrim fue objeto de modificación por la Ley 41/2015, de tal modo que las referencias del art. 17 bis a los números 3º y 4º han de entenderse hechas a los números 3º y 4º del actual art. 17. 2.

Aunque la finalidad de la medida aparece expresamente declarada, la técnica que se propone resulta insegura desde una perspectiva técnico-procesal. Podría conseguirse simplemente prescindiendo del art. 17 bis y acudiendo al cauce del art. 17, que es, como decimos, mucho más amplio.

Por otra parte, la reforma debería hacerse con especial cuidado, a fin de no alterar de manera arbitraria el derecho al juez natural. Y es que una reforma legal de esta índole habrá de tener en cuenta la concurrencia de otras normas procesales imperativas, como las reguladoras de la competencia territorial⁶⁸, de competencia objetiva (pues unos pueden corresponder para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal, pero otros a la Audiencia Provincial), así como la necesidad de aclarar si la expresión “todos los procesos” referidos a una misma víctima se limitan a un mismo victimario, o si también pueden serlo otros distintos, concurrentes y sucesivos.

Con todo, la medida puede resultar de utilidad en aquellos casos en que se producen hechos en distintos tiempos que, en su conjunto, pueden integrar el delito de violencia habitual previsto en el art. 173.2 CP como delito autónomo, así como en aquellos otros en que se puede formar un delito continuado del art. 74 CP, como sería el caso de los quebrantamientos sucesivos producidos en un breve lapso temporal.

Conviene señalar, finalmente, que la Ley 41/2015, al reformar el art. 17 LECrim, estableció un nuevo apartado 3 conforme al cual, los delitos que no sean conexos, pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de

68. La cual se configura también como norma singular, sin precedente en nuestro sistema judicial penal, en el art. 15 bis LECrim, introducido *ex novo* por la LO 12004, que establece como criterio de competencia territorial, en lugar del clásico del *fórum delicti comisi*, basado en que la localización de las fuentes de prueba del hecho delictivo normalmente en el lugar de comisión del delito, sino el del domicilio de la víctima.

las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso. Esta reforma del art. 17, al ser posterior al art. 17 bis, el cual no se modificó en la referida reforma del 2015 (ni después), plantea la duda de si el carácter restrictivo del art. 17 bis alcanza o no a la nueva regulación del art. 17 posterior a él. Una interpretación integradora de ambos preceptos parece lo más plausible, pues facilitaría la consecución, al menos en parte, del mismo objetivo que en este punto persigue el Pacto de Estado.

4.2.- El tratamiento de las llamadas “denuncias cruzadas”.

Otra de las finalidades declaradas por el Pacto de Estado en su propósito de reformar las normas procesales para adaptarlas a su línea político criminal de potenciar al máximo la protección de las víctimas de violencia de género la encontramos en la medida número 149: “Evitar que las denuncias cruzadas se conviertan en una *estrategia para obstaculizar* el proceso de la víctima de Violencia de Género”. Para ello propone, según se redacta en la propia medida, “vigilar/seguir las posibles denuncias cruzadas”.

Además de que no se especifica cómo ni por quién habrá de hacerse esa vigilancia/seguimiento, lo que abre una puerta extraordinariamente amplia, el enfoque de la misma resulta perturbador. Determinar de inicio y sin la menor investigación si una denuncia cruzada es una estrategia para obstaculizar el proceso penal iniciado por quien aparece indiciariamente como víctima de violencia de género no será -normalmente- factible, amén de que no puede desconocerse, y así lo demuestra la práctica, que la mayoría de las denuncias cruzadas responden a algo que resulta habitual, cual es que iniciado un proceso por violencia de género se constata que el hecho no es único o aislado, sino que puede presentarse junto con otros hechos propios de violencia doméstica e intrafamiliar⁶⁹.

Precisamente en atención a esta última circunstancia la jurisprudencia ha venido manteniendo que, al objeto de evitar que se divida la continencia de la causa, y a pesar de que no se contemplara expresamente la investigación

69. Las opiniones que sobre la cuestión de las denuncias cruzadas ofrecieron los Expertos y Expertas que participaron en los trabajos de la Ponencia del Senado aparecen recogidos en el texto publicado en el BOCG Senado de 28.07.17. En ellas se señala que las denuncias cruzadas tienden a equilibrar a la víctima y al agresor y normalmente en perjuicio de la mujer, algunas de las cuales son sancionadas; que constituye una práctica que termina por desincentivar la interposición de denuncia; que se utilizan como elemento de defensa del maltratador instado por su propia Defensa. Llega a hablarse, incluso, de «vergonzosa» práctica, y se demanda una “mayor formación de la Judicatura respecto de esta problemática, así como, en general, profundizar en la veracidad de dichas denuncias”. No compartimos estas opiniones, sin perjuicio de lo cual es evidente que el juez debe en todo caso indagar sobre la veracidad de cualquier denuncia.

y enjuiciamiento conjunto en las previsiones del art. 17 bis LECrim, la causa debía ser única. Este extremo ha quedado además definitivamente resuelto a nuestro entender con la previsión del actual art. 17.2.6º LECrim, según redacción dada al mismo por la Ley 41/2015⁷⁰ siempre que se acepte la tesis que hemos expuesto en el apartado anterior sobre la interpretación conjunta de ambos artículos.

Conviene recordar además que si bien la jurisprudencia ha sido reacia a permitir que las partes ostenten en el proceso la doble condición de perjudicado e investigado o acusado, también ha admitido la excepción a tal regla cuando, por la relación de las acciones entre sí al aparecer enmarcadas en un mismo suceso, un pronunciamiento separado supondría la división de la contienda de la causa, con riesgo de sentencias contradictorias (SS TS, 1178/1998, de 10 de diciembre y 398/2008, de 23 de junio), especialmente en los casos de agresiones recíprocas, donde cada contendiente es juzgado por el resultado lesivo que causó y, a su vez, aparece como víctima de la acción realizada por el otro.

4.3.- La reforma del art. 20 de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del pacto de Estado contra la violencia de género, introduce tres importantes modificaciones de orden procesal con el fin de desarrollar y mejorar la participación en el proceso penal por violencia de género de quien aparece *prima facie* como víctima. Las tres se llevan a cabo mediante la modificación del art. 20 de la LO 1/2004.

La primera consiste en establecer mecanismos para la designación urgente de Abogado y Procurador de oficio para la víctima por parte de los respectivos Colegios profesionales. La medida responde a la finalidad de asegurar que su presencia en el proceso sea inmediata, quedando así garantizada, desde el primer momento de proceso, su defensa y representación, pudiendo accionar, recurrir, proponer diligencias de investigación, etc.

La segunda, procedente de la medida número 105 del Pacto de Estado, se concreta en atribuir de inicio al Letrado de la víctima la habilitación legal para poder ostentar su representación procesal hasta que se produzca efectivamente su personación con Procurador en el procedimiento. Se trata de una medida que, en mi opinión, encuentra un claro precedente, equiparándose

70. Siempre que se acepte, naturalmente, la tesis que hemos expuesto en el apartado anterior.

a él, en el art. 768 LECrim, donde se contempla ya la habilitación legal del Abogado del investigado para la representación legal de su defendido⁷¹.

La tercera medida consiste en reconocer a la víctima de violencia de género la posibilidad de personarse como acusación particular en cualquier momento del procedimiento, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación, ni podrá suponer una merma del derecho de defensa del acusado. Se trata, en principio, de una excepción a la regla general, prevista en el art. 110 LECrim, que establece como momento preclusivo el inmediato anterior al trámite de calificación⁷². Decimos “en principio” porque la jurisprudencia ha venido matizando la dicción literal del precepto orientándola hacia una interpretación flexible y facilitadora del ejercicio efectivo del derecho a la tutela judicial efectiva, tal como se desprende de numerosas resoluciones, como las SS TS 1281/2004, de 10 de noviembre y 459/2005, de 12 de abril. Y más recientemente, la S TS 385/2015, de 25 de junio, declara abiertamente que no hay obstáculo, si el perjudicado comparece en el juicio oral acompañado de su Abogado, para que se le permita su personación “apud acta”, incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas. En todos estos casos sin perjudicar el derecho de defensa con acusaciones sorpresivas o que se aparten del contenido estricto del proceso⁷³.

La posibilidad de personación “en cualquier momento del procedimiento” obliga a plantearse si resulta posible la personación incluso después de que se hubiera dictado sentencia firme de condena, a fin de poder participar en el proceso durante la fase de ejecución. En nuestra opinión la respuesta ha de ser la afirmativa, entendiendo además que se trataría de una legitimación total, más amplia por tanto que la prevista para las víctimas con carácter general en el art. 13 de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito⁷⁴.

71. El precepto, en sede de Procedimiento Abreviado, establece que el abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo necesaria la intervención de procurador hasta el trámite de apertura del juicio oral. Hasta entonces cumplirá el abogado el deber de señalamiento de domicilio a efectos de notificaciones y traslados de documentos.

72. El precepto establece que los los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa” si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les convinieren, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones”.

73. En tales casos la Defensa podrá solicitar el aplazamiento de la sesión previsto en el art. 788.4 LECrim, “cuya aplicación -dice la sentencia referida- se hará por analogía cuando las conclusiones se presenten al principio de las sesiones y no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones”.

74. El art. 13 de la LEVD Regula los supuestos y modo de intervención de la víctima durante la ejecución aunque no se hubiera mostrado parte en la causa, estableciendo como única exigencia que la víctima hubiera solicitado, conforme a lo previsto en el art. 5.1 m) de la propia ley, que le fueran notificadas las

4.4.- La exoneración de fianza para el ejercicio de acciones penales.

La medida número 120 del Pacto de Estado propone eliminar la exigencia de fianza en la personación de las asociaciones de ámbito estatal en los procedimientos de violencia de género. Añade la necesidad de que se concreten las características de estas asociaciones a efectos de la eliminación de fianza.

Parece que la medida debería referirse a las asociaciones (entidades, organizaciones, asociaciones propiamente dichas) que desde la sociedad civil actúan como colectivo contra la violencia de género. Recordemos al respecto que el art. 109 bis 3 LECrim, en redacción dada al mismo por la Disposición Final Primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de Víctimas del Delito, establece que la acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito. Y nótese también que el art. 281.3º LECrim, en la redacción dada al mismo por la Disposición Final Primera, 5 de la citada Ley 4/2015, establece ya la exención de fianza para las asociaciones de víctimas y las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de aquéllas siempre que el ejercicio de la acción penal hubiera sido expresamente autorizado por la propia víctima. En opinión de TINOCO PASTRANA⁷⁵, “aunque no se diga de forma expresa, dada la ubicación de este derecho y los requisitos del reconocimiento por la Ley, la autorización de la víctima y la exención de la fianza, se trata de reconocerles el derecho a ser acusadora particular”; y añade: “Si no se cumplieran estos requisitos podrían personarse pero como acusadores populares”.

A la vista de la normativa señalada parece que la utilidad de la medida que se propone en el Pacto de Estado será escasa. En los trabajos de la comisión del Congreso hubo algunas propuestas en el sentido de que las asociaciones de ámbito estatal pudieran personarse sin necesidad de obtener el consentimiento de la víctima (BOCG, núm 199, de 03.08.17, pág 37, y pág 50), si bien finalmente el Pacto de Estado no propone ninguna medida en tal sentido.

En definitiva, la medida parece de muy limitado alcance y no acaba de

resoluciones a las que se refiere el mismo. Para ello es preciso que en su solicitud designe “una dirección de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad”.

75. TINOCO PASTRANA, Ángel: “La participación de las asociaciones de víctimas como parte acusadora en el proceso penal y el nuevo estatuto de la víctima del delito por el que se traspone la Directiva 2012/29/UE”. Cuadernos de Política Criminal, número 115, I, Época II, mayo 2015, pág 292).

comprenderse muy bien la propuesta del Pacto de Estado en relación a la exoneración de fianza de las asociaciones de ámbito estatal. Con todo, se trata de una posibilidad de ampliación en cuanto al ejercicio de la acción penal no limitada al Ministerio Fiscal o a la víctima personalmente en esta clase de delitos.

4.5.-La dispensa legal de la obligación de declarar: arts. 416 y 707 LECrim.

Uno de los problemas, acaso el mayor, que debe afrontar nuestro legislador procesal penal en el ámbito que nos ocupa es el relativo a la dispensa de la obligación de declarar en contra del investigado o encausado por parte de su cónyuge o pareja⁷⁶. Prevista en el art. 416.1 LECrim para la fase de instrucción, y en el art. 707 para el juicio oral, esta cuestión es una de las que mayor debate ha generado y sigue generando, tanto en la doctrina científica como entre los operadores jurídicos.

La razón político criminal que late en esta preocupación es de sobras conocida: la declaración de la víctima constituye en muchos casos la única prueba de cargo en los procesos por delitos en el ámbito de la violencia de género. Y, a pesar de tratarse de delitos públicos (encontramos alguna excepción, como la del art. 173. 4, último párrafo, LECrim, al referirse al delito leve de injurias/vejaciones), entre las causas que provocan el mayor número de sobreseimientos -o ya abierto el juicio oral, de retirada de acusación-, se encuentra el acogimiento a la dispensa prevista en los arts. 416 y 707 LECrim.

Ante esta realidad, determinada por la dificultad en la persecución y castigo del delincuente en delitos relativos a la violencia de género por acogerse la supuesta víctima a la dispensa legal de la obligación de declarar, el Pacto de Estado es muy claro. En la medida número 143 plantea “evitar los espacios de impunidad para los maltratadores, que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de

76. Acerca del fundamento de la dispensa puede verse la STC 94/2010, de 15 de noviembre. Esta sentencia recuerda que “el Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los arts. 416 y 707 LECrim los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado”. Esa línea jurisprudencial puede encontrarse en multitud de sentencias. Por citar algunas, la 164/2008, de 8 de abril, o la 459/2010, de 14 de mayo. Por otra parte, no puede olvidarse que el art. 416 de la LECrim tiene una relación directa con el derecho constitucional consagrado en el art. 24. 2 CE en virtud del cual «*la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*».

la obligación de declarar, a través de las modificaciones legales oportunas”. Se es consciente, pues, de los efectos derivados de la vigente dispensa -lo que el Pacto llama “espacios de impunidad”- y, para evitarlos o superarlos, se demanda que se lleven a cabo las modificaciones legales oportunas, aunque sin mayor concreción.

La pretensión de realizar las modificaciones legales dirigidas a evitar los espacios de impunidad derivados de la actual dispensa, así formulada, abarca un contenido muy variado: desde la introducción de algunas modificaciones legales mediante las correspondientes reformas procesales, según plantean unos, hasta la derogación misma de la dispensa, que era la propuesta inicial, según aparecía en el acuerdo transaccional dirigido al Gobierno, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 15 de noviembre de 2106. En su apartado 15 leemos la siguiente previsión: “suprimir la dispensa de la obligación de declarar contra su cónyuge o pareja de las víctimas de violencia de género”⁷⁷.

Sin ánimo de terciar en la cuestión, las tesis favorables a la derogación de la dispensa se asientan, en síntesis, sobre los siguientes argumentos:

1.-Que la posibilidad de acogerse a la dispensa acabe convirtiéndose en un elemento de presión o dominación psicológica sobre la mujer víctima de la situación de violencia por parte del presunto agresor/maltratador. Se razona entonces que si la dispensa se elimina, el presunto autor ya no puede ejercer esa presión sobre ella.

2.- Que la dispensa actúa como instrumento de dominación del hombre sobre la mujer, y mantenerla puede hacer que un delito público acabe dejando de perseguirse por decisión de la víctima, cual acontece con los delitos privados, cuando lo cierto es que los bienes jurídicos concernidos suelen ser derechos fundamentales: integridad física y moral, libertad y seguridad

3.- El art. 416 LECrim no estaba pensado para delitos en el ámbito de la violencia de género (o, incluso, ni siquiera estaba pensado para los casos en que el testigo era la propia víctima) y, sin embargo, se aplica con frecuencia en este tipo de procesos.

4.- La dispensa permite a la víctima proteger al investigado o encausado frente al enjuiciamiento y un posible pronunciamiento de condena por delito en el ámbito de la violencia de género, resultando llamativo que la negativa

77. BOCG, Congreso, de 3 de agosto 2017, página 5.

de las víctimas a declarar no se da con la misma frecuencia en los delitos que no pertenecen a dicho ámbito.

5.- La dispensa es una facultad establecida por la ley que sólo puede ejercitarse válidamente si se efectúa de manera libre; situación en la que no se halla la mujer víctima de violencia de género debido a su dependencia emocional respecto al victimario, sus circunstancias personales, el miedo a represalias, entre otros factores.

Frente a la propuesta de eliminar la dispensa se argumenta que dicha eliminación comportaría obligar a las mujeres que aparecen como víctimas de delitos en el ámbito de la violencia de género a declarar como testigos en la forma legalmente establecida. Es decir: a) están sujetas a las penas con que el Código Penal castiga el delito de falso testimonio (arts 458 y ss CP); b) tienen el deber de comparecer ante el juez o tribunal (art. 410 LECrim), prestar juramento o promesa de decir verdad (art 434 LECrim) y de contestar, de modo que su negativa o renuencia puede dar lugar a sanción de multa, a ser conducida por la fuerza pública a las dependencias judiciales e, incluso, ser perseguida por delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 420 LECrim).

Pues bien. Teniendo en cuenta el elevado número de procedimientos en los que quien aparece como víctima de un delito en el ámbito de la violencia de género se acoge a la dispensa legal para no declarar contra su cónyuge o pareja denunciado, investigado o encausado, es fácil inferir que, eliminada esa posibilidad, la víctima que no desea declarar contra aquél acabe prestando un testimonio de complacencia o, incluso, simplemente mendaz, a fin de no inculparle; situación que, de constatarse, comportaría como consecuencia el inicio de un proceso contra quien *prima facie* podía ser víctima de un delito de violencia de género, de modo que esa víctima acabaría sufriendo, además de la ofensa propia del delito padecido, de cuyo proceso podría resultar absuelto el investigado o encausado si la única prueba de cargo era el testimonio de la víctima, la persecución penal a ella, y en su caso condena, por alguno de los delitos que hemos mencionado y cuyo sujeto activo propio es el testigo⁷⁸.

Para evitar estos nocivos efectos y sus consecuencias punitivas se han venido formulando algunas propuestas de modificación de la regulación vigente. Distinguiremos las siguientes:

La primera consistiría en eliminar la necesidad de recibir juramento o

78. Situación final que, en nuestra opinión, resultaría completamente aberrante, tanto desde una perspectiva criminológica como victimológica.

promesa a la testigo víctima cuando ha de declarar en un proceso seguido por delito en el ámbito del que tratamos. Se trataría de una norma de excepción no exenta de peligro, siendo el principal de ellos la desactivación de una de las garantías de validez de la prueba testifical, la cual debe prestarse bajo los apercibimientos legales. Sin la amenaza de sanción, por no ser obligado el juramento o promesa de decir verdad, faltar a la verdad no comportaría consecuencia alguna para la testigo mendaz. Pero entonces lo coherente sería entender que en tales casos tampoco la fuerza probatoria de la declaración inculpatoria podría ser la misma (la ausencia de cautelas determinaría, por la falta de consecuencias negativas para el testigo, una menor fiabilidad de su testimonio). Y si a ello sumamos que en la mayoría de los delitos de nuestro ámbito, la prueba central -si no la única- con la que contará el órgano de enjuiciamiento será precisamente la declaración inculpatoria de la víctima, sin que el órgano sentenciador pueda darle ya el mismo valor probatorio que la declaración testifical practicada bajo las cautelas mencionadas, el riesgo de que la sentencia que se dicte sea de signo absolutorio es más que evidente. Dicho de otro modo: si la finalidad de suprimir la dispensa y obligar a declarar en todo caso es evitar sobreesimientos o sentencias absolutorias por acogerse la víctima testigo a ella no existiendo otras pruebas, la obligación de testificar sin consecuencias legales para la testigo en caso de faltar a la verdad acaba propiciando un resultado semejante de ausencia de condena, solo que tras la valoración que el juez o tribunal haga de la única prueba practicada⁷⁹.

Una segunda fórmula, en línea con la anterior, consistiría en modificar la regulación de la prueba testifical en la LECrim para no imponer ningún tipo de sanción a las víctimas de violencia de género que se nieguen a declarar.

Otra alternativa a la derogación consistiría en la imposición de un límite material, cual sería negar la posibilidad de acogerse a la dispensa cuando fue la propia víctima quien interpuso la denuncia. En parecidos términos, otra opción sería establecer un límite temporal o momento preclusivo para acogerse a la dispensa (por ejemplo, la primera declaración judicial), más allá del cual, no ejercitada la dispensa tendrá obligación de declarar en todo caso.

Se ha planteado también la posibilidad de proceder a la preconstitución de la prueba de interrogatorio de quien aparece como víctima ante el órgano encargado de la instrucción, a fin de poder utilizar la declaración grabada en el plenario como medio de prueba en caso de que la víctima decida acogerse entonces a la dispensa del art. 707 LECrim. Se parte de la experiencia práctica de que es más fácil que la primera declaración prestada por quien

79. La idea se apoya en la regulación prevista para el testigo menor de edad. Sin embargo, a nuestro entender esa equiparación lo que hace, de algún modo, es “infantilizar” a la mujer.

aparece como víctima sea inculpativa, ya que se está en el momento inicial del proceso, cuando todavía no ha habido tiempo suficiente para un cambio de opinión por parte de la víctima en su decisión; y se pretende que esa declaración inculpativa, prestada bajo los principios de inmediación -sea ésta la del Juez de Instrucción de Guardia, sea la del Juez de Violencia sobre la Mujer- y contradicción, sirva con plenitud de garantías como prueba de cargo en el plenario mediante su reproducción en el acto de la vista oral. Y así, en caso de que la víctima deseara acogerse a la dispensa del art. 707 LECrim y no declarar en contra del encausado, el juez o tribunal sentenciador dispondría de la declaración grabada como prueba de cargo susceptible de valoración para fundamentar un pronunciamiento condenatorio. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 23-01-2018 ha rechazado ya tal posibilidad⁸⁰.

Quizá la mejor solución de política criminal a esta cuestión no pase por derogar ni modificar el art. 416 LECrim, sino por potenciar el asesoramiento y acompañamiento de la mujer víctima a lo largo del proceso de tal manera que no necesite, acaso, acogerse a la dispensa. Y es que no se debe obligar a la mujer a continuar en el proceso en contra de su voluntad, sino reducir o ayudar a reducir en lo posible la carga sobre la propia víctima. Lo que verdaderamente se requiere, pues, es implantar un entorno seguro para la víctima.

4.6.- La orden de protección.

La orden de protección constituye la medida cautelar típica en los procesos por los delitos cometidos en el ámbito de la violencia doméstica y de género. Regulada en el art. 544 ter LECrim, el Pacto de Estado muestra una especial preocupación en orden a su utilización como instrumento idóneo de tutela cautelar específicamente dirigido a dispensar una especial protección a las víctimas de esta clase de delitos.

De acuerdo con su numeral 1, los presupuestos para acordar la orden de protección son dos: la existencia de “indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del

80. El Acuerdo señala, en su apartado 1, que el acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECrim, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida. En su apartado 2 añade además que no queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición. Compartimos plenamente la posición del Tribunal Supremo, pues la contraria supondría vaciar de contenido la norma del art. 707 y la libertad de ejercer esa facultad en el momento de mayor alcance procesal.

Código Penal” y la existencia de una “situación objetiva de riesgo para la víctima” que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en el propio precepto.

El Pacto de Estado contiene una propuesta de modificación respecto al segundo de los presupuestos de la actual regulación (la situación objetiva de riesgo). Tal propuesta consiste en introducir en el propio art. 544 ter LECrim “un listado no cerrado de criterios de referencia de la situación objeto de riesgo”.

La finalidad de esta propuesta aparece expresamente declarada en la propia formulación de la medida, al señalar que el listado en cuestión debe establecerse “*para impedir que disminuyan las órdenes de protección*”⁸¹.

Sin embargo, no parece que éste sea un fundamento de política criminal válido para justificar la inclusión en la norma procesal de ese listado abierto (la fórmula habla de listado “no cerrado”) de criterios valorativos. Ya no es sólo que tal pretensión parezca asentada en la mera preocupación de que disminuya “el número” de órdenes de protección concedidas, sino que de manera implícita se está dando a entender que con la regulación actual los jueces dictan, o puede que dicten, menos órdenes de protección que las que deberían acordar si se ajustaran a los criterios de referencia que establecerá el propio legislador para valorar la situación objetiva de riesgo. Es como si el pretexto para perfeccionar el juicio de valoración que debe hacer el juez sobre la concurrencia o no de la situación objetiva de riesgo, como uno de los dos presupuestos necesarios para acordar la orden de protección, fuera la ausencia de indicadores (“criterios de referencia”), que ahora, con la modificación planteada, le serán dados por el propio legislador.

La justificación que se declara para sostener la propuesta resulta, a nuestro juicio, completamente equivocada. Lo relevante no es si el número de órdenes de protección ha descendido en una u otra anualidad, o si hay una tendencia descendente, pues tal dato numérico puede depender o ser resultado de factores concurrentes de signo muy diverso⁸². En nuestra opinión cuestión

81. Puede consultarse la redacción en el documento de referencia, donde figura como medida nº 119. La idea parece apoyarse en la exposición de la Experta Doña Paloma Marín López, en la Sesión número 6, de 01.03.17. Decimos esto porque en el BOCG Congreso de 03.08.17, pág. 32, aparece la siguiente reseña: “La compareciente -Sra. Marín- propuso, igualmente, una serie de reformas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal: 1) En este punto denunció, con relación a la protección cautelar, la tendencia decreciente de las órdenes de protección (en el tercer trimestre de 2016 menos del 59% concedidas). Situación que se acentúa en algunos territorios. Para evitar esta situación propuso *introducir un listado no cerrado de criterios de referencia de la situación objeto de riesgo en el artículo 544 ter LECr*” (el subrayado es nuestro).

82. Decimos esto porque el art. 544 ter LECrim mantiene en este punto su redacción original del año 2003.

es otra: fijados por el legislador unos criterios de referencia de la situación objetiva de riesgo en el texto del art. 544 ter LECrim, el juez que desestime una solicitud de orden de protección se verá obligado a realizar en su resolución (en forma de auto) un mayor esfuerzo argumentativo en el caso concreto para basar esa decisión desestimatoria, pues tendrá que explicitar las razones por las que no aprecia la presencia de ninguno de aquellos criterios que el legislador le presenta. Y el problema práctico de argumentación debida será aún mayor si en el caso concreto, a pesar de concurrir alguno o varios de esos criterios de referencia, el juez no aprecia la situación objetiva de riesgo porque, por ejemplo, estima la concurrencia simultánea de otros elementos que podrían minimizar o neutralizar aquéllos.

La nueva regulación obligará así a examinar en el caso concreto si concurren todos, algunos o alguno de los criterios de referencia del listado que se incorpore al art. 544 ter LECrim. Será una valoración que habrá de ponderar datos diversos, seguramente fácticos en su mayor parte, aunque alguno pueda tener también una significación jurídica relevante (p. ejemplo, la existencia de quebrantamientos previos, los antecedentes penales, la reincidencia específica en violencia de género, incluso respecto a la misma mujer víctima, etc). Tratándose de criterios de referencia en listado no cerrado, lo razonable es esperar que si el legislador acaba incorporando la propuesta al texto legal la regulación que establezca no opere de manera automática, eliminando el juicio de ponderación por el juez en su resolución, sino como criterios de valor orientativo para elaborar ese juicio ponderativo.

Una mejor justificación a la propuesta de modificación del art. 544 ter LECrim puede encontrarse en la referencia a la situación de riesgo que el Pacto de Estado hace al formular su “Plan para la efectividad de las Órdenes de Protección”⁸³. En dicho Plan se alude expresamente a “la extrema dificultad de probar el riesgo por parte de la víctima” como razón justificativa de la necesidad de promover “la revisión de los requisitos de concesión de las Órdenes de Protección”.

Pese al margen de mejora técnica de la formulación empleada, pues la acreditación de la situación objetiva de riesgo no constituye una carga procesal para la víctima, como lo evidencia el hecho de que la orden de protección es una medida que puede acordarse de oficio, incluso contra la voluntad de quien aparece indiciariamente como víctima de un delito en

83. Bajo esa denominación, la medida número 151 se refiere a un contenido tan amplio como heterogéneo: revisión de los protocolos existentes, mejorar el diagnóstico del riesgo para evitar victimización reiterada, señalando que ha de ser un diagnóstico multidisciplinar, optimización de los brazaletes de vigilancia electrónica y formación y sensibilización de profesionales.

el ámbito de la violencia doméstica y de género⁸⁴, lo cierto es que en la práctica, en la mayoría de los casos, la aportación de los elementos fácticos necesarios para acreditar la situación objetiva de riesgo procederán de la propia declaración de la víctima y de alguna documental que ésta aporte (ej, mensajes recibidos a través de redes sociales o de texto, correos electrónicos, notas de voz, grabaciones...) o se acompañe con el atestado policial (partes de asistencia facultativa), informes periciales (informe médico forense de las lesiones que presenta, valoración de daños...) y, acaso, de algún testigo directo o referencial, cercano o ajeno a la víctima o al investigado.

Sea como fuere, la dificultad existe también en razón a la propia regulación actualmente vigente, y ello debido a la previsión de la especial “celeridad” prevista por la ley para la tramitación y decisión de la solicitud de orden de protección. No es que la tutela cautelar no deba dispensarse con la mayor premura, pues es consustancial a las medidas cautelares la idea de hacer las cosas pronto y hacerlas bien, como apuntaba CALAMANDREI⁸⁵. Pero la verdad es que el legislador otorga al acto procesal central para su tramitación la denominación de “audiencia urgente”, a celebrar durante el servicio de guardia y, excepcionalmente “en el plazo más breve posible”, en todo caso dentro de las setenta y dos horas computadas desde la solicitud. De hecho, el art. 544 ter. 4 LECrim establece en su párrafo segundo que dicha audiencia urgente se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 505 cuando su convocatoria fuera procedente (se refiere a la prisión provisional), con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el Título III del Libro IV de esta Ley (se refiere a las Diligencias Urgentes de Juicio Rápido) o, en su caso, con el acto del juicio por delito leve⁸⁶. Tal configuración es una muestra más de la voluntad de ofrecer una respuesta rápida y ágil a la solicitud de orden de protección, para cuya decisión, por cierto, no se prevé plazo alguno finalizada la preceptiva audiencia, lo que debe entenderse que la decisión judicial habrá de ser inmediata, dado que no se contempla ningún

84. El art. 544 ter. 2. Establece que la orden de protección será acordada por el juez *de oficio* o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal. El subrayado es nuestro.

85. “Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde” CALAMANDREI, Piero: “Providencias cautelares”. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1984, pág 43.

86. Anteriormente “Juicio de Faltas”. Su regulación, actualmente en el Libro VI LECrim, arts 962 y ss, responde a la reforma operada por la LO 1/2015, que al suprimir el Libro III del Código Penal, hubo de modificar la regulación de la LECrim en este punto.

otro trámite ni excepción⁸⁷.

4.7.- Ejecución inmediata de las penas de alejamiento impuestas en sentencia firme. La reforma del art. 988 LECrim.

Con el objetivo de asegurar el cumplimiento inmediato de cualquiera de las penas previstas en el art. 48 CP⁸⁸ que hubiera sido impuesta en sentencia condenatoria firme por delito en el ámbito de la violencia de género, el Pacto de Estado propone modificar el art. 988 LECrim introduciendo en su texto el mandato dirigido al órgano encargado de la ejecución para que active y dé inicio al cumplimiento de la pena desde el momento mismo en que la sentencia haya ganado firmeza.

Se trata de una modificación de carácter procesal inequívocamente dirigida a otorgar mayor protección a la víctima, garantizando que entre la firmeza de la sentencia y el inicio de la ejecución de la pena del art. 48 CP no exista ningún lapso temporal sin efectividad de la protección que la pena referida otorga a la víctima.

La modificación proyectada resulta razonable. Es más: considerando la literalidad de los términos en que aparece redactada la propuesta⁸⁹, vemos que éstos no son limitativos a condenas por delitos en el ámbito de la violencia de género. Esta circunstancia, unida a otra no menos importante, cual es la ubicación de la reforma en un precepto general de ejecución de sentencias firmes como es el art. 988 LECrim, hace que su aplicación pueda extenderse a todos aquellos supuestos en que, fuera del ámbito de los delitos de violencia de género, se haya impuesto en sentencia firme alguna de las penas del art. 48 CP.

Llama la atención el hecho de que la propuesta declare que la modificación pretendida lo sea con la finalidad de evitar la desprotección de la víctima entre

87. En su último párrafo, el art. 544 ter 4 establece que, celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore.

88. Se refiere a las prohibiciones de residir en o acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximarse a la víctima, familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, y la prohibición de comunicarse con esas mismas personas.

89. La medida que comentamos, número 132, es del siguiente tenor: “Artículo 988 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Introducir en el último inciso del Artículo 988 de la LECrim el inicio inmediato de las penas del artículo 48 del Código Penal desde la firmeza de la sentencia, con el apercibimiento personal de ello al acusado. Con la finalidad de evitar la desprotección de la víctima entre el momento en el que ya no están vigentes las medidas cautelares por contar con sentencia firme y el momento de inicio de la ejecución de la pena”.

el momento en el que ya no están vigentes las medidas cautelares por contar con sentencia firme y el momento de inicio de la ejecución de la pena, pues es evidente que la razón de ser de la necesidad de inicio inmediato de la ejecución de las penas del art. 48 impuestas en sentencia firme no nace de la finalización de una medida cautelar previa, pues aquella necesidad de protección existe igualmente en aquellos casos en que no se hubo acordado ninguna medida cautelar homogénea durante la tramitación del procedimiento y hasta que se dictó la sentencia firme.

En cuanto al modo de inicio inmediato de la ejecución de las penas del art. 48 CP, la medida contiene un apunte de carácter técnico: “mediante el apercibimiento personal de ello (se refiere al inicio inmediato) al acusado”. Al margen del escaso rigor terminológico empleado, no sólo porque habla de “acusado” en un momento procesal posterior a su condena por sentencia firme, sino también porque habla únicamente de apercibimiento personal, en lugar de requerimiento de cumplimiento con apercibimiento de quebrantamiento, lo cierto es que en la práctica, fuera de los casos en que la sentencia de condena se ha dictado *in voce*, notificándose en el acto las partes y manifestando éstas su voluntad de no recurrirla (lo que suele ocurrir en los casos de conformidad premiada del art. 801 LECrim -en sede de juicio rápido ante el juzgado de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer- y en los de la conformidad prevista en el art. 787.6 de la misma Ley en sede de Procedimiento Abreviado) la modificación que se propone puede no resultar todo lo efectiva que se pretende. Así, además de los supuestos en que exista demora en la declaración de firmeza de la sentencia por el juez o tribunal (declaración que está prevista en el párrafo primero del art. 988 LECrim⁹⁰), en la práctica es frecuente que a la hora de practicar el requerimiento de cumplimiento con apercibimiento en forma personal, surjan dificultades para la localización del condenado, generándose un espacio temporal, más o menos amplio, entre la firmeza y el inicio “inmediato” de la ejecución o, para lo que ahora tratamos, el inicio de la protección que a través de las penas del art. 48 se pretende dispensar; sin que la medida, en fin, contenga una solución plausible para esos casos. Quizá por ello se pretenda la utilización de la medida de seguridad de libertad vigilada, propuesta con ese fin en la medida número 97 del Pacto de Estado⁹¹.

5.- El Pacto de Estado y el indulto particular.

90. “Cuando una sentencia sea firme, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141 de esta Ley, lo declarará así el Juez o el Tribunal que la hubiera dictado”.

91. “Utilizar la medida de libertad vigilada sobre el maltratador en los momentos en que la víctima se encuentra más desprotegida, como cuando se dicta sentencia condenatoria y aún no se ha ejecutado dicha sentencia, y el agresor ya ha cumplido la pena de alejamiento durante el proceso”.

En el mismo texto transaccional en el que el Congreso de los Diputados, en su sesión de 15 de noviembre de 2016, acordaba promover la suscripción del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género, se adoptaba también *el compromiso político de no conceder ningún indulto en cualquier delito vinculado a la violencia de género*.

Su tratamiento como “compromiso político” y no como una medida concreta más, específica y numerada, formulada como tal en el Pacto de Estado, parece responder más al deseo general de mantener una práctica ya consolidada de no conceder indultos por delitos relacionados con la violencia de género, que a la necesidad de modificar textos legales que no establecen distinción alguna para la concesión o denegación del indulto en razón al delito cometido⁹².

En efecto. Ni la Ley reguladora del indulto, ni la Ley Orgánica General Penitenciaria, ni el Reglamento Penitenciario establecen exclusiones *a priori* por razón del delito cometido o por razón de la duración de la pena impuesta. En consecuencia, cualquier persona condenada por delito cometido en el ámbito de la violencia de género, excepción hecha del Presidente del Gobierno o de cualquiera de sus miembros, según prevé el art. 120.3 de la Constitución española, puede optar al indulto.

El compromiso de no conceder indultos en los delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género tiene un singular impacto en aquellos supuestos en que la pena respecto a la que se pretende el indulto es la de alejamiento respecto a la víctima y familiares de ésta que el juez o tribunal determine. Esta pena, cuyo contenido se define en el art. 48 CP es, como venimos diciendo, de obligada imposición por el órgano sentenciador en las sentencias condenatorias que dicte por delitos relacionados con la violencia doméstica y de género, según establece con toda claridad el art. 57.2 del Código Penal⁹³. A pesar de las muchas y autorizadas opiniones en contrario, como las presentadas de manera reiterada por el Grupo de Expertas y Expertos en violencia doméstica y de género del Observatorio contra la

92. Ya en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2007 se mencionaba que desde la reforma del art. 57 CP en el año 2003 para establecer el carácter obligatorio de la pena de alejamiento prevista en el art. 48 en ciertos delitos del ámbito de la violencia de género (malos tratos, coacciones, amenazas y violencia habitual), todas las peticiones de indulto de dicha pena han sido denegadas.

93. La conformidad a la Constitución del carácter imperativo del art. 57.2 fue declarada por nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia de 7 de octubre de 2010. En la misma línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 15 de septiembre de 2011, con ocasión de pronunciarse sobre la interpretación de los arts. 2, 3 y 8 del estatuto de la víctima en el proceso penal, entonces diseñado en la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, señalaba que aquéllos debían interpretarse en el sentido de que no se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se pongan a la aplicación de tal medida”.

Violencia Doméstica y de Género en el seno del CGPJ⁹⁴, lo cierto es que el órgano sentenciador no puede eludir, insistimos, la imposición de esta pena; de tal modo que sólo por medio del indulto podría lograrse el efecto de desactivar, en todo o en parte, su ejecución.

Conviene recordar que en nuestro marco constitucional el cumplimiento de las penas ha de estar orientado hacia la reinserción social. Seguramente por esta razón, desde la LOGP de 1979 y su Reglamento no se conocían excepciones a la aplicación del indulto por razón del tipo de delito o la duración de la condena. Así fue al menos hasta el año 2003, en que la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, eliminó el beneficio del adelantamiento de la libertad condicional a los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y aun después, según reforma operada por la LO 1/2015, en relación a los condenados a pena por delito contra la libertad e indemnidad sexual. En cuanto al indulto como beneficio penitenciario⁹⁵, se trata de una posibilidad que se hace depender de ciertos factores, tales como la buena conducta del penado, el desempeñar de una actividad laboral que sea útil para la preparación de su vida en libertad, o la participación en actividades de reeducación y reinserción social. Con todo, y como señala RODRÍGUEZ YAGÜE⁹⁶, “la configuración del indulto particular como beneficio penitenciario no deja de ser un cauce, importante, instrumental o vehicular, para acceder a la figura del indulto regulada por la Ley de 18 de

94. El documento “Guía Práctica de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género del CGPJ”, elaborado por el Grupo de Expertas y Expertos en violencia doméstica y de género, aprobado en su reunión de 13.10.16, reproduce un informe anterior, elaborado en el año 2011 por el referido Grupo para abordar los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004 y en la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, que contiene varias sugerencias de reforma legislativa en este punto. Al respecto destaca cómo “...la experiencia demuestra que, una vez que ha surgido el primer episodio de maltrato, y a pesar de las muestras de arrepentimiento del agresor que pueden suceder tras él, la probabilidad de que surjan nuevos episodios violentos se incrementa. Pero también es cierto que un alejamiento forzoso podría conducir a situaciones indeseadas entre personas que van a seguir vinculadas por determinados lazos de afectividad, familiares, económicos, sociales, etc. La vigente redacción del apartado 2 del artículo 57 impide al juzgador realizar una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes para la adopción de la resolución que resulte más proporcionada al caso concreto. Por ello, se entiende que debe suprimirse este apartado, rigiendo, también para los supuestos de delitos de violencia doméstica o de género las previsiones del apartado 1 del mismo precepto, que permiten al juzgador imponer una o varias de las prohibiciones contenidas en el artículo 48 CP, resolución que habrá de ser motivada en todo caso. Subsidiariamente, y para el supuesto de no prosperar la reforma que se postula, se propondría la extensión a estas penas accesorias del régimen de suspensión de las penas privativas de libertad, con las cautelas que se estimen necesarias y subordinado al cumplimiento de las reglas de conducta que se estimasen oportunas.”

95. A instancia de la Junta de Tratamiento -art. 206 RP-. Recuérdese que los beneficios penitenciarios, según el art. 4.2 h) RP se configuran como un derecho del penado

96. RODRÍGUEZ YAGÜE, CRISTINA: “Beneficios penitenciarios y violencia de género: a vueltas con la concesión del indulto particular”. Diario La Ley n° 9075, de 7 de noviembre de 2017. Editorial Wolters Kluwer.

junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la gracia de indulto”⁹⁷.

Como se ve, nos encontramos ante un nuevo “espacio de tolerancia cero”. A la públicamente declarada oposición a la concesión de indultos en ámbitos tales como los delitos de terrorismo, crimen organizado o libertad e indemnidad sexual se suma el compromiso de no concesión de indulto en todo caso de delito en el ámbito de la violencia de género, sin tener en cuenta ni distinguir la naturaleza del delito concretamente cometido, el bien jurídico afectado o una opinión de la víctima eventualmente favorable a su concesión.

Probablemente no sea esta, a mi entender, la fórmula más acertada de hacer política criminal. Desde luego no lo es desde una simple perspectiva de pura técnica legislativa: sin realizar modificación legislativa o reglamentaria alguna para introducir la prohibición, el resultado será en todo caso la denegación del indulto, por más esfuerzos que el condenado por delito de violencia de género pueda hacer para merecerlo. Tal vez, considerando el marco constitucional y el principio de proporcionalidad de la sanción penal, más que su exclusión absoluta podría resultar de utilidad orientar la decisión de política criminal en este punto hacia la deseada mejora técnica del mecanismo de concesión del indulto como fórmula de mitigación del rigor de la pena y como beneficio penitenciario: resolución motivada, discrecionalidad susceptible de ulterior control judicial y publicidad. Y conviene recordar, por último, que la concesión del indulto por el Consejo de Ministros es un acto susceptible de control por el propio Tribunal sentenciador y por la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque sólo sea por razones “de forma” y no “de fondo” (pues no ha de olvidarse que la Ley 1/1988 modificó la Ley de 1870 para eliminar la exigencia de publicar el Decreto “motivado” de su concesión)⁹⁸.

97. La misma autora destaca que el respaldo de la propuesta de indulto por la Administración penitenciaria y su tramitación por el Juez de Vigilancia ante el Ministerio de Justicia amplía su prosperabilidad, a diferencia de los indultos solicitados directamente por el penado, sus familiares o cualquier otra persona en su nombre -art. 19 de la Ley de Indulto. Y remarca que también su finalidad es diferente: “mientras que la función general de la figura del indulto es la de la mitigación del rigor de la ley, en aquellos casos en los que su aplicación puede dar lugar a situaciones en la práctica de injusticia material, en el caso del indulto como beneficio penitenciario su finalidad es la de reforzar o recompensar un cambio en el comportamiento o un avance significativo en el procedimiento de rehabilitación”

98. La reciente activación de la tramitación parlamentaria de la proposición de ley de reforma de la ley de indulto, que se inició en febrero de 2017, quizá pueda servir de cauce para mejorarla también en este punto.

3. CONTESTACIÓN AL DISCURSO, DE DOÑA ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ

REFLEXIONES SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL EN ESPAÑA

Isabel Tapia Fernández

Con satisfacción asumo el encargo de contestar al discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares del Magistrado Carlos Izquierdo Téllez. Con satisfacción y un cierto temor de no estar a la altura. Por razones personales que no vienen al caso, siento que mi contestación no va a responder a tan excelente trabajo realizado por un gran jurista, y acreditado Magistrado.

Poco queda por decir sobre el tema propuesto por el nuevo Académico. El análisis minucioso sobre el Pacto de Estado contra la Violencia de Género deja escaso margen a una réplica que pudiera aportar algo nuevo. No obstante, su atinada introducción a lo que sea la Política Criminal en el momento actual español, me ha dado pie para hacer unas breves reflexiones acerca de la ineptitud del Legislador Procesal Penal, que se ve incapaz de emprender con éxito un Código Procesal acorde con las exigencias del Siglo XXI.

Pero antes de poner en voz alta estas reflexiones, quiero constatar una realidad asumida, sin duda, por todo el auditorio: la merecida aceptación de D. Carlos Izquierdo Téllez en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares. Y mi agradecimiento a la Academia por brindarme la ocasión de tomar la palabra para ensalzar a un magnífico jurista, un ejemplar sin paliativos Juez, y una persona llena de bondad y humildad.

Como jurista, además de contribuir a la ciencia del Derecho con aportaciones y publicaciones de calidad, ha colaborado con el Ilustre Colegio de Abogados de Baleares en los cursos de formación para el Turno de Asistencia a las Víctimas de Violencia de Género, y con la Clínica Jurídica, en conjunción con la Universidad de las Islas Baleares y con la asociación Solidaris de Montisíon.

Ha sido Profesor Asociado en las Cátedras de Derecho Civil y de Derecho Procesal de la UIB, impartiendo clases, conferencias, y recibiendo y

asesorando alumnos en prácticas en su Juzgado. No hay un solo alumno que no le recuerde con cariño y admiración.

Como Magistrado, lleva treinta años cumpliendo con la honrosísima profesión, a plena satisfacción de todos: administradores de justicia, colaboradores de la misma y, sobre todo, justiciables a los que dispensa un trato exquisito y lleno de humanidad y comprensión. Por ello, y no en vano, ha sido merecedor del Premio a la Ética Jurídica Degà Miquel Frontera, concedido por el Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, en noviembre de 2014.

Como persona llena de bondad... no voy a hacer mención a nada en concreto, para no herir la humildad que le caracteriza. Mi opinión, resumida en una sola palabra: “ejemplo”, ya la plasmé por escrito en la dedicatoria de una monografía que creía ser la última de mi carrera profesional (cosa que no ha sido así, el gusanillo del oficio me ha llevado a publicar otras después). Dedicaba aquel libro, además de a mi maestro Andrés de la Oliva, a los Magistrados Javier Muñoz y Carlos Izquierdo; y al Letrado Raimundo Zaforteza. Y a todos ellos, decía, “por su ejemplo”. Quedo deudora, pues, del ejemplo que me han proporcionado.

Y, sin más, entro ya a reflexionar en voz alta sobre el modo de llevar a cabo la Política criminal en España en el momento presente y con los mimbres legislativos actuales. Muchas cosas de las que voy a hablar ya han sido certeramente apuntadas por el nuevo Académico. Incidiré sobre ellas aportando mi punto de vista; porque me parece importante espolear, como el tábano de Sócrates, a los Poderes públicos para que se tomen en serio esta cuestión.

I. Con carácter general, la Política Criminal se encuadra dentro de las denominadas “Ciencias penales”, esto es el conjunto sistemático de conocimientos relativos al delito, al delincuente, a la delincuencia, a la pena y a los demás medios de defensa social contra la criminalidad.

El término “Política criminal” tiene sus orígenes en Alemania a principios del S. XIX. Parece que se debe al filósofo y antropólogo von Feuerbach; aunque fue en Italia donde por primera vez aparece una tendencia científica de revisión crítica de las leyes punitivas, esto es, una primera dirección de la Política criminal. Y el iniciador de esta corriente científica fue Cesare Bonasena, Marqués de Beccaría, filósofo, jurista y economista, quien en 1764 publicó el ensayo “Dei delitti e delle penè”, que supone un planteamiento de reforma del Derecho Penal del Antiguo régimen. Como reacción a la situación en que se encontraba la justicia penal, caracterizada por los excesos, la crueldad de las penas, los horrores de la prisión, los bárbaros tormentos y torturas, y la irregularidad de los procedimientos criminales, el Marqués de Beccaría empezó a

fijar las bases político criminales que deberían orientar un nuevo sistema de justicia penal que se ajustara a la nueva idea del Estado de Derecho iniciado con la Ilustración. Introdujo diversas medidas que tuvieron gran influencia no sólo en Italia, sino en todo el Continente: la implantación en la legislación penal de los principios de proporcionalidad de las penas y el principio de legalidad; el carácter preventivo de las penas (no sólo de prevención general, dirigido a la sociedad, sino también especial, dirigido al delincuente), la abolición de la pena de muerte que viola el principio de indisponibilidad de la vida humana, la abolición del tormento, y la limitación del arbitrio judicial.

Pero, como afirma Jiménez de Asua en su Tratado de Derecho Penal¹, si bien esta corriente de revisión crítica de las leyes punitivas fue italiana de origen, se hizo germana de adopción. A von Liszt, en la segunda mitad del siglo XIX, se debe el establecimiento de las bases de la moderna política criminal².

En sus orígenes, la Política criminal se consideró como “arte legislativo”, esto es, el conocimiento de aquellos medios que el Legislador pueda hallar, según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el Derecho natural de sus súbditos. Von Feuerbach la considera como “sapiencia del Estado Legiferante”. Depende del Legislador que una conducta humana sea delictiva o no. Posteriormente, Von Liszt y Bentham le dan un sesgo biológico, y la conceptúan como “el contenido sistemático de principios –garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena– según los cuales el Estado ha de emprender la lucha contra el crimen, por medio de la pena y de sus instituciones similares.

Dejando a un lado las diversas corrientes de pensamiento surgidas a partir de estos autores acerca de si la Política criminal es o no una ciencia autónoma; o si la Política criminal trata de la represión del delito, mientras que la Política social tiene como misión la prevención del mismo; o qué materias científicas se ven implicadas en el concepto Política criminal, lo cierto es que hoy en día los autores se inclinan por considerar que la Política criminal no es una ciencia independiente, sino que se concibe como un conjunto sistematizado de principios conforme a los cuales debe el Estado organizar la lucha contra la criminalidad, tanto desde el punto de vista de la prevención, como del de la represión . Como afirma CUELLO CALÓN³, más que una ciencia, la Política

1. Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1964, 4ª edición, T. I, pág. 172.

2. Sobre los orígenes y desarrollo de la Política criminal, puede verse MORENO HERNÁNDEZ, “Límites de la política criminal y del Derecho penal”, en Estudios penales en homenaje a Gimbernat”, cit., T.I, págs. 502 y ss.

3. “Derecho Penal”, Barcelona, 1956, T. I, pág. 40.

criminal es un criterio directivo y orientador que debe fundamentarse sobre el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, de la pena y demás medidas de defensa social contra el delito.

En España, en el momento actual, y tras el revulsivo jurídico y social que supuso la Constitución española de 1978, los principios de política criminal son los derivados del Estado social y democrático de derecho; y se concretan en los siguientes⁴:

a) Principio de legalidad, como límite a la arbitrariedad del poder punitivo del Estado (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). La ley escrita es la única fuente válida del poder de castigar que ostenta el Estado;

b) Principio de acción material: *nullum crimen sine conducta; nulla iniuria sine actione*. Los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estado de ánimo interiores, sino que deben concretarse en acciones humanas materiales, empíricamente observables y describibles exactamente por la ley penal. El Derecho Penal persigue proteger bienes concretos en casos concretos, y sigue el criterio de imputación individual de un injusto propio⁵;

c) Principio de intervención mínima: el Derecho Penal es la última *ratio* del legislador, el último recurso que debe ceder ante medios menos lesivos de solución de conflictos;

d) Principio de culpabilidad: la acción material imputable al autor requiere que esa acción haya sido querida por el autor o le sea reprochable por negligencia;

e) Principio de proporcionalidad de la pena con respecto al delito que la motiva;

f) Principio de autonomía ética de la persona, esto es, respeto a su dignidad.

Ahora bien, si los señalados son los principios rectores de la Política criminal en un Estado de Derecho moderno, lo cierto es que, en los últimos años, ese conjunto de medios con los que el Estado organiza su lucha contra la delincuencia, se ha visto influenciado por varios factores.

4. Sigo en esto a ANITUA, “Los principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de Derecho”, en Política criminal y sistema penal : viejas y nuevas racionalidades punitivas, coord. por Iñaki Rivera Beiras, 2005, págs. 289-302.

5. SILVA SÁNCHEZ, “La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Madrid, 2011, pág. 125.

En primer lugar, y en cuanto a la principal vía de expresión de la Política criminal, la ley, se ha tenido que ir adaptando a las continuas transformaciones sociales y a los modernos tipos delictivos. Parece como si la delincuencia clásica, esto es, la que tradicionalmente atenta contra intereses individuales (la vida, la propiedad, la libertad de los individuos), cediera protagonismo ante nuevos ilícitos derivados de diversos factores: el surgimiento de nuevos riesgos debidos a la innovación tecnológica; los focos delictivos derivados de los movimientos migratorios; las estructuras organizadas para cometer delitos de terrorismo; la denominada criminalidad de los poderosos (delitos económicos), en sus distintas vertientes. Aparecen así nuevas formas de delincuencia que exigen una nueva manera de concebir la Política criminal. La pequeña delincuencia, o “delitos bagatela” tiende a desaparecer, embebida en otros tipos de ilícitos, ya sea administrativos, ya sea civiles.

El segundo factor que mediatiza la Política criminal actual es el gran protagonismo que se está dando en los últimos tiempos a la protección de los intereses de las víctimas. La atención integral a la víctima del delito –individualizada o colectiva– conforma hoy día el debate político y reclama nuevos instrumentos de política criminal. La satisfacción de la víctima, su sentimiento de “hacer justicia” a través del castigo del culpable, orienta la nueva Política criminal, basada en lo que se llama “justicia reparadora”, ideando mecanismos de compensación del daño que no se limiten al recurso de la privación de libertad, sino a otros mecanismos de responsabilización social.

En tercer lugar, la Política criminal, en su vertiente de adopción de decisiones legislativas, se ha visto fuertemente mediatizada por la opinión pública creada por los medios de comunicación social y, en último término, por el pueblo llano. La incidencia de los medios masivos de comunicación en el acontecer social ha influido en la construcción de una política criminal coyuntural, con frecuencia instrumentalizada por intereses populistas, caracterizada por una hiperinflación legislativa.

En cuarto lugar, las profundas transformaciones sociales operadas en las últimas décadas han propiciado dos fenómenos: Por una parte la consideración de que hoy día, la mayor parte de la delincuencia –suficientemente resaltada por los mass media– no es prevalentemente un producto de la marginación social, de la desigualdad cultural. El perfil del delincuente de los últimos tiempos es el de una persona no marginal, insertada cómodamente en la sociedad, y racionalmente aceptada por la comunidad. Por otra, no cabe duda de que el ciudadano actual está imbuído por un creciente sentimiento de justicia y solidaridad, que hace que se tienda a criminalizar con mayor intensidad cualquier actuación ilícita dirigida a poner en evidencia la

superioridad de un ser sobre otro, el abuso de poder, la desigualdad en el plano laboral (delitos contra los trabajadores), en el plano humano (delitos de pedofilia) y en el plano de desigualdad social entre los géneros (delitos contra la mujer).

Todos estos factores han propiciado una considerable debilitación de algunos de los principios antes mencionados, considerados como piedras angulares de una Política criminal propia de un Estado de Derecho; y de este modo:

a) Ante el principio de legalidad (la ley escrita es la única fuente válida del *ius puniendi* que ostenta el Estado), se vienen introduciendo mecanismos de consenso entre agresor y víctima, y en consecuencia se debilita el principio de necesidad procesal para sustituirlo por el principio de oportunidad en sus diversas vertientes, como veremos después.

b) Ante el principio de acción material: *nullum crimen sine conducta; nulla iniuria sine actione*, se está imponiendo una corriente de pensamiento, basada en que la sociedad actual es una “sociedad del riesgo”, donde está en peligro el valor seguridad; por ello, el Derecho Penal debe ser el canalizador del riesgo para obtener esa seguridad, partiendo de la idea de que siempre ha de haber un responsable. No se trata de buscar las causas de la criminalidad para adoptar las medidas necesarias para atajarla, sino de saber dónde se produce para aislar ciertos grupos de población y mantenerlos al margen⁶.

c) Ante el principio de intervención mínima (: el Derecho Penal debe ser la última *ratio* del legislador), se viene observando una creciente “expansión” del Derecho Penal. La transformación de la sociedad actual –postmoderna– en lo que se ha llamado “sociedad del riesgo”, y la exigencia de seguridad ante el mismo produce , en el plano sustantivo, una expansión del Derecho Penal, ampliando paulativamente el ámbito punitivo (por ejemplo, abarcando nuevas conductas concretas penales, fundiendo la tentativa del delito con la consumación, reelaborando el sistema de imputación para cumplir la necesidad de encontrar un responsable... etc); y viene influyendo también en el Derecho procesal (minimizando garantías y derechos fundamentales, ampliando la tutela cautelar, potenciando las pruebas de la fase de instrucción... etc.)⁷.

6. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El papel del Derecho Penal en la segunda modernidad”, en Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI, *Liber amicorum* en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García, Madrid, 2006, pág. 326.

7. Cfr. al respecto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, op. cit. págs. 332-333.

La Política criminal actual es especialmente sensible a este desarrollo de la sociedad del riesgo, orientando un modelo de “prevención”, en vez de un modelo de represión punitiva, a la vez que reduce las garantías y los derechos del individuo. Se está pasando de un Derecho Penal del ciudadano a lo que Jakkobs ha denominado un Derecho Penal del enemigo, más propio de un sistema totalitario que de un sistema de Estado de Derecho⁸.

La manera de gestionar la delincuencia por parte del Estado, no cabe duda de que se encuentra mediatizada por todos estos factores brevemente mencionados. Y por otro más, desde mi punto de vista nada desdeñable: el conocimiento científico que se tenga de ella.

Es cierto que en el momento actual, los estudios de Política criminal en España son mercedores de gran interés, sobre todo por Penalistas, que reconocen un espacio propio dentro de las disciplinas relacionadas con el fenómeno criminal, a la labor de reflexión sobre la ciencia y el arte de prevenir y reprimir la delincuencia. Pero, desgraciadamente, como se ha puesto de manifiesto por TAMARIT⁹, “los responsables de adoptar decisiones de tipo político-criminal acostumbran a desoir las opiniones expertas y a despreciar el conocimiento científico... Las causas de esta lamentable situación pueden entenderse fácilmente a poco que se perciba que el impulso real de la política criminal tiene que ver fundamentalmente con el *establishment* político-mediático, en el seno del cual se producen y alimentan políticas de gestos que atienden meramente a la dimensión simbólica del Derecho Penal, con objetivos a muy corto plazo. A modo de actores secundarios, ejercen un rol cada vez más destacado grupos sociales, como ciertas agrupaciones de víctimas o asociaciones feministas, entre otras, que impulsan dinámicas generadoras de una mayor intervención punitiva.”

En esta misma línea, se ha manifestado la Comisión de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de las Islas Baleares, que, en un completo Informe sobre la evolución y tendencia de la Política Criminal en España, ha realizado un serio estudio del vigente modelo de Política Criminal; y como propuesta de futuro, plantea la necesidad de recuperar un discurso político criminal de corte académico, racional y científico, desde el que iniciar una revisión crítica de nuestro sistema penal y penitenciario.

8. Con el concepto de “derecho penal del enemigo” se quiere indicar un derecho penal no tanto del “hecho culpable” como del “autor peligroso”; un Derecho orientado a la peligrosidad en vez de a la culpabilidad; no a la retribución proporcional sino a la neutralización. Cfr. al respecto, MANTOVANI, “El Derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, el enemigo del Derecho penal y el amigo del Derecho penal”, Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, 2008, T.I, págs. 423 y ss.

9. “Política criminal con bases empíricas en España”, en Polít. Crim. N° 3, 2007 (<http://www.pliticacriminal.cl>).

II. Dentro de este conjunto de medios y principios conforme a los cuales debe el Estado organizar la lucha contra la criminalidad, no cabe duda de que la legislación procesal ocupa un lugar tan preponderante como el mismo Derecho Penal sustantivo. Y es que, como ya ha advertido el nuevo miembro de la Academia, el Derecho Penal es un derecho de aplicación judicial, que requiere inexcusablemente para su realización práctica del proceso penal. Por tanto, el Derecho procesal penal es también un instrumento de la Política criminal, fuertemente imbuído por las decisiones que se adopten.

Y así como la legislación penal sustantiva ha alcanzado en los últimos años un nivel de coherencia técnica y sistemática aceptable, no ha ocurrido lo mismo con la legislación procesal, que parece no tener solución, a la vista de los múltiples intentos (todos fracasados) de creación de un Código procesal penal unitario y sistemático. Los agentes implicados en su aplicación (abogados, jueces, personal judicial, policía, etc.) cuentan con unas normas sectoriales y fraccionadas que poco tienen que ver con el modelo de Código que desde 1882 sigue teóricamente en vigor. Un modelo que, surgido en pleno auge de ideología liberal, resultó impecable y muy avanzado para la represión del delito en una sociedad decimonónica; pero que siglo y medio después necesita de una revisión radical. Ni la sociedad actual es la de finales del siglo XIX a la que iba dirigida, ni la criminalidad tiene mucho en común con la de entonces, ni los mecanismos de represión pueden ser los de hace siglo y medio.

Además, el hito histórico que supuso la Constitución Española de 1978 marcó el devenir legislativo en nuestro país. En el plano del proceso penal, la implantación de una serie de garantías elevadas a rango de derechos fundamentales, junto con la activa participación de España en un Derecho internacional globalizado y en especial, en el Derecho Comunitario, exigía una urgente atención por parte de los Poderes Públicos en orden a elaborar un Código procesal penal coherente con el nuevo orden social y jurídico.

Pero no ha sido así. El esfuerzo que se requiere por parte de esos agentes públicos implicados en la actuación de una eficaz y moderna Política criminal, no ha pasado de ser un conato, un intento que no ha culminado con éxito.

¿A qué se debe este estrepitoso fracaso legislativo en materia procesal penal?

Se podría apelar a diversos factores, todos ellos muy atendibles. Pero, sin duda, el factor fundamental es la falta de interés público en la justicia penal. Verdaderamente se aprecia un gran desinterés por parte

de los dirigentes políticos y sociales en un mejor desarrollo de la función jurisdiccional; una pequeñez de miras por no ir a la raíz de los problemas, lo que trae como consecuencia –dice De La Oliva¹⁰– sustituir una y otra vez los verdaderos remedios por falsas soluciones de cortísimo alcance, cuando no inmediatamente contraproducentes.

Junto a esta falta de interés público en la Justicia penal, se da un segundo factor de no menor importancia: la ausencia de un modelo de proceso penal adaptado al siglo XXI. No hay modelo normativo. Al modelo propuesto por el Legislador de 1882 (modelo que, recuérdese, está en vigor porque no ha sido derogado por otro Código posterior), se superpone el cada día más aceptado (sin la suficiente reflexión y debate) modelo anglosajón, que propugna alternativas a la persecución penal, la justicia negociada y la justicia restaurativa.

Las continuas y exasperantes reformas parciales procesales sólo han sido unos parches para tapar agujeros que han hecho de la legislación procesal un laberinto inconexo y sin salida. El aplicador el Derecho Procesal penal se encuentra con una maraña interminable de normas, surgidas del arrastre histórico y formadas por aluvión, que son de difícil aplicación sistemática. Y el asidero con que cuenta, a falta de sistema legal coherente, es la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al resolver los recursos y cuestiones que se les plantean. Pero estos asideros, amén de cambiantes, son de muy larga respuesta. A nadie se le escapa que tales decisiones son tan tardías que resultan muchas veces ineficaces.

Pero es que, además, no es misión de la Jurisprudencia elaborar normas de carácter general (eso corresponde al Legislador), sino aplicar la ley al caso concreto que se le plantea. Y si no se cuenta con una ley apropiada y clara, su aplicación ha de ser por fuerza dificultosa. Ante este panorama, lo que está haciendo el Tribunal Supremo en muchas ocasiones, sin duda con buena intención, pero sin duda también con una absoluta falta de legitimación, es convertirse en Legislador, por el cómodo mecanismo de adoptar los denominados Acuerdos normativos no jurisdiccionales, que aspiran (y consiguen) convertirse en verdaderas normas positivas. Y no sólo eso, sino que en su afán de legislar y también por este procedimiento, “acordar” que sus acuerdos tienen un carácter vinculante (Acuerdo de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006).

10. “Jueces imparciales, Fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja Justicia penal”, Barcelona, 1988, pág. 48.

III. Veamos, a continuación cuál es el modelo procesal de la Ley vigente y qué tipos de reformas ha sufrido ese modelo.

El proceso penal instaurado por la Ley de 1882 respondía –como he dicho– a un modelo de corte liberal y progresista, uno de los más adelantados de los Códigos de procedimiento criminal en el continente europeo. Un proceso penal de instancia única, oral y público, con intervención del procesado en la diligencias del sumario, y dividido en dos fases: sumario y juicio oral, encomendadas a órganos jurisdiccionales distintos, para evitar el pre-juicio que supone que el órgano que enjuicia sea el mismo que ha instruido la causa (un Juez, por tanto, contaminado por la instrucción que él mismo ha llevado cabo).

La primera reforma de calado fue la introducida por la Ley 3/1967, de 8 de abril, que vino a quebrar el sistema anterior, y atribuir, para los procesos por delitos menos graves, el conocimiento y juicio oral al mismo Juez que había instruido la causa. Con esta “feliz” idea, el moderno sistema de enjuiciar retrocede a más de ochenta años, se aleja del sistema acusatorio-formal que implantó la Ley de 1882, y se rompe la exigencia de imparcialidad del Juzgador. Y todo ello sin más justificación en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1967 que la rapidez en la tramitación y decisión de las causas, motivada por un considerable aumento de la delincuencia y un creciente número de causas criminales.

En este tremendo error incidió unos años después (y para reforzarlo) la LO 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, ya que el problema de los atascos en los Juzgados no se había solucionado con la reforma anterior. Pero, obsérvese que en esta época (1980) ya la Constitución Española había proclamado determinados derechos fundamentales y garantías del justiciable que chocaban frontalmente con aquellos denominados procesos “de urgencia” que abarcaban buena parte de las causas penales. La consecuencia fue que en 1987, dos Juzgados de Instrucción (por cierto, uno de ellos, el nº 2 de Palma de Mallorca) plantearon ante el Tribunal Constitucional sendas cuestiones de inconstitucionalidad de diversos preceptos introducidos por aquellas leyes. La respuesta del TC no se hizo esperar y el 12 de julio de 1988, el Pleno dictó la Sentencia nº 145/1988, en la que se declaró inconstitucional el art. 2, párr.2º, de la Ley 10/1980, por vulnerar el derecho al Juez imparcial que reconoce el art. 24 CE. La confusión en un mismo órgano entre las funciones instructora y juzgadora, dice el Tribunal Constitucional, origina prejuicios que violan el principio constitucional del Juez no prevenido.

A partir de ese momento, y a la espera de una urgentísima reforma legislativa, los Juzgados se encontraron en una situación extremadamente difícil, al no poder celebrar los juicios por haber instruido ellos mismos la causa. En ese tiempo de confusión, quedaron muchos miles de procesos penales –se dice que cien mil, aproximadamente– en suspenso, a la espera de una solución legal.

La solución vino con la precipitada Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que reformó una vez más la Ley de Enjuiciamiento criminal y la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta Ley, al tiempo que creaba un nuevo proceso, el Abreviado, que sustituía los anteriores de urgencia, creaba unos Juzgados, los Juzgados de lo Penal, encargados de conocer del juicio oral de aquellas causas por delitos menos graves que habían sido instruidos por un Juez de Instrucción.

No es éste el momento de analizar la profunda transformación que se operó en el modo de proceder. Sólo destacaré que a partir de ese momento –intentando superar el error legislativo anterior de enorme transcendencia– el proceso penal español quedó esquizoidemente fracturado en dos tipos, con dos modelos de enjuiciamiento diversos: a) el procedimiento para enjuiciar delitos graves (que seguía el modelo propuesto por el Legislador de 1882); b) el proceso para enjuiciar delitos menos graves (delitos castigados con pena de privación de libertad de hasta 9 años), que, por la vía de la reforma de unos preceptos de la LECrim., los que se refieren al procedimiento abreviado, introduce en el sistema de enjuiciamiento español vigente un nuevo modelo a imitación del angloamericano que: a) atribuye mayores poderes al Ministerio Fiscal; b) potencia ampliamente el principio del “consenso” entre agresor y víctima; c) refuerza las medidas de protección a las víctimas.

Conviven, así, hasta el momento presente no solamente dos procesos penales distintos, sino también dos modelos de enjuiciamiento diversos.

Es verdad que más de cien años después de la promulgación de la LECrim de 1882, y sobre todo, tras la transformación del Estado español de un Estado autoritario a un Estado democrático de Derecho, se hacía necesario un nuevo Código procesal penal. Es verdad que la Política criminal estaba influenciada por unos factores sociales, dogmáticos y prácticos muy distintos; por lo que hubiese sido ése el momento apropiado para elaborar –con reflexión y técnica jurídica– un nuevo Código procesal penal.

¿Por qué no se hizo?

A partir de este momento, en los últimos 30 años se han producido reformas de la vieja Ley constantes e ininterrumpidas, unas, para adaptar

nuestra legislación a las exigencias internacionales y sobre todo a las diversas Directivas de la Unión Europea, relativas al fortalecimiento de las garantías procesales, al apoyo y protección de las víctimas del delito, y a la agilización de la justicia penal; pero otras reformas han ido dirigidas a afianzar ese nuevo modelo de enjuiciar *more* americano, que no responde ni a nuestra tradición ni a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con rigor científico y mucha prudencia, el nuevo Académico ha hecho mención a tres mecanismos procesales que en ámbito de la justicia penal en materia de violencia de género denotan la decisión de política criminal que se pretende llevar a cabo: el principio de oportunidad *versus* principio de necesidad, facultando al Ministerio Fiscal a adoptar diversas actuaciones que en principio corresponden al Juez de la Instrucción; la conformidad del encausado; y un tercer mecanismo, específico de los delitos de violencia de género, que hace referencia a la adopción de una excepcional tutela cautelar.

Con más brevedad y menos prudencia, voy a referirme a esos mecanismos distorsionantes de nuestro modelo procesal en vigor, mientras que otro Código nuevo no sustituya al vigente.

Entiéndaseme bien, no es que me empecine en no cambiar de modelo de enjuiciar. Claro que se puede cambiar el modelo y sustituirlo por otro que se considere más apropiado para la efectividad de la gestión procesal penal. Lo que critico fuertemente es que la necesaria reforma no venga de un nuevo Código adecuado a las exigencias del Siglo XXI, sino de continuos parches “oportunistas” (en el sentido técnico de “oportunidad”) incrustados en una legislación que parte sin ambages del principio de legalidad y de oficialidad.

Repito, se puede cambiar el modelo de enjuiciamiento, y entender que debe regir el principio de oportunidad, de consenso, y un modelo de instrucción distinto. Pero con reflexión y criterio. Como recientemente ha advertido el actual Presidente de la *Sección de Derecho Procesal, de la Comisión General de Codificación*, el Profesor Gómez Colomer¹¹, la decisión política de optar por un modelo de enjuiciamiento penal adversarial no ha sido justificada ni explicada desde el poder político, ni se ha escuchado a la sociedad, que no parece exigir tal modelo. Los ciudadanos –que no entienden de tecnicismos– lo que quieren es una justicia penal rápida, segura y predecible, igual para todos y justa. Y ésta es la exigencia que la Política criminal procesal debería captar. El problema es cuando los técnicos optan por un sistema (el adversarial americano) que está mostrando muchas deficiencias, y que supone un cambio radical en nuestro sistema.

11. “El proceso penal de la confusión”, cit., pág. 1453.

La causa de este desbarajuste actual es la falta de una Política criminal que se considere cuestión de Estado, no de un Gobierno, ni mucho menos de un partido político.

Con este disparatado sistema legal, con la constatada falta de interés público en la persecución criminal, con la tradicional infradotación de medios materiales y personales en la Administración de Justicia¹², con el debilitamiento de los principios básicos del proceso penal, con el desajuste entre las tradiciones propias y la intención de implantar el modelo anglosajón, no es difícil advertir la gran confusión en la estructura dogmática y la aplicación práctica del actual proceso penal español. Como afirma Gómez Colomer¹³, no es ya que la Justicia penal se esté privatizando (que sí), es que el proceso penal se está transformando en un centro público de recaudación para reparar a las víctimas.

a) El primer mecanismo distorsionante afecta al papel del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción.

En nuestro sistema procesal, la fase de instrucción no es administrativa, sino judicial, porque así se defiende en el modelo previsto en la Ley vigente. Sin embargo, con las sucesivas reformas, ese modelo de instrucción judicial se viene sustituyendo por la instrucción del Fiscal, con la excusa de que las medidas que le autoriza el art. 5 de su Estatuto Orgánico y el art. 773 de la LECrim. no se consideran propias de la fase de instrucción de la causa, sino unas medidas que corresponden a una fase preliminar del proceso, una fase prejudicial (administrativa) sin intervención del órgano judicial.

Pero obsérvese la importancia de tales medidas que adopta el Fiscal: archivar denuncias, ordenar diligencias de investigación, ordenar la detención preventiva, tomar declaración al sospechoso y hacer comparecer ante sí a cualquier persona para tomarle declaración; decretar el archivo de las actuaciones si cree que el hecho no es constitutivo de delito.

Y obsérvese también que todas estas diligencias que lleva a cabo el Fiscal “gozarán de presunción de veracidad”, por expresa disposición legal; y

12. Al respecto, De la Oliva Santos, en su obra de imprescindible lectura para la comprensión de nuestra Justicia, “Jueces imparciales, Fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal”, Barcelona, 1988, pág. 50, dice “La raíz de la crisis presente estriba, pues, a mi entender en algo tan simple y elemental como esto: *muy pocos jueces para demasiados delitos...* Si los poderes públicos no se tomasen en serio la continua escalada de la delincuencia y el corto número de servidores de la Justicia, de poco o de nada servirían los caminos procesales, aunque fuesen meditados y prudentes”.

13. “El proceso penal de la confusión”, cit., pág. 1466.

que esta fase podrá tener una duración de hasta seis meses prorrogables hasta doce si así lo acuerda el Fiscal General del Estado. El Fiscal General del Estado impartirá cuantas órdenes e instrucciones estime convenientes respecto a la actuación del Fiscal en este procedimiento.

Ésta es la realidad en estos momentos; un sistema legal basado en la instrucción judicial, pero *de facto* encomendada al Ministerio Fiscal.

Se puede legítimamente pensar que el Juez de Instrucción no es el órgano idóneo para responsabilizarlo de la instrucción penal; que la búsqueda de los hechos y de las fuentes de prueba es una tarea conceptualmente ajena a la función judicial; que se debe superar el modelo que ha regido en nuestro país históricamente¹⁴. Claro que sí; y posiblemente sea conveniente que así sea. Pero es necesario, a mi juicio, un cambio estructural radicalmente distinto. No basta con unos preceptos reformados aprisa y corriendo. Necesita una reflexión profunda y un debate serio.

Y la primera reflexión y debate ha de ir por fuerza dirigido a la cuestionada imparcialidad del Ministerio Fiscal si se quiere que instruya él el sumario. Ante esta capital cuestión, me limitaré a reproducir –por resumir– la opinión de dos “pesos pesados” de la Justicia, expertos en la materia.

Por una parte, Moscoso del Prado y Muñoz¹⁵, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1987, que presentó ante el Rey en el solemne acto de apertura judicial, defendió la necesidad de atribuir al Ministerio Fiscal la investigación penal, dado que –decía– en un mundo globalizado como el actual se debe confiar la investigación a una autoridad que tenga competencia en todo el territorio nacional y facilidad para incorporar al trabajo investigador a los mejores especialistas nacionales o internacionales. Y añadía lo siguiente: “Me consta que se objeta en contra ... la vincualación del Fiscal con el ejecutivo, como si de un Gobierno democrático y responsable se debiera sospechar su permanente inclinación a la ilegalidad. A quienes así razonan conviene recordarles que el Fiscal tiene un mandato constitucional de legalidad y de imparcialidad y que no cabe suponer el posible incumplimiento de sus obligaciones constitucionales como argumento optativo a su propio funcionamiento constitucional”.

14. Véase el interesante trabajo de MORENO CATENA, “El papel del Fiscal en la investigación de los delitos”, en Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI, cit., págs. 985 a 1001.

15. “El procedimiento acusatorio: más de cien años de espera”, en Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI, cit., págs. 1021 a 1030.

Por otra parte, veinte años después, el entonces Fiscal del Tribunal Supremo, Manuel Marchena Gómez, decía¹⁶: “No son tiempos fáciles para el Ministerio Fiscal. Y para ser sinceros, no lo han sido desde el momento en que el poder político descubrió, hace ya mucho tiempo, el indudable papel que el Fiscal General del Estado puede llegar a desempeñar en el día a día del ejercicio de la política. En un país como el nuestro, que se alimenta de tertulias mal digeridas e informaciones no siempre próximas al deseable rigor técnico, una investigación impulsada por el Fiscal General, o, al contrario, un proceso penal ralentizado por su intervención, pueden proporcionar al Gobierno el oxígeno necesario para multiplicar o neutralizar los efectos de un determinado acontecimiento cuyo alcance jurídico se ventila en los Tribunales”. “¿Es defendible un modelo en el que la estructura vertical del Ministerio Fiscal esté dirigida, controlada y diseñada, hasta en aspectos más irrelevantes, por el Fiscal General del Estado?”¹⁷.

Recientemente, Gómez Colomer¹⁸ ha concluido: “Cambiar la titularidad del órgano instructor es una decisión política muy poco meditada... Con el actual sistema de nombramiento en España del Fiscal General, éste no es ni independiente, ni objetivo, ni autónomo. Y este Fiscal no interesa como modelo. Únicamente un Fiscal alejado del Gobierno, nombrado por el Parlamento y con pleno respeto a su autonomía funcional, garantizaría la viabilidad de esta opción en nuestro país. Me parece que esto es lo más democrático. Lo demás es confundir”.

Creo que con lo dicho basta para calibrar la dimensión del problema y la necesaria reflexión.

b) El segundo mecanismo distorsionante, ya lo he avanzado anteriormente, y ha sido analizado por el nuevo Académico. Me refiero a la progresiva debilitación del principio de legalidad imperante sin ambages tanto en la Constitución como en la Ley procesal, para ser sustituido –bien que “de rondón”– por el principio de oportunidad, *more americano*. Lo esbozo solamente, para no alargar más esta intervención.

El sistema de persecución penal en nuestro ordenamiento responde a la idea tradicional de que a todo hecho delictivo sigue inexorablemente la

16. “¿Un Fiscal General independiente? Apuntes críticos a la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”, en Derecho y Justicia penal del Siglo XXI, cit., pág. 936.

17. Op. cit., pág. 946.

18. “El proceso penal de la confusión”, cit., pág. 1454.

puesta en marcha de la maquinaria judicial hasta su resolución, con la más estricta aplicación de la ley vigente. El Ministerio Fiscal debe impulsar el procedimiento y acusar siempre que se encuentre ante un hecho delictivo; con la única excepción de los delitos privados y de los denominados semipúblicos, que exigen denuncia de parte.

Pues bien, con las últimas reformas legales apuntadas, la “necesidad” de persecución penal está dejando gran margen a la “disponibilidad” de las partes (de las privadas y también del Ministerio Fiscal que es una parte pública) para perseguir el delito. Se tiende a un sistema de enjuiciar dispositivo o no necesario, con grave merma, a mi juicio, de las garantías procesales. Las últimas reformas procesales evidencian la progresiva privatización del proceso :

– Se amplía el catálogo de delitos semipúblicos (aquellos cuya persecución se hace depender de la previa denuncia del ofendido);

– Se prevé que en la persecución de los delitos leves (antiguas faltas) quede sobreesido el proceso cuando lo solicite el Ministerio Fiscal (que no se olvide, es parte en el proceso) si el delito es de escasa gravedad, o no existe un interés público relevante en su persecución.

– Se potencia el acuerdo o consenso entre las partes (agresor y víctima). Y se potencia con las oportunas reformas legales y con las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado: la Instrucción de 22 de junio de 2009, aconseja decididamente “potenciar la conformidad del acusado antes de llegar a juicio... con la contrapartida de una modificación a la baja de la pretensión punitiva...”.

– Se aboga por la conveniencia de introducir la mediación en el ámbito penal, de modo que se impulsen “proyectos piloto para la resolución alternativa de conflictos penales”. Se argumenta¹⁹ que la mediación, como mecanismo de la denominada “Justicia restaurativa” presenta ventajas muy notables: descongestión de la justicia, mayor acercamiento del conflicto a la víctima, se evita la estigmatización del proceso, contribuye a la resocialización y educación del infractor enseñándole a ser responsable de sus actos... y cumple también una función pacificadora al atender tanto a los intereses del agresor como de la víctima.

19. MARÍN RÍOS, “Víctima y Justicia Penal”, Barcelona, 2012, págs. 405-406. También en este sentido, LEAL MEDINA, “¿Tiene futuro la mediación penal de adultos?”, en Diario La Ley n° 8397, de 13 de octubre de 2014.

Sin embargo, a pesar de estas pretendidas y un tanto ingenuas ventajas, la mediación es un mecanismo de resolución de conflictos que choca frontalmente con el principio de legalidad y de necesidad del proceso penal, y que es ajeno totalmente al sistema de enjuiciar español. Legalmente, se ha introducido en la Ley de responsabilidad penal del menor de 12 de enero de 2000, y recientemente está recogido en el art. 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima.

No creo estar equivocada si concluyo observando cómo se tiene firme decisión política de optar por un modelo de enjuiciamiento penal adversarial, un sistema basado en la confrontación activa y agresiva de acusador y defensor, en el que el Juez –cuando actúa– ocupa un posición totalmente pasiva. Un modelo que no tiene tradición en nuestro ordenamiento y que empieza a ser cuestionado en los países en los que está implantado.

4. CONFERENCIA DE DON CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ

SOLIDARIDAD Y RESPONSABILIDAD: DERECHOS Y OBLIGACIONES¹

Carlos Gómez Martínez

El título de mi intervención *Solidaridad y responsabilidad: derechos y obligaciones*, remite inmediatamente a la ley puesto que en un Estado de derecho es la ley la que crea derechos y obligaciones y establece la responsabilidad por el incumplimiento de estas. Por tanto, de lo que hablaré es de la relación entre la solidaridad y la ley.

De los tres principios que integran la divisa de la revolución francesa, Libertad, Igualdad y Fraternidad, este último es el que ha ofrecido más resistencia a ser sometido a la ley, a ser “juridificado”, si me permiten la utilización de este término un tanto cacofónico y quizás no permitido por la RAE, pero expresivo de lo que se quiere decir: la sumisión a las reglas jurídicas de un determinado tema o cuestión.

En una visión general y forzosamente simplificadora, puede sostenerse que el siglo XIX fue el de la juridificación de la libertad, con las primeras constituciones liberales y la creación del Estado de derecho, y que el siglo XX fue el de la igualdad, con el desarrollo del Estado de bienestar tras las dos conflagraciones mundiales. La consecuencia de esta evolución es que hoy vivimos en un Estado social y democrático de derecho (artículo 1 de la Constitución).

En cambio, la fraternidad, cuya integración en un marco conceptual estructurado siempre fue difícil para los juristas y filósofos, desapareció del panorama y del programa legislativo.

La pregunta que nos haremos en esta exposición es si se puede sostener la tesis de que la fraternidad, en forma de solidaridad, ha reaparecido ya en el

1. En este texto se basó la intervención del autor en el diálogo con Danilo Martuccelli que tuvo lugar el 19 de febrero de 2019 en el Palau Macaya de Barcelona, dentro del ciclo “Solidaridad en diversidad”, dirigido por el CIDOB y organizado por la Obra Social de “la Caixa”. Un texto más completo que el presente se halla pendiente de publicación en la RJIB número 17.

siglo XXI para ocupar un lugar en el espacio público con pretensiones regulativas en sociedades ahora caracterizadas por el pluralismo cultural; si eso es posible y si puede tener o no un efecto positivo en la renovación del pacto de convivencia con inclusión de personas que no comparten la cultura homogénea que durante los siglos pasados constituía la argamasa que unía a la ciudadanía de los países occidentales y que era presupuesto sociológico de la ley creadora de los derechos y obligaciones y generadora de responsabilidad.

Como paso previo han de hacerse dos matizaciones. La primera es que el déficit de solidaridad que padecen nuestras sociedades fragmentadas y complejas, en palabras de Rosanvallon, *el daño a los fundamentos sociológicos y casi antropológicos del vivir juntos*, es anterior a la irrupción en las últimas décadas del pluralismo cultural, y es un fenómeno más amplio. Así, Hannah Arendt ya se refería a los hombres que “*viven en una separación desesperadamente solitaria o se ven comprimidos en una masa, porque [...] han perdido el mundo que había sido común a todos ellos*”, en lo que ella misma denominó una *solidaridad negativa*.

La segunda matización es que la ley se ha visto hoy desprovista de su antiguo prestigio debido a distintos factores como *la inflación de leyes, su volatilidad y su impotencia para aprehender un mundo decididamente demasiado complejo*, sin desdeñar la desconfianza hacia las instituciones, muchas veces incapaces de imponer el cumplimiento de la ley a los más poderosos, y la percepción de la ley como fruto de arreglos entre partidos o como cesión a los lobbies económicos. No puede ignorarse esta realidad, pero en la exposición se ha optado por “salvar a la ley” y por examinarla en su aspecto paradigmático de norma destinada a regular la convivencia entre las personas.

La solidaridad

Inmediatamente ha de precisarse, también, el concepto de solidaridad que se va utilizar. Nos referiremos a la solidaridad como aquello que nos impulsa a vivir juntos y nos mantiene unidos. Este significado de “solidaridad” tiene que ver con la etimología de la palabra. En efecto, solidaridad procede del latín “solidum”, solido, es decir, el estado de la materia en el que las partículas están más estrechamente unidas entre sí, frente a la mayor movilidad propia del estado líquido y la volatilidad característica de las moléculas de los gases.

Más allá de la física, la palabra “solidaridad” se usa en derecho civil para designar la responsabilidad indistinta de cada uno de los varios deudores respecto de una única obligación o el derecho, también indistinto, de cada

uno de los varios acreedores a reclamar su cumplimiento a cada uno de los varios deudores.

Es en este sentido, como aquello que nos mantiene unidos y permite la vida en común, en el que la solidaridad está estrechamente vinculada a la fraternidad, pues ambas tienen su modelo en las relaciones familiares, y ambas apelan, también, a un principio de realidad: los hermanos no se escogen, como tampoco se elige a los ciudadanos con los que se comparte un mismo espacio público y sin embargo, tanto en uno como en otro caso se establecen vínculos ineludibles.

Es en ese mismo sentido en el que decimos que la solidaridad se halla ausente de la ley, incluso de la Constitución que no la incluye entre los valores superiores del ordenamiento jurídico, entre los que sí enumera la libertad y la igualdad (artículo 1.1.) y, en cambio, en cierto modo, paradójicamente, la concibe como principio que ha de regir en las relaciones entre territorios (artículos 2, 4.2, 138.1, 156.1 y 158.2), como haciendo abstracción de las personas que los habitan.

La solidaridad tampoco aparece mencionada en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 y, en cambio, sí se recoge en la Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos de 1981, no como derecho sino como deber, al establecer su artículo 29.4 que todo individuo tendrá el deber de *preservar y reforzar la solidaridad nacional y social*.

Sin embargo, *lo que nos une*, la pertenencia a una comunidad, sí puede ser, parcialmente, objeto de regulación. Por ejemplo, en lo que se refiere a los símbolos, la lengua, el territorio. Así, resulta significativo que la Constitución francesa de 1791, en su título primero titulado *disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución* previese que: *Se establecerán las fiestas nacionales para conservar la memoria de la Revolución francesa, mantener la fraternidad entre ciudadanos y vincularlos a la Constitución, a la Patria y a las leyes*.

Nuestra constitución de Cádiz se refería al *amor a la patria* como una de las *principales obligaciones de los españoles* junto a la de *ser justos y benéficos* (artículo 6) y establecía que *la religión de la Nación Española es y será perpetuamente la católica, apostólica romana, única verdadera* (artículo 12). Por su parte, la constitución de 1931, como muestra de su vocación social, definía a España en su artículo 1 como una *república democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y Justicia*.

También nuestra actual constitución regula en sus primeros artículos lo relativo a la lengua, la bandera o la capital del estado (artículos 3, 4 y 5) aunque sin referencia alguna, como antes decíamos, a la solidaridad o fraternidad entre ciudadanos.

En términos generales puede adelantarse que, cuanto más identitaria sea la regulación de los símbolos constitutivos de la nación o de la comunidad en cuestión, mayor será el riesgo de sesgo cultural y, por tanto, mayor será la dificultad para que la ley sea vista como marco común a las distintas realidades culturales presentes en la sociedad.

El “patriotismo constitucional” divulgado por Habermas es el máximo exponente de la tendencia a la elusión de rasgos culturales o identitarios en la definición de la nación que estaría de este modo integrada por ciudadanos que hacen suyos los principios recogidos en la constitución, una adhesión que no sería meramente cognoscitiva sino, también, axiológica. Este modelo tiene, sin embargo, sus limitaciones puesto que *la idea de que el Estado debe desnudar a los individuos de sus filiaciones sociales e identidades particulares para conseguir que concuerden con un modelo abstracto de ciudadanía que el mismo Estado define para sus propias finalidades, está destinada a que contra ella se alce la fuerte objeción de que el Estado modela la ciudadanía sobre la base de la cultura dominante y de solo una parte de la sociedad*².

La segunda precisión que ha de hacerse a la hipótesis de la resistencia de la solidaridad a ser regulada por la ley es que ello no es obstáculo para que la idea compartida de vigencia de una ley común a la que han de sujetarse todos sí que sea un componente de solidaridad considerada como *conciencia conjunta de derechos y obligaciones*³. Ya veíamos antes que conseguir la vinculación de los ciudadanos a la ley es una de las finalidades que pretendía la constitución francesa de 1791 al referirse a los elementos definitorios de la nación y no podemos olvidar que la ley, el derecho, tiene, también, una función valorativa y promocional.

La ley

Por su parte, la ley, desde el derecho romano, se ha relacionado con la comunidad, con el pueblo, del que procede. Las normas jurídicas romanas, tanto la *lex*, como el plebiscito, como el senadoconsulto e incluso las

2. Graziadei, Michele, “The fault in our stars. Personal autonomy, philosophy and the law”, en *Personal Autonomy in Plural Societies. A principle and its paradoxes*. Ed Routledge 2018, pág. 31.

3. De Lucas, ob. cit., p. 91.

constituciones imperiales, buscaban su legitimidad, de uno u otro modo, de forma directa o indirecta, en su procedencia en el pueblo.

Si la ley tiene su origen en el pueblo, en la comunidad, en el grupo, y si la solidaridad es *la vinculación moral del individuo con su grupo*⁴ habremos de concluir que la solidaridad, en cuanto cohesiona el grupo hace posible, tanto la creación de la ley, como su cumplimiento. La ley como creadora de derechos y obligaciones contribuye a la solidaridad en un proceso de permanente retroalimentación pero partiendo tradicionalmente de un conjunto de personas culturalmente homogéneo, del que la ley procede y al que la ley se dirige, del que emanaría la *voluntad general* en el Estado liberal, o el *Volksgeist* o *espíritu del pueblo* en la concepción romántica del Estado.

En una perspectiva antropológica se llega así a una especie de callejón sin salida para la ley en sociedades como la nuestra que son culturalmente diversas, en el sentido de que resulta difícil encontrar un único *pueblo, grupo* o *comunidad* que pueda ser identificado como fuente material sociológica única o principal de la ley. En efecto, en las sociedades culturalmente plurales falta la base demográfica homogénea que permite tanto el nacimiento de la ley como su cumplimiento no coercitivo, indispensable para la convivencia -ya que la ley solo puede imponerse a la fuerza como excepción, no como regla general.

Para salir de este impasse se propone una indagación en el concepto de ley más allá de la Ilustración siguiendo en este extremo las recomendaciones de Ricoeur y de Steiner.

Pues bien, en esta indagación al encuentro de los inicios y reinicios de Europa me gustaría hacer dos paradas en la concepción de la ley, anteriores a la Revolución francesa, en cierto modo enmascaradas por el espíritu de la Ilustración pero que, al mismo tiempo, la atraviesan, y que pueden resultarnos también útiles en la actualidad para el tema que nos ocupa, la relación entre la solidaridad y la ley.

La ley y los derechos fundamentales

La primera parada la hacemos en el concepto de derecho común, vigente en toda Europa antes de la codificación y que todavía se halla vigente en los países de *common law*.

4. De Lucas, Javier. "El concepto de solidaridad". Distribuciones Fontamara, México 1993, p. 73.

De las características de los sistemas de *common law* resaltamos aquí la profunda convicción de que lo jurídico precede a lo político, lo que se concreta en la expresión *rule of law*, *imperio de la ley*, o *estado de derecho*. *Todos los juristas de common law comparten una representación implícita en la que el derecho precede a la política: tanto históricamente –la common law precedía a la invasión normanda– como genéticamente –el poder político debe respetar algunos derechos fundamentales como el due process of law (el derecho al proceso debido)*⁵.

Esta idea de que la ley, aunque sea expresión de la política, es deudora de un legado jurídico preexistente, hoy encarnado en los derechos fundamentales, se halla en la base del actual Estado constitucional de derecho en el que son esos derechos fundamentales, precisamente, los que se presentan como fuente de legitimación interna de las normas que integran el resto del ordenamiento jurídico y los que, por su carácter universal, se aplicarían a todas las personas residentes en un país con independencia de su pertenencia a una minoría cultural o no.

En el Estado Constitucional de Derecho, el ordenamiento jurídico se presenta así como un conjunto de leyes supeditadas a los derechos fundamentales, derechos en los que cristalizan valores preexistentes a la Constitución y, por supuesto, a la ley.

Por tanto, para determinar si la ley es válida para la regulación de aspectos importantes de la vida de personas que pertenecen a una pluralidad de culturas que comparten un mismo espacio público y jurídico, resulta pertinente la pregunta sobre el carácter universal o puramente occidental de tales derechos fundamentales, tema acerca del cual vale la pena hacer dos observaciones.

La primera es que, como recuerda Ferrajoli, la adhesión axiológica y social a estos derechos no afecta a sus fundamentos. Así, la Iglesia Católica se opuso a la libertad de conciencia, hasta el Concilio Vaticano II. Según el mismo autor *un referéndum realizado en tiempo de Beccaria sobre su libro “De los delitos y de las Penas” habría recibido el consenso del mismo Beccaria y algunas decenas de sus amigos. Tampoco hubiera tenido mayor éxito si hubiera sido sometida a votación la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. E incluso hoy, sería de temer un referéndum sobre las garantías penales y procesales*⁶.

5. Allard, Julie y Carapon, Antoine. “Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit”. Éditions du Seuil et la République des Idées, 2005. Págs. 45 y 56.

6. Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Ed Trotta, Madrid 2001, págs. 365 a 368.

La segunda precisión es que las críticas al universalismo de los derechos fundamentales se refieren en ocasiones más a su forma de presentación que a su contenido. Así, el premio Nobel Amartya Sen lo que rechaza es la concepción de los derechos fundamentales como producto occidental y recuerda la constitución relativamente liberal promulgada en el año 604 por el príncipe budista Shotoku, la influencia del pensamiento griego en el mundo árabe, el ejemplo de la coexistencia de las tres religiones en la Andalucía medieval o el liberalismo del emperador mongol Akbar que estableció normas en India sobre la tolerancia religiosa en el mismo año en que Giordano Bruno era quemado como hereje por la Inquisición en el Campo dei Fiori⁷.

De este viaje al *common law* extraemos la conclusión de que la ley solo puede entenderse hoy con base en una doble legitimidad: la democrática, derivada de ser producto de la voluntad general representada en la cámara legislativa, y la axiológica, derivada de su necesaria concordancia con los derechos fundamentales que, a su vez, emanan de valores anteriores a la propia ley y que la limitan. El sometimiento de la ley a los derechos fundamentales no ha sido un camino fácil y se ha consolidado en Europa después de las devastadoras experiencias de los regímenes nazi y soviético, que demostraron que las normas sin fundamento en los derechos humanos son barbarie.

Pues bien, el primer resultado de esta indagación histórica en la idea de ley es que la necesaria vinculación de esta a los derechos fundamentales la libera del puro seguidismo a la voluntad general, voluntad del pueblo o *Volksgeist*, y la hace más abierta a la diversidad cuanto más se presenten los derechos humanos en su dimensión universal y no como mero producto de la cultura occidental.

La ley como delimitadora del espacio de participación ciudadana

La segunda parada en la concepción de la ley previa a la Revolución francesa que se propone se remonta a un pasado aún anterior: Grecia.

Hannah Arendt recuerda que *los griegos, a diferencia de los posteriores desarrollos, no contaban a la legislación entre las actividades políticas. A su juicio el jurista era como el constructor de la muralla de la ciudad, alguien que debía realizar y acabar su trabajo para que comenzara la actividad política. De ahí que fuera tratado como cualquier otro artesano o arquitecto y que pudiera traerse de fuera y encargarle el trabajo sin tener que ser ciudadano, mientras que el derecho a politeuesthai, a comprometerse en*

7. Sen Amartya. "La démocratie des autres. Pourquoi la liberté n'est pas une invention de l'occident". Ed. Manuels Payot, Paris 2005.

*las numerosas actividades que finalmente continuaban en la polis, estaba exclusivamente destinado a los ciudadanos*⁸.

Fue después Roma la que colocó al derecho en el centro de la *civitas*, sucesora de la *polis*. El derecho traspasó las murallas de la ciudad y penetró en el interior de ésta a través de las vías públicas, el Cardo y el Decumano, hasta el espacio público del foro en el que ocupaba un lugar vertebrador de la convivencia social.

Sobre esta idea romana de la ley se posó la concepción de la Revolución Francesa de la ley como expresión de la voluntad general y se generalizó el valor político de la legislación, que fue, a partir de entonces, el resultado de votaciones en la asamblea de representantes del pueblo de modo que hoy, como dice Habermas, el proceso democrático debe su fuerza generativa de legitimación a *la participación política igualitaria de los ciudadanos, que garantiza que los destinatarios de las leyes puedan también entenderse a sí mismos al mismo tiempo como los autores de esas leyes*⁹.

Si, obviando estos precedentes, retomamos el concepto griego de ley como las murallas ideales que enmarcan la vida de la ciudad, se puede considerar que es función de la ley la de delimitar un perímetro de ciudadanía y provocar un efecto llamada a ingresar en él a quienes cumplan las obligaciones que la misma ley establece. No se trata de acceder al paraíso en el que ya se habrían cumplido las promesas que albergan las leyes, se trata más bien de acceder a un espacio en el que se puede participar en la conquista de derechos que no se han conseguido en muchos casos ni para los ciudadanos privilegiados de occidente que se unen así a los que han llegado procedentes de otras culturas en el camino de la materialización de tales derechos.

Los ordenamientos jurídicos fundados en los derechos humanos guardan promesas. Pero la realización de estas depende de la obstinación de los ciudadanos en un camino que han de compartir todos, y será al recorrerlo cuando se creen los vínculos de solidaridad. Así habrá actuado la ley como favorecedora de la solidaridad que pueda crearse en esa acción conjunta llevada a cabo por personas de culturas viejas y de culturas nuevas, de diferentes credos y etnias. Será la necesidad de superar las dificultades conjuntamente la que forje solidaridad, será esta la que cree cohesión social y será la cohesión social la que a su vez genere la ley, con posibilidad de ampliar el marco en un círculo virtuoso de inclusión.

8. Arendt, Hannah. "La condición humana". Ed Paidós, Barcelona 2005, pág. 221.

9. Habermas, Jürgen. "Entre naturalismo y religión". Ed. Paidós, Barcelona 2006, pág 128.

Volvemos así a la primera idea con la que se iniciaba esta reflexión: La ley garantiza la libertad imponiendo el respeto en ciertos ámbitos en los que no cabe intromisión ni del poder ni de las instituciones ni de los particulares; la ley establece mecanismos para crear las condiciones de igualdad y los poderes públicos tienen obligación de remover los obstáculos que la impidan en cumplimiento del que se llama principio de efectividad que les impone el artículo 9.2 de la Constitución; y la ley puede, finalmente, favorecer la solidaridad mediante la inclusión de todos en la consecución de los objetivos que la propia ley y la Constitución señalan. La solidaridad surgirá de la acción compartida de los ciudadanos por la realización de esas promesas y, a diferencia de la Libertad e de la Igualdad, apela a todos y no directamente ni solamente a los poderes públicos.

La respuesta a la pregunta que nos hacíamos al principio puede ser, por tanto, positiva pero con matices: La solidaridad es y ha de seguir siendo un espacio en el que se encuentran las personas cara a cara, en una relación de cooperación informal no mediatizada ni por el poder ni siquiera por la ley, en un ámbito de experiencias compartidas y de construcción y reconocimiento dinámicos de las particularidades¹⁰, en el que rija no solo la tolerancia sino, también, el disfrute del contacto con otras culturas¹¹. Sin embargo, sí cabe que la ley delimite y defina ese marco en el que el encuentro sea posible.

Ese ha de ser el lugar preciso para la interacción entre ley y la solidaridad en el siglo XXI: la ley el continente, lo institucional, lo formal; la solidaridad el contenido, la profundidad, la vida.

10. Rossanvallon, Pierre, “Notre histoire intellectuelle et politique 1968-2018”. Editions du Seuil 2018, págs.. 362 y 403.

11. Neiman Susan, “Widerstand der Vernunft. Ein Manifest in postfaktischen Zeiten”, pág. 72. Señala la autora que ese disfrute de las otras culturas es la mejor defensa de la cultura propia.

5. ESTUDIOS EN EL 40º ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978, CORRINADOS POR DON MIQUEL MASOT MIQUEL

COMISIONES ACADÉMICAS DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO

ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

En el curso académico 2018/2019 pocas dudas se han tenido en las Comisiones de Derecho Público y de Derecho Privado—que vienen funcionando en el seno de nuestra Real Academia de Jurisprudencia y Legislación desde el 16 de febrero de 2009, en que se acordó su creación— sobre cuál debía ser el tema elegido para centrar en el mismo la labor investigadora. El cuarenta aniversario de nuestra Constitución suministraba a los Académicos, como a tantos otros operadores jurídicos, un material interesantísimo para estudiar, en primer término, la impronta, en algunos casos casi sísmica, que la misma supuso en las diversas ramas del Ordenamiento jurídico, para profundizar después en su adecuación a la realidad actual de nuestros días.

Aceptada por todos los Académicos la propuesta que se hizo en tal sentido, ocho de ellos han presentado estudios sobre temas concretos de su especialidad, destacando, de entrada, la variedad de las materias tratadas, aunque responden todas ellas al propósito de poner de relieve la importancia de la Constitución de 1978, por cuando suprimió un régimen dictatorial para crear, como se dice en su artículo 1º.1, un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; sin perjuicio de la crítica de algunos aspectos de la misma que pueden no coincidir con la realidad actual.

Pasando a exponer brevemente las materias tratadas, Joan Oliver Araujo se ocupa de los deberes constitucionales impuestos por el art. 30 de la misma, centrándose, en primer lugar, en el concepto de “deber constitucional” para pasar después a exponer dichos deberes, algunos de ellos ya tan olvidados como el servicio militar y la prestación social sustitutoria. Antonio Monserrat Quintana centra su estudio en un tema de gran interés como es la independencia del poder judicial, analizando los componentes

de la misma, que permiten hablar de independencia externa, que tiene su máxima expresión en la inamovilidad, y la independencia interna, que tiene su reflejo en la imparcialidad; termina su análisis haciendo referencia a la supuesta, por algunos, politización de la justicia y a la actual regulación del Consejo General del Poder Judicial. Tomás Mir de la Fuente analiza de manera exhaustiva -como en él es habitual- el juramento o promesa y toma de posesión del cargo, empezando por el de Jefe del Estado, exponiendo unos antecedentes históricos que se remontan al Derecho romano, al Derecho Canónico y al Derecho intermedio, y analizando después la actual regulación, sin dejar de mencionar las consecuencias que pueden producirse en caso de tomar posesión de los cargos públicos mediante fórmulas no coincidentes con las indicadas en la legislación aplicable.

Siguiendo con la exposición de los temas tratados, Carlos Gómez Martínez dedica su estudio a las garantías procesales impuestas por la Constitución, particularmente en su artículo 24 -unos de los “artículos estrella”, como dice-, al que también califica de “precepto ómnibus”; hace especial referencia a las “retellades a la reserva de jurisdicción” que se han producido merced a las nuevas funciones y competencias atribuidas a los Notarios, Registradores y Letrados de la Administración de Justicia, para finalizar tratando de las garantías introducidas en el marco de los procesos de consumo. Precisamente, Carlos Jiménez Gallego analiza la ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria, para tratar de determinar si alguna de las nuevas competencias atribuidas a los Notarios y Registradores pudiera ser contraria a los preceptos constitucionales, resultando de su detallado análisis que la mayoría de las mismas se adecuan a lo prevenido en la Constitución, con la excepción de la subasta notarial, en la que algunas decisiones a adoptar por el Notario pueden incardinarse dentro de lo que constituye “juzgar”.

Gabriel Garcías Planas estudia la incidencia de la Constitución en la legislación penal anterior a la misma, dando lugar a su reforma, parcial y urgente, por parte del Código Penal de 1983. Hace de entrada una interesante referencia histórica, para centrarse después en los preceptos del anterior Código Penal que eran de obligada reforma tras la aprobación del texto constitucional, creándose una nueva normativa penal, plasmada en la ley orgánica 8/1983 de 25 de junio, a la que se anticiparon diversos decretos leyes que despenalizaron conductas antes sancionadas penalmente (delitos ideológicos, adulterio y amancebamiento, etc...), aparte la desaparición del Tribunal de Orden Público y de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

¡Y last but not least -obligado era decirlo- se integran en el grupo de estudios dos de Derecho civil. Olga Cardona Guasch centra su estudio en

la siguiente pregunta: ¿Qué queda de la tradicional concepción unitaria del Derecho civil español tras la Constitución de 1978?. Contesta a la pregunta distribuyendo su análisis en tres vertientes, distinguiendo según se trate de Comunidades Autónomas que en 1978 tenía Compilación, que sin tenerla subsistía en ellas un Derecho consuetudinario no compilado o que no hubiere en ellas ninguno de los dos antedichos elementos, habiéndose producido, empero, en estas últimas la asunción estatutaria de muy diversas materias cuya regulación repercute, en mayor o menor medida, en el Derecho privado. Sólo en el primer caso –concluye– estamos ante un Derecho civil que constituye un sistema u ordenamiento jurídico comparable al Derecho civil del Estado, aunque de menor extensión. Por su parte, María Pilar Ferrer Vanrell estudia los pronunciamientos de la Constitución sobre la familia y la evolución que el concepto de la misma ha sufrido. Analiza los diversos aspectos en los que el artículo 39 engloba la protección de la familia y profundiza sobre cuál debe ser el concepto de “familia constitucional”, para lo cual tiene especialmente en cuenta los precedentes y el concepto de familia en los instrumentos internacionales; finalmente se centra en la actual consideración –a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional– del concepto de familia, concluyendo en que la estructura creadora de la familia está en continua y convulsa evolución social.

Indudablemente, estos ocho estudios, salidos de la pluma de nuestros Académicos, podrán hacernos meditar sobre la importancia histórica y actual que tuvo y tiene la Constitución de 1978, al haber creado un modelo de Estado de Derecho y un sistema de convivencia democrática que ha permitido una convivencia pacífica y próspera.

5.1. LOS DEBERES CONSTITUCIONALES. ESPECIAL REFERENCIA A LOS IMPUESTOS POR EL ARTÍCULO 30 DE LA CONSTITUCIÓN

Joan Oliver Araujo

SUMARIO: *I. La noción de “deber constitucional” y los principales deberes que consagra la Constitución Española de 1978. II. La constitucionalización del derecho-deber de defender a España.* 1. La naturaleza bifronte de la defensa de España. 2. Los titulares del derecho-deber de defender a España. 3. Alcance y significado de la expresión “defender a España”. *III. Las obligaciones militares de los españoles.* 1. El servicio militar obligatorio. 2. Las obligaciones derivadas de la movilización nacional. 3. La suspensión de las obligaciones militares. *IV. La prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio. V. El servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general. VI. Los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública. Bibliografía. Jurisprudencia.*

I. LA NOCIÓN DE “DEBER CONSTITUCIONAL” Y LOS PRINCIPALES DEBERES QUE CONSAGRA LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Aunque la Constitución Francesa de 1791 se olvidó de incluir cualquier referencia a los deberes de los ciudadanos, rápidamente se percibió el error de dicha omisión y fue corregido. De hecho, con esta excepción, todas las Constituciones de la primera hora liberal, tanto españolas como foráneas, ya recogieron, junto a la declaración de derechos y libertades, importantes referencias a los deberes, especialmente a los dos clásicos: el deber de defender la patria con las armas y el deber de contribuir económicamente al sostenimiento de los gastos públicos. Desde entonces, como afirma el profesor Alzaga Villaamil, el Derecho Constitucional “ha recorrido un largo camino en que la correlación entre derechos y deberes se ha ido estableciendo” de forma muy clara, subrayando progresivamente el carácter “imprescindible de estos últimos para que los primeros sean una realidad”. Es obvio, que *no hay derechos sin deberes*.

La Constitución Española de 1978 (CE) establece, junto a una amplísima declaración de derechos (que era —sin duda— su principal preocupación, tras cuatro décadas de gobierno autoritario), un conjunto de deberes y obligaciones exigibles a los ciudadanos (y, en ciertos casos, también a los extranjeros que residan entre nosotros) para con la sociedad o, en algunos supuestos, para con terceras personas concretas. Siguiendo el orden de los artículos del Texto Constitucional, recordamos los siguientes deberes:

El deber de conocer el castellano, “lengua española oficial del Estado” (art. 3.1 CE).

La deber de adquirir la enseñanza básica, que es gratuita (art. 27.4 CE).

El deber de defender a España (art. 30.1 CE).

El deber de cumplir las obligaciones militares fijadas por ley (art. 30.2 CE).

El deber de cumplir la prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio (art. 30.2 CE).

El deber de cumplir, en el supuesto de que fuera establecido, un servicio civil para fines de interés general (art. 30.3 CE).

Los deberes que imponga la ley en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública (art. 33.4 CE).

El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (at. 30.1 CE).

Los deberes conyugales (art. 33.2 CE).

El deber de trabajar (art. 35.1 CE).

El deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos que hubieran tenido dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda (39.3 CE).

Los deberes relativos a la protección de la salud pública (art. 43.2 CE).

El deber de conservar el medio ambiente (art. 45.1 CE).

Las obligaciones familiares en relación a los ciudadanos de la tercera edad (art. 50 CE).

El deber de comparecer ante el Congreso de los Diputados y el Senado cuando sean requeridos a hacerlo (art. 76.2 CE).

La obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales (art. 118 CE).

La obligación de prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso de los procesos y en la ejecución de lo resuelto (art. 118 CE).

Para llevar a cabo una primera aproximación a esta tabla de deberes y obligaciones consagrados en la Constitución de 1978, debemos referirnos a dos cuestiones: su enclave sistemático y su diferente nivel de obligatoriedad.

Por lo que se refiere al primer punto, esto es, *el lugar en que están situados los deberes dentro del Texto Constitucional*, hay que afirmar que, contra lo que el tenor literal del rótulo podría hacernos pensar, no todos los deberes están situados en la sección segunda, del capítulo segundo de su título primero —“De los derechos y *deberes* de los ciudadanos” (arts. 30 a 38)—, sino que, por el contrario, están dispersos a lo largo de todo el Texto Constitucional. En efecto, como subraya el profesor Torres del Moral, “ni todos los preceptos alusivos a deberes se encuentran en dicha sección, sino diseminados a lo largo del articulado constitucional, ni unos y otros presentan una estructura normativa adecuada y precisa”. Insistiendo en esta misma idea, el profesor Varela Díaz afirma que el enclave de estos preceptos en la Constitución de 1978 “no obedece a criterio alguno de naturaleza o eficacia jurídica de los distintos deberes que regulan. Más bien parece como si el único criterio seguido para la constitucionalización de tales deberes hubiera sido el de su dependencia o relación material hacia normas de diversa estructura jurídica. De ahí que, además de los deberes regulados junto a normas que se refieren a distintos tipos de derechos y libertades, nos encontremos con otros junto a normas en las que se fijan principios generales y con otros, incluso, junto a normas relativas a elementos concretos de la organización política”.

Por lo que se refiere al segundo punto, es decir, *el diferente nivel de obligatoriedad de los distintos deberes* consagrados constitucionalmente, hay que afirmar que —a nuestro juicio, aunque en la doctrina hay importantes debates sobre esta cuestión— no todos ellos obligan de igual manera. En efecto, en tanto que unos pueden considerarse meros deberes morales (v.g., el deber de trabajar), otros dan lugar a verdaderas obligaciones jurídicas, cuyo incumplimiento es fuertemente castigado por el ordenamiento jurídico (v.g., los deberes tributarios y los deberes militares); pudiendo situar un tercer

grupo de deberes a medio camino entre el simple mandato moral y el exigente deber jurídico (v.g., la obligación de conocer el castellano).

Refiriéndonos únicamente a los deberes constitucionales que superan el marco de la obligación moral, es decir, los propiamente jurídicos, vemos como la Constitución no prevé sanciones concretas ante su incumplimiento. Lo que ha llevado al profesor Fernández Segado y a otros autores a plantearse la cuestión del *grado de obligatoriedad* de los deberes constitucionales. Dicho con otras palabras, ¿generan, estos deberes, comportamientos exigibles a los ciudadanos o, por el contrario, demandan la mediación de una ley?

El profesor Varela Díaz, en un conocido y muy importante trabajo titulado “La idea de deber constitucional”, afirma que los preceptos constitucionales que consagran deberes no imponen propiamente obligaciones jurídicas a los particulares, puesto que no garantizan su cumplimiento con la correspondiente sanción; de manera que, por sí solos, no son suficientes para embridar una conducta contraria. Precisamente por ello, el catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela (¡tan tempranamente fallecido!) considera que los deberes constitucionales contienen mandatos dirigidos al legislador y no limitaciones a las conductas individuales. Dicho con otras palabras, no crean expectativas de conductas privadas, sino una expectativa de actuación de los poderes públicos. Con criterio análogo, el catedrático y magistrado del Tribunal Supremo Espín Templado cree que incluso sería posible hablar de una genérica reserva de ley en relación con los deberes que consagra la Constitución.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO-DEBER DE DEFENDER A ESPAÑA

La naturaleza bifronte de la defensa de España

El primer apartado del artículo 30 CE –que encabeza la referida sección segunda del capítulo segundo del título primero– afirma que: “Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España”. Se trata de una clásica contribución personal, que aparece impuesta en todas las Constituciones históricas españolas, empezando por la gaditana de 1812 (art. 9). Sin embargo, en las Constituciones del siglo XIX, la fórmula utilizada era sensiblemente distinta de la actual, pues en todas ellas se consagraba la obligación de “defender la patria con las armas”. En concreto, con respecto a dicha fórmula tradicional, cabe destacar dos cambios importantes en el

Texto de 1978: por una parte, que se ha suprimido el carácter “armado” de dicha defensa, lo que permite concebirla en términos mucho más amplios, incluyendo sin duda prestaciones de naturaleza civil; y, por otra parte, que se ha cambiado la denominación del objeto de la defensa, pasando de ser “la patria” (con connotaciones sentimentales, no siempre positivas a la salida del franquismo) a ser “España” (un indudable concepto jurídico constitucional).

Una de las cuestiones más relevante en la redacción del Texto de 1978 es la consideración de la defensa como un *derecho* y un *deber*. Como ha subrayado el profesor Varela Díaz, este carácter bifronte “derecho-deber” es confuso, pues los conceptos de ventaja (derecho) y carga (deber) adolecen de un notable relativismo y trazar la línea entre ambos no siempre resulta fácil. De hecho, esta doble consideración de la defensa de España plantea, como es lógico, una problemática diferente. En efecto:

– Como *deber de carácter personal*, se concreta en prestaciones “de hacer”, es decir, en conductas que exigen una actuación física de la persona legalmente llamada a este cumplimiento. Algunas Constituciones europeas emplean adjetivos especialmente expresivos para definir el deber militar de sus ciudadanos (así, por ejemplo, el art. 52 de la Constitución Italiana habla de “deber sagrado” y el art. 276 de la Constitución Portuguesa lo califica de “deber fundamental”).

– Como *derecho*, es un honor que a ningún español que sea capaz, física y psíquicamente, de asumir esta carga se le podrá negar. En esta misma línea de pensamiento, el artículo 23 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas de 1978 afirmaba que “servir a la patria con las armas es un alto honor y constituye un mérito por los sacrificios que implica”. Tal consideración se fundamenta en que el pueblo, como titular de la soberanía nacional, al defender a España (por tanto, también su orden constitucional) está defendiendo algo propio. Concebir la defensa de España como un *derecho* tiene, como afirma el profesor García Morillo, al menos dos consecuencias: primera, prohibir que un español pueda ser excluido de forma arbitraria del servicio militar obligatorio si estuviera establecido (en consecuencia, podría exigir su derecho a ser llamado a filas); y, segunda, la incorporación voluntaria al Ejército profesional de conformidad con la legislación vigente.

2. Los titulares del derecho-deber de defender a España

Volviendo al tenor literal del primer apartado del artículo 30 CE (“Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España”), debemos subrayar que, durante el *iter* constituyente, los senadores corrigieron el texto

que les fue enviado desde el Congreso de los Diputados, sustituyendo la expresión “los ciudadanos” por la, sin duda más afortunada, “los españoles”. La razón de este cambio era dejar claro que también podían ser llamados a esta defensa de la patria españoles que no estaban en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos, como –por ejemplo– los menores de edad y los presos. La redacción final, si bien no es un modelo de belleza estilística, cierra el paso a las dudas interpretativas en este punto.

Como subrayó en su momento el profesor Fernández Segado, desde que entró en vigor la Constitución de 1978 hasta que desapareció el servicio militar obligatorio a finales del año 2001, se planteó el problema de la exclusión-liberación de la mujer del servicio militar obligatorio, pues la Constitución reconocía este derecho-deber a todos los españoles, y no solo a los españoles varones. Ni el legislador ni el Tribunal Constitucional quisieron entrar en este espinoso problema, especialmente en un momento histórico en el que el sistema de recluta universal era rechazado por una parte muy importante de la sociedad española. Por último, la discriminación que –obviamente– existía por razón de sexo se eliminó de raíz, al suprimirse el servicio militar obligatorio, por una parte, y posibilitarse el ingreso de las mujeres en las Fuerzas Armadas con criterios similares a sus compañeros varones, por otra.

3. Alcance y significado de la expresión “defender a España”

“Defender a España” es el derecho-deber que, el artículo 30.1 CE, impone a los españoles. Lo que nos obliga a precisar su significado y alcance. En primer lugar, hay que reiterar que esta expresión tiene un sentido mucho más amplio que la utilizada tradicionalmente en nuestro constitucionalismo histórico (“defender la patria con las armas”), ya que la fórmula actual admite –de manera implícita– que las formas de contribuir a esta defensa puedan ser muy variadas y no necesariamente militares.

La pregunta que nos permitirá desentrañar el sentido de la fórmula constitucional “defender a España” (art. 30.1) es la siguiente: ¿de qué es preciso defenderla? Pues bien, a nuestro juicio, es evidente que hay que defenderla de una hipotética agresión exterior o de un intento interno de destruir o subvertir el orden constitucional, pero no solamente de esto. Como subraya el profesor Venditti, también contribuyen a satisfacer el deber general de defensa de la patria el objetor de conciencia que cumple un servicio social de naturaleza civil, la persona que se ve obligada a realizar prestaciones extraordinarias en casos de terremotos o inundaciones, y el ciudadano que cumple un deber social ayudando a la rehabilitación de drogodependientes. La defensa de España, afirma certeramente el profesor Cámara Villar, hay

que entenderla como una defensa global e integrada, que incluye a la militar, pero de ningún modo se agota en ella. Lo cual es, por otra parte, lógico, pues esta lectura amplia del artículo 30.1 CE es la que mejor se adapta a la definición de España como “Estado social y democrático de Derecho” (art. 1.1 CE).

En coherencia con lo anterior, podemos afirmar que la defensa de España que impone el reiterado apartado primero del artículo 30 CE es un deber genérico que, a continuación, se concreta en los otros tres apartados de dicho artículo. De este modo, el inespecífico deber de defensa de España puede concretarse en: a) las obligaciones militares (art. 30.2 CE); b) la prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio (art. 30.2 CE); c) el servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general (art. 30.3 CE); y d) los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo catástrofe o calamidad pública (art. 30.4 CE). A continuación, de forma muy sucinta, analizaremos las diversas modalidades *específicas* del deber *genérico* de defender a España.

III. LAS OBLIGACIONES MILITARES DE LOS ESPAÑOLES

El segundo apartado del artículo 30 CE comienza su redacción afirmando que “la ley fijará las obligaciones militares de los españoles”, aludiendo de forma expresa, aunque indirectamente, al “servicio militar obligatorio”. Como vemos, este precepto contiene una reserva de ley en lo que se refiere a las obligaciones militares de los españoles. Reserva que fue cumplida con la –hoy, derogada– Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del servicio militar, cuyo artículo 1.2 afirmaba que “las obligaciones militares de los españoles, a las que se refiere el artículo 30.2 de la Constitución, consisten en la prestación del servicio militar y en el cumplimiento de servicios en las Fuerzas Armadas de conformidad con la legislación reguladora de la movilización nacional”. Por tanto, las obligaciones militares exigibles a los españoles revestían dos modalidades: el servicio militar obligatorio y las obligaciones derivadas de la legislación reguladora de la movilización nacional.

1. El servicio militar obligatorio

El servicio militar obligatorio ha sido históricamente la forma más habitual y gravosa del deber de defender a España, que ha recaído sobre los jóvenes varones que no eran declarados “inútiles”. La citada L.O. 13/1991 reguló con detalle el régimen jurídico de este deber constitucional. El servicio militar en las Fuerzas Armadas, que constituía una prestación

personal “fundamental” de los españoles a la defensa militar, tenía carácter obligatorio y prioritario sobre cualquier otro servicio que se estableciera. Los españoles que se incorporaban a las Fuerzas Armadas para cumplir el servicio militar adquirirían durante su prestación la condición militar y recibían la denominación de “militares de reemplazo”. En síntesis, pues, podemos definir el servicio militar obligatorio como la forma ordinaria de cumplir el deber militar de defender a España cuando la ley lo hubiera establecido. Sin embargo, como veremos a continuación, una vez cumplido no excluía otras obligaciones, militares y civiles, que también eran manifestación de la defensa nacional.

2. Las obligaciones derivadas de la movilización nacional

De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 13/1991, al finalizar el cumplimiento del servicio militar, los españoles pasaban a la reserva, con objeto de constituir los efectivos que podían reincorporarse a prestar servicio en las Fuerzas Armadas conforme a la legislación reguladora de la *movilización nacional*. En esta situación permanecían hasta el 31 de diciembre del tercer año posterior a la finalización del servicio militar (art. 57.1). El Gobierno podía ordenar la reincorporación a las Fuerzas Armadas de todo o parte del personal que se encontrase en la reserva del servicio militar, por reemplazos completos o selectivamente, de acuerdo con la citada legislación reguladora de la movilización nacional. Por su parte, la reincorporación a las Fuerzas Armadas del personal perteneciente a reemplazos no comprendidos en la reserva del servicio militar requería una norma con rango de ley (art. 58). En la actualidad, la figura de los *reservistas* (voluntarios y obligatorios) está ampliamente regulada en el título VI (arts. 122-140) de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, y en el Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de reservistas de las Fuerzas Armadas.

3. La suspensión de las obligaciones militares

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, en ocasiones, en una pesada carga económica para la familia del soldado. Otras razones, más profundas, 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 sociales más conservadores y de los planteamientos políticos más autoritarios (acentuó esta percepción su papel protagonista en la Guerra Civil y la posterior dictadura).

Este amplísimo sentimiento contrario al servicio militar obligatorio tuvo su desenlace natural en la supresión del mismo, dando paso a un Ejército integrado únicamente por soldados profesionales, que hacen 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 dos disposiciones, una ley y un real-decreto, a las que brevemente vamos a referirnos:

– La disposición adicional decimotercera de 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 regulada en la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre (aunque se autorizaba al Gobierno a acortar el período transitorio, informando al Congreso de los Diputados).

– 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”. Por tanto, los españoles que en dicha fecha se encontraban prestando el servicio militar o lo tenían pendiente y estaban clasificados como aptos, con aplazamiento de incorporación o pendientes de clasificación, pasaron automáticamente a la fase de reserva del servicio militar. Los motivos que adujo el preámbulo de esta norma para este adelanto del cambio de modelo del Ejército fueron totalmente genéricos; en concreto, invocó “el nivel alcanzado en el proceso de profesionalización y las previsiones que sobre el mismo” existían. Sin embargo, a nuestro juicio, había algo más. En efecto, el anuncio de la desaparición del servicio militar obligatorio a plazo fijo (inicialmente, el 31 de diciembre de 2002 y, con posterioridad, el 31 de diciembre de 2001) provocó que los jóvenes que en estos últimos años tenían que cumplir el servicio militar (o la prestación social sustitutoria) tuvieran la sensación – muy justificada– de ser los últimos *paganos* de un sistema en el que ya nadie creía y que estaba en franca liquidación. Además, la desaparición de *la mili* a fecha fija había engendrado, en un pueblo como el español, toda una picaresca encaminada a retrasar unos años la incorporación a filas, para intentar llegar al 2003 (y, luego, al 2002) y quedar libre de cualquier obligación militar.

La desaparición del servicio militar obligatorio y la implantación de un modelo de Fuerzas Armadas profesionales fueron cambios tan relevantes que reclamaron una legislación orgánica de la Defensa adaptada a ellos. Por dicho motivo se aprobó la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, cuyo artículo 2 afirma que la política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ella se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España.

IV. LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

De forma sencilla, podemos definir la objeción de conciencia al servicio militar como la negativa a cumplir el deber jurídico de incorporarse al Ejército, alegando que existe en el fuero interno un imperativo superior, religioso o filosófico-moral, que impide dicho cumplimiento. En numerosos textos constitucionales es 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.

El artículo 30.2 CE, 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”. Esta fue regulada, básicamente, en la Ley 48/1984 (artículos 6 a 12) y en el Reglamento de la prestación social de los objetores de conciencia (aprobado, en su primera versión, por el Real Decreto 20/1988, de 15 de enero, y, en la segunda, por el Real Decreto 266/1995, de 24 de febrero).

Quiénes 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. La prestación social sustitutoria, como afirmaba el profesor Cámara Villar, evitaba que la objeción de conciencia se convirtiera en una inaceptable excepción al cumplimiento del deber general de defender a España, para serlo solo en su forma militar, de modo que pudieran respetarse

—al mismo tiempo— la libertad de conciencia y el principio de igualdad. 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 similar y contenido equiparable al servicio militar y, por ello, podía tener carácter sustitutorio. En la misma línea, el magistrado De la Vega Benayas, en un Voto Particular a la STC 160/1987, afirmaba que la prestación social era una sustitución del servicio de armas, un cambio o alteración de la forma del derecho y el deber de defender a España. A su juicio, el servicio militar y la prestación social que cumplían los objetores eran supuestos distintos en su contenido, pero análogos en cuanto ambos eran, en su especie, una manifestación del deber general de servir a España.

Establecida —mediante el ya citado Real Decreto 247/2001— la fecha definitiva de suspensión del servicio militar obligatorio, procedía adaptar el régimen de la prestación social sustitutoria a la nueva situación, debiendo coincidir la fecha de inicio de la suspensión de la misma con la del inicio de la suspensión del servicio militar, en cumplimiento de lo previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria (“La presente Ley —afirmaba dicha disposición adicional— extenderá sus efectos en tanto subsista el servicio militar obligatorio”). En coherencia con ello, se aprobó 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”. En consecuencia, los objetores de conciencia que, en dicha fecha, se encontraban en situación de disponibilidad o de actividad pasaron a la situación de reserva de la prestación social sustitutoria.

V. EL SERVICIO CIVIL PARA EL CUMPLIMIENTO DE FINES DE INTERÉS GENERAL

El tercer apartado del artículo 30 CE introduce una nueva manifestación del deber genérico de defender a España, al afirma que “podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general”. A nuestro juicio, es evidente que aquí la Constitución se está refiriendo a prestaciones personales (“de hacer”) distintas de las obligaciones militares y de la prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio. Analizando este

precepto –que no ha tenido desarrollo legislativo, ni parece que vaya a tenerlo a corto plazo–, podemos hacer las siguientes precisiones:

1ª) Aunque tiene escasa tradición en el Derecho Constitucional extranjero, tiene precedentes muy directos en nuestro constitucionalismo histórico; concretamente, en el artículo 37 de la Constitución de 1931 y en el artículo 8 del Fuero de los Españoles de 1945.

2ª) Posibilita el establecimiento de un servicio civil (“podrá establecerse”, afirma), pero en modo alguno obliga a ello. Esta circunstancia ha provocado la crítica del profesor Alzaga Villaamil, afirmando que el artículo 30.3 era innecesario, desde el momento que el Parlamento, en todo aquello que no está expresamente limitado por la Constitución, tiene plenas facultades para obligar a los españoles.

3ª) El establecimiento de este servicio civil deberá hacerse a través de una norma con rango de ley. Ello es así, aunque en esta ocasión el constituyente no lo haya indicado de forma expresa, por dos motivos: en primer lugar, por el tenor literal del artículo 31.3 CE, que establece que “solo podrán establecerse prestaciones personales... de carácter público con arreglo a la ley”; y, en segundo lugar, porque únicamente el legislador podrá imponer obligaciones a los españoles que impliquen cercenar el principio general de libertad individual (Espín Templado).

4ª) La concreción del servicio civil quedará en manos de las Cortes que aprueben la ley de desarrollo del artículo 30.3. Las cuales, no obstante, estarán limitadas por el objetivo indicado por la propia Constitución: el “cumplimiento de fines de interés general”. Sin embargo, dentro de este amplísimo marco de referencia, los poderes públicos tendrán facultades para determinar las necesidades de cada momento y para establecer prioridades en orden a hacer frente a las mismas.

5ª) Sobre si los citados artículos 30.3 y 31.3 de la Constitución son redundantes, debemos afirmar –con el profesor Sánchez González– que no lo son. Pues en tanto que el artículo 31.3 se refiere a prestaciones personales de carácter público de cualquier tipo y naturaleza, el tercer párrafo del artículo 30, dado su enclave sistemático dentro del artículo dedicado a la defensa nacional, se refiere a un tipo concreto de servicio civil: aquel que se encuadra dentro del marco de las necesidades de esta defensa. Dicho con otras palabras, el citado precepto constitucional solo se refiere a las prestaciones de naturaleza civil que la defensa de España imponga.

VI. LOS DEBERES DE LOS CIUDADANOS EN LOS CASOS DE GRAVE RIESGO, CATÁSTROFE O CALAMIDAD PÚBLICA

La vida social –como subraya el profesor Sánchez González– pasa en ocasiones por épocas de crisis, causadas por elementos que no dependen de la voluntad humana y que ponen de relieve que el hombre está lejos de tener el pleno control de la naturaleza. Además, en otros momentos, quien provoca estas graves crisis puede ser la acción humana (accidental o intencionada). Cuando estas circunstancias hacen peligrar la vida y los bienes básicos de las personas o la seguridad colectiva, se hace necesario adoptar medidas adecuadas para afrontar dichas situaciones extraordinarias, al objeto de minimizar los daños y poder volver cuanto antes a la normalidad. A ello responde, precisamente, el mandato contenido en el apartado cuarto del artículo 30 CE, inspirado en el principio de solidaridad interpersonal e interterritorial, al afirmar que “mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública”. Se trata de la última manifestación del derecho-deber de defender a España que consagra dicho artículo constitucional.

Sin desconocer la amplitud de significados de los tres términos que utiliza el art. 30.4 CE (riesgo, catástrofe y calamidad pública) y tomando como referencia la legislación española y el *Diccionario* de la RAE, proponemos las siguientes definiciones. “Riesgo”: Es la posibilidad de que una amenaza llegue a afectar a colectivos de personas o a bienes. “Catástrofe”: Es una situación o acontecimiento que altera o interrumpe sustancialmente el funcionamiento de una comunidad o sociedad por ocasionar gran cantidad de víctimas, daños e impactos materiales, cuya atención supera los medios disponibles de la propia comunidad. “Calamidad pública”: Es una desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas, esto es, un desastre de grandes dimensiones.

Estas situaciones de extraordinaria emergencia tienen una notable semejanza con las que permiten al Gobierno declarar el “estado de alarma” (art. 116.2 CE y art. 4 L.O. 4/1981, de 1 de junio). Sin embargo, han sido, primero, la Ley 2/1985 (hoy derogada) y, después, la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, las normas que han desarrollado el mandato constitucional del artículo 30.4. Esta última ley –según su preámbulo– se ha propuesto reforzar los mecanismos que potencian y mejoran el funcionamiento del sistema nacional de protección de los ciudadanos ante emergencias, catástrofes y calamidades públicas, que ya previó la Ley 2/1985. Este sistema de protección civil es un instrumento de la seguridad pública, integrado en la política de Seguridad Nacional. Sistema

que hará más fácil el ejercicio cooperativo, coordinado y eficiente de las competencias distribuidas por el Tribunal Constitucional entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El profesor Espín Templado afirma, certeramente, que las diferencias entre las prestaciones del artículo 30.3 (el servicio civil) y las del artículo 30.4 (los deberes en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública) residen, fundamentalmente, en el carácter periódico o regular de las primeras, frente al carácter excepcional de las segundas.

BIBLIOGRAFÍA

– ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: “Los deberes en la Constitución Española: esencialidad y problemática”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009, pp. 271-291.

– BLANCO VALDÉS, R.: *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid, 1988.

– CÁMARA VILLAR, G.: *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991.

– CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986.

– DE ASÍS ROIG, Rafael: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.

– ESCOBAR ROCA, G.: *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

– FERNÁNDEZ SEGADO, F. (editor): *El servicio militar: Aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Dykinson-Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994.

– OLIVER ARAUJO, J.: *La objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, Madrid, 1993.

– RUBIO LLORENTE, Francisco: “Los deberes constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001, pp. 11-56.

– SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: “Artículo 30. Defensa de España”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dirigidos por O. Alzaga Villaamil), Edersa, Madrid, 2006, tomo III, pp. 383-402.

– VARELA DÍAZ, S.: “La idea de deber constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, pp. 69-96.

JURISPRUDENCIA

– STC 15/1982, de 23 de abril, *BOE* de 18 de mayo de 1982.

– STC 23/1982, de 13 de mayo, *BOE* de 9 de junio de 1982.

– STC 25/1982, de 19 de mayo, *BOE* de 9 de junio de 1982.

– STC 40/1982, de 30 de junio, *BOE* de 16 de julio de 1982.

– STC 35/1985, de 7 de marzo, *BOE* de 27 de marzo de 1985.

– STC 160/1987, de 27 de octubre, *BOE* de 12 de noviembre de 1987.

– STC 161/1987, de 27 de octubre, *BOE* de 12 de noviembre de 1987.

– STC 60/1991, de 14 de marzo, *BOE* de 16 de abril de 1991.

– STC 55/1996, de 28 de marzo, *BOE* de 27 de abril de 1996.

5.2. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL EN EL BLOQUE CONSTITUCIONAL

Antonio Monserrat Quintana

Preliminares.-

El concepto de la independencia judicial surge de forma sistemática y generalmente aceptada en Europa a raíz de las doctrinas de la Ilustración con respecto a la división de poderes. En particular, como es ampliamente sabido, corresponde a MONTESQUIEU, en *L'esprit des lois*, de 1748 ¹, el mérito de haber configurado el Estado moderno sobre la base de la separación e independencia de tres poderes fundamentales, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, conformados todos ellos por la común idea de la soberanía popular.

La primera plasmación positiva de la separación de poderes la encontramos en el Artículo 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 1789 ².

España no fue ajena al enorme atractivo de estas doctrinas, y buena prueba de ello es que, con ocasión de nuestra Constitución de 1812, primera digna de este nombre, ya en el *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella* ³, se nos dice ⁴:

1. "Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur.

Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers" (Livre Onzième, Chapitre VI).

2. "Art. 16. Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

3. Cádiz, Imprenta Tormentaria, 1812, pp. 21-22.

4. Conservamos la grafía original.

“... al cabo los hombres se han de dirigir por reglas fixas y sabidas de todos, y su formación ha de ser un acto diferente de la execucion de lo que ellas disponen. Las diferencias ó altercados que puedan originarse entre los hombres, se ha de transigir por las mismas reglas ó por otras semejantes, y la aplicacion de estas á aquellos no puede estar comprehendida en ninguno de los dos primeros actos. Del exámen de estas tres distintas operaciones, y no de ninguna otra idea metafisica ha nacido la distribucion que han hecho los políticos de la autoridad soberana de una nacion, dividiendo su exercicio en potestad legislativa, executiva y judicial. La experiencia de todos los siglos ha demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad, y por lo mismo justicia ni prosperidad en un estado en donde el exercicio de toda la autoridad esté reunido en una sola mano. Su separacion es indispensable...»⁵.

Añadiéndose, ahora con expresa referencia a la independencia judicial que “Para que la potestad de aplicar las leyes á los casos particulares no pueda convertirse jamas en instrumento de tiranía, se separan de tal modo las funciones de juez de qualquiera otro acto de la autoridad soberana, que nunca podrán ni las Córtes ni el Rey exercerlas baxo ningun pretesto”⁶.

Efectivamente, pues, para que pueda hablarse de verdadero Estado de Derecho, es indispensable que los tres poderes referidos estén separados, lo que equivale a decir que puedan, cada uno de ellos, ejercer sus funciones con independencia.

En particular, reviste especial importancia la independencia del Poder Judicial, toda vez que, al tener éste la misión de *decir el Derecho* (*ius dicere*), que está en la etimología de la palabra *juez* (*iudex*), ostenta, ni más ni menos, que el enorme poder de tener la última palabra.

¿Poder Judicial?.-

Especialmente en los últimos tiempos, el *Poder* judicial ha venido sufriendo frecuentes embates desde las posiciones que más que de *poder* lo califican de *servicio* (que se corresponde con *Administración*, que, como se sabe, etimológicamente deriva de *ad-ministrare: para servir*), por lo que prefieren hablar de *Administración de Justicia*, o incluso con otros calificativos más o menos acertados.

5. *op. cit.*, pp. 21-22.

6. *ibid.*, pp. 61-62

La cuestión, sin embargo, no es nueva. El mismo MONTESQUIEU, en su inmortal ⁷ obra, ya citada, *De l'esprit des lois*, ya decía que el juez no era sino *la bouche qui prononce les paroles de la loi* ⁸. Incluso la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 26 de agosto de 1789, en su Preámbulo, solamente menciona el poder legislativo y el poder ejecutivo, pero no al judicial.

Es patente que el problema se planteó reiteradamente en las sucesivas Constituciones francesas, probablemente debido a las reticencias y cautelas que suscitaba un poder judicial excesivamente desequilibrado frente a los otros dos poderes. Hagamos un breve repaso.

La Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 dedicaba su Título III a los “Poderes Públicos” (arts. 1 ss.). El art. 5 decía: *Le Pouvoir Judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple*. El Capítulo V se titulaba: *Du Pouvoir Judiciaire*, y contenía 27 artículos.

En cambio, la Constitución de 24 de junio de 1793 no utiliza la denominación de *Poder*, y, en cambio, se decanta por mencionar a la *Justice civile* (arts. 85-95), y a la *Justice criminelle* (arts. 96 y 97).

La Constitución del 5 de *Fructidor An III* (22 de agosto de 1795), vuelve al *Poder judicial* (Título VIII: *Pouvoir judiciaire*, arts. 202 ss.).

Un nuevo cambio se produce con la Constitución del 22 de *Frimaire An VIII* (13 Diciembre 1799), que, en su Título V, habla *Des Tribunaux* (arts. 60 ss.), pero reserva el Título III para el que sí llama *Pouvoir législatif*, al que se da una evidente supremacía sobre el judicial.

La Constitución imperial del 28 *Floréal An XII* (18 de Mayo de 1804) presenta un cambio importante, al tratar, en su Título XIV, del *Ordre judiciaire* (arts. 134-136).

En la actualidad, la Constitución de 4 de Octubre de 1958, denomina su Título VIII como *De l'Autorité judiciaire*, en cuyo art. 64 se dice que *Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire*.

7. Aunque algún político español reciente haya querido enterrarlo definitivamente desde el punto de vista de sus ideas (se atribuye especialmente a Alfonso GUERRA, quien, en 1935, habría pronunciado su famosa frase: *Montesquieu ha muerto*).

8. *De l'esprit des lois*, cit., Livre Onzième, Chapitre VI.

¿Poder, Orden, Autoridad, ...?.-

El problema denominativo descrito, en realidad, refleja la pugna más o menos abierta entre los tres *poderes*. A mi entender, ontológicamente, parece claro que el auténtico y pleno *poder* es el legislativo, que modula, origina y legitima a los otros dos, ejecutivo y judicial.

Lo advertía también MONTESQUIEU cuando afirmaba que “des trois puissances dont nous en avons parlé, celle de juger est en quelque façon **nulle**”⁹.

Un comentarista clásico interpretaba con sumo acierto algo que hoy nos parece perfectamente moderno y progresista:

“C’est une garantie plutôt qu’un pouvoir politique”¹⁰.

En apoyo y desarrollo de lo que decimos, el *Discurso Preliminar* de la Constitución de Cádiz de 1812, estatúa, por un lado, la separación de los tres poderes, pero también dejaba clara la jerarquía entre ellos. Así, decía lo siguiente:

“Para que la potestad de aplicar las leyes á los casos particulares no pueda convertirse jamas en instrumento de tiranía, se separan de tal modo las funciones de juez de qualquiera otro acto de la autoridad soberana, que nunca podrán ni las Córtes ni el Rey ejercerlas baxo ningun pretesto. Tal vez podrá convenir en circunstancias de grande apuro reunir por tiempo limitado la potestad legislativa y executiva; pero en el momento que ambas autoridades ó alguna de ellas reasumiese la autoridad judicial, desaparecería para siempre no solo la libertad política y civil, sino hasta aquella sombra de seguridad personal, que no pueden menos de establecer los mismos tiranos si quieren conservarse en su estado”¹¹.

A continuación, el mismo *Discurso Preliminar* se cuidaba de señalar que el primordial de ellos es el *Poder Legislativo*, siendo el *Ejecutivo* y el *Judicial* ancilares, a nivel ontológico, del primero. Esta conclusión es perfectamente lógica, puesto que tanto el poder ejecutivo como el poder judicial es obvio que

9. *De l’esprit des lois*, Livre Onzième, Chapitre VI.

10. En *Montesquieu, Oeuvres complètes*. Édition Édouard Laboulaye, Garnier Frères, 1875, sobre la edición de *L’esprit des lois*, T. Premier, À Genève, chez Barillot et fils, MDCCXLIX.

11. *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comision de Constitucion el proyecto de ella*, Cádiz, Imprenta Real, 1812., pp. 61-62.

extraen su naturaleza y su razón de ser y de producirse de la misma fuente primordial, que es la Ley. Así, el repetido *Discurso* decía:

“(.../...) [la Comisión] ha dividido la Constitución en quatro partes que comprehenden: Primera. Lo que corresponde á la Nacion como soberana é independiente, baxo cuyo principio se reserva la autoridad legislativa. Segunda. Lo que pertenece al Rey como **participante** de la misma autoridad, y **depositario** de la potestad executiva en toda su extensión. Tercera. La autoridad judicial **delegada** á los Jueces y Tribunales...¹². Esta sencilla clasificacion está señalada por la naturaleza misma de la sociedad (... /...) porque al cabo los hombres se han de dirigir por reglas fixas y sabidas de todos, y su formacion ha de ser un acto diferente de la execucion de lo que ellas disponen. Las diferencias ó altercados que puedan originarse entre los hombres, se han de transigir por las mismas reglas ó por otras semejantes, y la aplicación de estas á aquellos no puede estar comprendida en ninguno de los dos primeros actos.

Nótese que los constituyentes de 1812 entendían el poder judicial como una **autoridad judicial delegada**, razón por la cual en la doctrina constitucionalista francesa, seguida por otros muchos países de cultura francófona, entienden, como hemos dicho, que, más que de *poder* hay que hablar de *autoridad* en lo que a la justicia se refiere.

En Iberoamérica.-

Las modernas Constituciones iberoamericanas no son ajenas a este debate de fondo, de manera que, a modo de ejemplo, la Constitución de Guatemala (17 de Noviembre de 1993), en sus arts. 203 ss. , habla de *Organismo Judicial*, aunque también se refiere al *Organismo legislativo* (arts. 157 ss.), y al *Organismo ejecutivo* (arts. 182 ss.).

La Constitución de México (5 Febrero 1917) prefiere hablar del *Poder judicial* (arts. 94 ss.), mientras que la de Colombia (1991) trata de la *Rama judicial* (arts. 228 ss.); y la de Nicaragua (21 Enero 1948) también habla de *Poder Judicial* (arts. 196 ss.), así como la de la República Dominicana (26 Enero 2010), en su Título V (*Del Poder Judicial*, arts. 149 ss.). La Constitución de Brasil (5 Octubre 1988) declara que los *Poderes legislativo, ejecutivo y judicial* son *independientes y armónicos entre sí* (Art. 2º).

¹². Sigue diciendo: “Y quarta. El establecimiento, uso y conservacion de la fuerza armada, y el órden económico y administrativo de las rentas de las provincias”.

Una curiosidad viene representada por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (20 Diciembre 1999) que configura un *Poder Público* dividido en *Ramas* que, a la vez, constituyen *Poderes*, que son el *Legislativo*, *Ejecutivo*, *Judicial*, *Ciudadano* y *Electoral* (Art. 136). A su vez, el *Poder Judicial* y el *Sistema de Justicia* vienen regulados en el Capítulo III (arts. 253 ss.), en el que se afirma que el Poder Judicial es independiente (art. 254).

En Europa.-

También las Constituciones europeas manifiestan las divergencias conceptuales respecto de la Justicia. Así, a modo ejemplificativo, la Constitución Alemana se inclina por la denominación de *Poder* (*Die rechtsprechende Gewalt*)¹³; en Austria se habla de *Jurisdicción* (o *Gerichtsbarkeit*)¹⁴.

La Constitución italiana de 27 de Diciembre de 1947 se contenta con nombrar como *La Magistratura* al Título IV (arts. 101 ss.), mientras que la portuguesa¹⁵ dedica su Título V a los *Tribunais*, incluyendo en su artículo 202º la *Função jurisdicional*.

En fin, eligen *Poder Judicial* las Constituciones de Polonia¹⁶, Chequia¹⁷, y Marruecos¹⁸, mientras que la de Hungría¹⁹ habla solamente de *Tribunales*; la de Eslovaquia²⁰ proclama el *Derecho de protección por el Tribunal y otras protecciones legales*; y la de Eslovenia²¹ se limita a tratar de la *Judicatura* (en su versión oficial inglesa, *The Judiciary*).

En las Constituciones Españolas.-

Las distintas Constituciones españolas no han sido ajenas a los vaivenes indicados respecto de cómo referirse a la Justicia.

13. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 23. Mai 1949, Artikel 92.

14. *Bundes Verfassungsgesetz Österreich, nach der Novelle 12. Juni 1994*, Artikel 82.

15. *Constituição da Republica Portuguesa*, de 2 de Abril de 1977, Arts. 202 ss.

16. Constitución de 2 de Abril de 1997, Art. 173.

17. Constitución de 16 de Noviembre de 1993, Arts. 81-96.

18. Constitución de 27 *chaabane* 1432 (29 Julio 2011), Título VII.

19. Constitución de 18 de Abril de 2011, Arts. 25 a 28.

20. Constitución de 1 de Septiembre de 1992), Parte Séptima, Arts. 46 ss.

21. Constitución de 23 de Diciembre de 1991, Arts. 125 ss.

La Constitución de 1812 no trató del *Poder judicial*. Sí, en cambio, el Título 5º se denomina *De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y en lo Criminal*²².

La Constitución de 1837 se refiere al *Poder Judicial* en su Título X (arts. 63 ss.); la de 1845, a la *Administración de Justicia* (Título X, arts. 66 ss.); la de 1869 vuelve al *Poder Judicial* (arts. 36; y 91 ss., en el Título VII). En 1876, nueva vuelta a la *Administración de Justicia* (Título IX, arts 74 ss.), como se continúa llamando en la Constitución de la Segunda República de 1931 que, en su Título VII se limita a decir *Justicia*, y en el art. 95 declara que *La Administración de Justicia comprenderá todas las jurisdicciones existentes*.

Por fin, la Constitución de 1978, en su Título VI, arts. 117 ss., confirma la denominación de *Poder Judicial*, como lo hace la actual Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

La independencia judicial: sus contenidos.-

Como hemos visto *supra*, la independencia judicial es una pieza clave de la separación efectiva de los tres poderes que sostienen un verdadero Estado de Derecho o, en terminología anglosajona, el *Rule of Law*.

La independencia judicial está integrada por dos aspectos complementarios e inseparables: la independencia externa, que tiene su máxima expresión en la **inamovilidad**; y la independencia interna, que tiene su reflejo en la **imparcialidad**.

En cuanto a la *inamovilidad*, la Constitución de 1812, declaraba en el artículo 252 que “Los magistrados y jueces no podrán ser depuestos de sus destinos, sean temporales ó perpetuos, sino por causa legalmente probada y sentenciada; ni suspendidos sino por acusacion legalmente intentada”.

Esta proclamación de inamovilidad fue seguida, con algunas variantes, por las sucesivas Constituciones Españolas: Art. 66 de la Constitución de 1837; 69 de la Constitución de 1845; 95 de la Constitución de 1869; 80 de la Constitución de 1876; y artículo 98 de la Constitución de 1931.

Sin embargo, la Constitución Republicana del 31 añadió un importante epígrafe, el parágrafo 3 del artículo 94, en el que se decía:

22. Arts. 242 ss.

“Los jueces son independientes en su función. Sólo están sometidos a la ley”.

De este modo, se juntaban –creo que por primera vez en España- los conceptos de independencia e inamovilidad.

Durante el régimen del General Franco, la Ley Orgánica del Estado de 1967 incluía el artículo 29.1, en el que, igualmente, se decía:

“La Justicia gozará de completa independencia. Será administrada en nombre del Jefe del Estado, de acuerdo con las leyes, por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles y responsables con arreglo a la Ley”.

La actual Constitución Española de 1978 dedica a esta cuestión el artículo 117, que, en lo que aquí interesa, se produce en los siguientes términos:

“1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

En cuanto a la **imparcialidad**, ésta puede ser *subjetiva* (ausencia de causas de abstención o de recusación); pero también *objetiva*, queriéndose decir con ello, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que el juez no sólo ha de ser imparcial, subjetivamente hablando, sino que, además, *ha de parecerlo*.

Respecto de la imparcialidad *subjetiva*, las causas de abstención y, en su caso, de recusación se contemplan de manera específica en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece dieciseis supuestos que obligan al juez o magistrado a abstenerse de conocer el asunto tan pronto

como tenga noticia de su existencia. En caso de no hacerlo, las partes tienen el derecho de promover la recusación, también con la obligación de ejercitarlo tan pronto como se tenga conocimiento de dicha causa.

Estas causas son las siguientes:

“1.^a El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal.

2.^a El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.

3.^a Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.

4.^a Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

5.^a Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes.

6.^a Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo.

7.^a Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.

8.^a Tener pleito pendiente con alguna de éstas.

9.^a Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.

10.^a Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.

11.^a Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.

12.^a Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa.

13.^a Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo.

14.^a En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1.^a a 9.^a, 12.^a, 13.^a y 15.^a de este artículo.

15.^a El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso.

16.^a Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”.

La imparcialidad *objetiva* ha sido tratada con profusión por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en multitud de sentencias. La base legal de la imparcialidad del juez se halla, a nivel europeo, en el artículo 6 § 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, signado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que dice, también en lo que nos corresponde tratar, lo siguiente:

“Derecho a un proceso equitativo

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

Son muestra, no exhaustiva ni mucho menos, de la jurisprudencia europea mencionada, sentencias tales como *Piersack contra Bélgica*, de 1-10-1982; *De Cubber contra Bélgica*, de 26-10-1984; *Hauschildt contra Dinamarca*, 24-5-1989; *Castillo Algar contra España*, de 28-10-1998; *Sahiner contra Turquía*, de 25-9-2001; y muchas otras.

En concreto, reviste gran importancia la primera de las sentencias indicadas, *Piersack contra Bélgica*, porque consolidó la doctrina de las *apariencias* que

luego tendría una enorme trascendencia en los casos posteriores vistos por el Tribunal ²³.

Otro ejemplo notable de esta doctrina es la Sentencia recaída en el *Affaire McGONNELL c. Royaume-Uni*, Arrêt 8 février 2000, en el que se dan las pautas para poder decidir si un tribunal puede considerarse *independiente e imparcial* ²⁴.

Como se ve, el Tribunal Europeo destaca que *independencia e imparcialidad* son conceptos inseparables.

Las mismas precisiones contiene la sentencia, ya citada, *Sahiner contra Turquía*, de 25-9-2001 ²⁵.

²³. En esta sentencia se dice: “30. Whilst **impartiality** normally denotes absence of prejudice or bias, its existence or otherwise **can**, notably under Article 6 § 1 (art. 6-1) of the Convention, **be tested in various ways**. A distinction can be drawn in this context between a **subjective approach**, that is endeavouring to ascertain the personal conviction of a given judge in a given case, and an objective approach, that is determining whether he offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect.

- (a) As regards the first approach, the Court notes that the applicant is pleased to pay tribute to Mr. Van de Walle’s personal impartiality; it does not itself have any cause for doubt on this score and indeed personal impartiality is to be presumed until there is proof to the contrary (see the Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 25, § 58).
- (b) **However, it is not possible to confine oneself to a purely subjective test. In this area, even appearances may be of a certain importance** (see the Delcourt judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, p. 17, § 31). As the Belgian Court of Cassation observed in its judgment of 21 February 1979 (see paragraph 17 above), any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw. What is at stake is the confidence which the courts must inspire in the public in a democratic society”.

²⁴. « 48. La Cour rappelle que, dans son arrêt *Findlay c. Royaume-Uni* (arrêt du 25 février 1997, *Recueil* 1997-I, p. 281, § 73), elle a dit que: « pour établir si un tribunal peut passer pour « indépendant », il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l’existence d’une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s’il y a ou non apparence d’indépendance (...) »

Quant à la condition d’« impartialité », elle revêt deux aspects. Il faut d’abord que le tribunal ne manifeste subjectivement aucun parti pris ni préjugé personnel. Ensuite, le tribunal doit être objectivement impartial, c’est-à-dire offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (...)

Les notions d’indépendance et d’impartialité objective [sont] étroitement liées (...) ».

²⁵. « 35. La Cour réaffirme que, pour établir si un tribunal peut passer pour « indépendant » aux fins de l’article 6 § 1, il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l’existence d’une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s’il y a ou non **apparence d’indépendance** (voir, parmi beaucoup d’autres, l’arrêt *Findlay c. Royaume-Uni* du 25 février 1997, *Recueil* 1997-I, p. 281, § 73).

36. La Cour rappelle qu’il échet d’apprécier l’impartialité d’un tribunal au sens de l’article 6 § 1 selon une **démarche subjective**, essayant de déterminer la conviction et le comportement personnels du juge en telle occasion, **mais aussi selon une démarche objective**, amenant à s’assurer que ce tribunal offrirait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (voir, parmi beaucoup d’autres, les arrêts *Bulut c. Autriche* du 22 février 1996, *Recueil* 1996-II, p. 356, § 31, et *Thomann c. Suisse* du 10 juin 1996, *Recueil* 1996-III, p. 815, § 30). Il n’est pas contesté devant la Cour que seule la seconde de ces démarches est pertinente en l’espèce.

37. En l’occurrence, **il se révèle malaisé de dissocier l’impartialité de l’indépendance**, étant donné que les arguments avancés par le requérant pour contester à la fois l’indépendance et l’impartialité

Naturalmente, las doctrinas anteriores han sido aplicadas en España, tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, en jurisprudencia absolutamente consolidada. Como muestra, puede servir la STC 126/2011, de 18 Julio 2011, Pon.: PÉREZ DE LOS COBOS, FJ 15:

“Consecuentemente, las sospechas del recurrente han de considerarse infundadas porque, como reiteradamente ha declarado este Tribunal, **la vertiente objetiva de la garantía de imparcialidad se refiere, como su propio nombre indica, al objeto del proceso y asegura que el Juzgador no haya tenido un contacto previo con el thema decidendi y, por tanto, que se acerque al mismo sin prevenciones en su ánimo** (por todas STC 44/2009, de 12 de febrero), debiéndose tener en cuenta que en esta materia no bastan las meras sospechas de quien aduce la vulneración de la imparcialidad, sino que, de conformidad con la doctrina del TEDH (recientemente STDEH de 6 enero de 2010, caso Rafael Fernández-Huidobro), “el elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar los temores del interesado como objetivamente justificados (Ferrantelli y Santangelo c. Italia, §58, 7 de agosto de 1996, Colección 1996-III, y Wettstein c. Suiza, núm. 33958/96, §44, CEDH2000-XII).” En tal sentido, en el reciente ATC 51/2011, de 5 de mayo, hemos recordado que entre las causas significativas de una posible inclinación previa objetiva del magistrado que ha de juzgar un determinado asunto se encuentra “el pronunciamiento sobre los hechos debatidos en un pleito anterior (SSTC 138/1994, de 9 de mayo, FJ 7; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4; y SSTDH de 7 de julio de 1996, caso Ferrantelli y Santangelo, y de 26 de agosto de 1997, caso De Haan)” (STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3)”.

La independencia judicial, ¿un privilegio?.-

Saliendo al paso de quienes pudieran entender la independencia del poder judicial como un privilegio odioso, el magistrado brasileño Guinther SPODE ha escrito:

“Prerogatives and guarantees of the magistracy are not privileges of the magistrate, but a citizen’s right. A citizen that might eventually have a violated right will only have justice served in his favour if there are independent judges and courts, free from the possibility of interference and undue pressures from whoever it may be”²⁶.

lité du tribunal se fondent sur les mêmes éléments de fait. La Cour examinera donc les deux questions conjointement (arrêt *Langborger c. Suède* du 22 juin 1989, série A n° 155, p. 16, § 32)».

26. *General survey on the state of the independence of the Judiciary in Latin America*, en *L'indépendance de la Magistrature*, coord. Por Giacomo OBERTO y Aboudou ASSOUMA, Union Internationale des Magistrats, Lomé, Togo, 12-15 Novembre 2006, Del Rey editora, Belo Horizonte, 2011, p. 47.

Criterio que corrobora la magistrada U.S.A. Joanna SEYBERT, cuando afirma que “judges must be independent enough to protect the people’s freedoms and liberties from overreaching political agendas and the majority’s temporary whims”²⁷.

La independencia judicial como garantía del ciudadano implica, paradójicamente, que, como acaba de advertirnos SEYBERT, en ocasiones la independencia habrá de ser usada contrariando no sólo a representantes de los demás poderes, singularmente del poder ejecutivo, sino incluso a las mayorías ciudadanas tantas veces formadas artificialmente a golpe de manipulación mediática interesada. Nos referimos sobre todo a la peste – veneno de toda democracia- que son los llamados *juicios paralelos*, en los que la opinión, acuciada por la prisa que caracteriza a los medios de comunicación y al ansia de novedades, determina una *verdad* basada en las emociones y los sentimientos, sin comprender que los tiempos de la justicia no coinciden con los tiempos de la noticia; y que esos juicios paralelos contrarían radicalmente los conceptos de proceso debido, de garantías de los derechos fundamentales, de la presunta víctima y del presunto agresor; y que en definitiva, se practica una intromisión y un asalto al sagrado recinto donde los jueces, conforme a conciencia, sí, pero sobre todo, con arreglo a la ley, a lo alegado y probado – *iuxta allegata et probata*, decían los romanos- han de encontrar su decisión.

Por las razones dichas, en la Conclusión 4.4 de la Conferencia Internacional de la Union Internationale des Magistrats (UIM), celebrada en Lomé, Togo, en Noviembre de 2006, decía con rotundidad:

“Les juges doivent jouir suffisamment d’une indépendance afin de protéger les libertés des personnes contre les ambitieux programmes politiques et les caprices temporaires de la majorité. L’indépendance de la magistrature permet aux juges de prendre des décisions pouvant être contraires aux intérêts des autres pouvoirs du gouvernement ou de l’opinion publique”²⁸.

Como muestra de la consolidación de estos principios en el seno de un Estado de Derecho en el que impera una verdadera democracia avanzada, el *European Network of Councils for the Judiciary*, en el que tuve el honor de formar parte de su *Steering Committee*, aprobó un documento, titulado *Judicial Ethics, Principles, Values and Qualities*²⁹, en el que, significativamente,

27. *L’indépendance...*, cit., p. 49.

28. *L’indépendance...*, cit., pp. 232-233.

29. En la versión francesa, igualmente oficial: *Déontologie des juges. Principes, valeurs et qualités*. ENCJ Working Group, Report 2009-2010. Versión en Inglés: *Judicial Ethics Report 2009-2010*.

se define la independencia desde el punto de vista de su beneficiario, es decir, el ciudadano. Así, tras afirmarse que (traducimos nosotros) “La independencia no es un privilegio otorgado para el beneficio de los jueces”, se sigue diciendo que “La independencia es el derecho reconocido a cada ciudadano en una sociedad democrática, de beneficiarse de un poder judicial independiente (y considerado como tal) de los poderes legislativo y ejecutivo, y que está establecida para salvaguardar la libertad y los derechos de los ciudadanos en el marco del Estado de Derecho”.

En el precitado documento, también se atiende a las consecuencias y efectos de dicha independencia, incluyendo las decisiones no complacientes con la opinión pública dominante:

“Esta independencia le conduce [al juez] a aplicar el derecho, en vista de los elementos del caso particular, sin ceder al temor de desagradar ni al deseo de agradar a todas las formas del poder, ejecutivo, parlamentario, político, jerárquico, económico, mediático o de la opinión pública”.

Por lo visto hasta ahora, queda claro que el principio de la independencia del poder judicial aparece, hoy más que nunca, como uno de los criterios esenciales que permiten reconocer el carácter democrático a un régimen político, un rasgo fundamental, de carácter necesario, para que se pueda hablar de un Estado de Derecho³⁰. Dicho de otro modo: sin independencia judicial, no hay Estado de Derecho. Propiamente hablando, no hay Justicia. Sin justicia, los estados son, en palabras de AGUSTÍN DE HIPONA, grandes bandas de ladrones, *magna latrocinia*³¹. Y por si alguno no lo había entendido bien, S. AGUSTÍN aplicaba este principio a la misma Roma, a la que, al acusarla de atacar por pura codicia a otros reinos y pueblos, se preguntaba “¿qué otra cosa más que una gran banda de ladrones puede llamarse?”³².

Algo sobre la *politicación de la justicia*.

Al hablar de *independencia judicial* surge inmediatamente la cuestión de la *politicación judicial*. A menudo se acusa a los jueces y magistrados de *estar politicados*.

30. *Vide*, a este respecto, DIAKITE Fatoumata, *Aperçu général sur l'État de l'Indépendance de la Magistrature en Afrique*, en *L'indépendance...*, cit., p. 19.

31. *Quam similia sint latrocinis regna absque iustitia. Remota itaque iustitia, quid sunt regna, nisi magna latrocinia?* (S. AGUSTÍN: *La Ciudad de Dios (1ª)*, Libro IV, Cap. IV, en *Obras Completas*, XVI, B.A.C., Madrid, 1988, p. 228).

32. *Inferre autem bella finitimis, et inde in cetera procedere, ac populos sibi non molestos sola regni cupiditate conterere et subdere, quid alium quam grande latrocinium nominandum est?* (*op. cit.*, p. 232).

Aquí estamos ante otro sofisma o, si lo prefieren, ante lo que los italianos llaman un *dilema cornuto*, es decir, un problema sin solución posible, dados los términos en que se plantea.

El juez es un ciudadano. Y como tal, tiene –o al menos eso espero– sus propias ideas *políticas*. De lo contrario sería un necio. Sin embargo, el juez está para *decir la ley* (*iudex* equivale a *ius dicens*), no para imponer su opinión personal, y menos si es una opinión no jurídica, sino filosófica, política, ética, o sociológica, o la que sea.

Además, el sistema judicial es un complejísimo mecanismo de pesos y contrapesos: existen recursos (en general, demasiados, al menos en el sistema español); cuando se trata de un tribunal colegiado, hay diversas opiniones, como mínimo tres, a menudo cinco; y en algún caso, siete o más, como sucede en las salas de discordia o en los Plenos de algunas Cortes o Tribunales Supremos. Por mucho que alguien se empeñara en hacer prevalecer su opinión en contra de la ley, lo tendría muy difícil; por lo menos, en la instancia siguiente, si se trata de un juez que sentencia unipersonalmente. Sin dejar de lado que el juez o magistrado que dicta a sabiendas, o por imprudencia grave, una resolución injusta, incurre en un delito de prevaricación.

En mi opinión, modestamente avalada por algunos conocimientos de Filosofía del Derecho, el peligro puede estar, aunque a nivel bastante difuso, no tanto en si el juez es de *derechas* o de *izquierdas*, *conservador* o *progresista*, quiera ello decir lo que se quiera, sino en si cree o no en el Derecho y por tanto en la Justicia o si, por el contrario, la *utiliza* como *medio alternativo de transformación social*, como viene postulando, desde los años setenta del siglo anterior, la doctrina del *uso alternativo del derecho*.

La cuestión, en realidad, se simplifica cuando se atiende a que, lo deseable, mejor dicho, lo exigible, es que el juez pueda libremente emitir sus sentencias y resoluciones ajeno a cualquier injerencia indebida, del poder ejecutivo, sí, pero también del poder legislativo, de los poderes fácticos, e incluso de sus propios colegas o instancias judiciales superiores.

Es un problema acuciante, que preocupa tanto en América como en Europa, así como también en África. En este último continente, es expresión de lo que digo que en la ya citada Conferencia de Lomé (Togo), de la *Union Internationale des Magistrats* (Noviembre de 2011), se concluía, rotundamente, que “les juges doivent agir de façon indépendante et impartiale. Ils ne doivent subir aucune influence, que ce soit des autres pouvoirs de l’État, d’autres influences extérieures ou de celles du pouvoir

judiciaire lui-même»³³. Como también: «C'est une nécessité inhérente à toute nation que d'avoir une justice rendue par des juges impartiaux et indépendants. L'indépendance de la justice est indispensable»³⁴.

La responsabilidad del juez.-

Al mismo tiempo, la independencia judicial tiene su contrapunto en la *responsabilidad* del juez.

También fue advertido este importante aspecto por la Constitución de 1812, de tal modo que el *Discurso Preliminar* afirmaba: “Como la integridad de los jueces es el requisito mas esencial para el buen desempeño de su cargo, es preciso asegurar en ellos esta virtud por quantos medios sean imaginables. Su ánimo debe estar á cubierto de las impresiones que pueda producir hasta el remoto recelo de una separacion violenta...”

Mas la misma seguridad que adquieren los jueces en la nueva Constitucion, exige que su responsabilidad sea efectiva en todos los casos en que abusen de la tremenda autoridad que la ley les confía...”³⁵.

La responsabilidad del juez puede ser penal, disciplinaria, y civil. Es decir, el juez, en cuanto tal, responde de los delitos que pueda cometer en el ejercicio de su función (singularmente la prevaricación y el cohecho). Igualmente, responde de las infracciones recogidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en el art. 416, las clasifica como faltas muy graves, graves y leves. Las muy graves se tipifican en el art. 417; las graves en el art. 418; y las leves en el art. 419.

Es de notar que, entre las faltas muy graves se encuentran tres directamente ligadas con el principio de la independencia judicial, que no sólo es derecho, sino deber. Estas tres infracciones, repito que muy graves, son:

Art. 417.4: La intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez o magistrado.

Art. 417.6: El ejercicio de cualquiera de las actividades incompatibles con el cargo de juez o magistrado, establecidas en el artículo 389 de esta Ley,

³³ *L'indépendance de la Magistrature. The independence of the Judiciary. La independencia judicial.* Conférence Internationale, Lomé, Togo, 12-15 Novembre 2011, Del Rey, Editora, Belo Horizonte, Brasil, 2011, p. 225.

³⁴ *Loc. cit.*, p. 226.

³⁵ *op. cit.*, pp. 66-67.

salvo las que puedan constituir falta grave con arreglo a lo dispuesto en el artículo 418.14 de la misma.

Art. 417.8: La inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas.

Indirectamente, está también ligada al deber de independencia judicial, la falta, también muy grave, del art. 417.11: Faltar a la verdad en ... declaraciones de compatibilidad...

A nivel más atenuado, el art. 418 LOPJ recoge algunos tipos de falta grave, que también tienen que ver con la obligación de independencia.

Así, los números:

418.2: Interesarse, mediante cualquier clase de recomendación, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro juez o magistrado.

418.14: El ejercicio de cualquier actividad de las consideradas compatibilizables a que se refiere el artículo 389.5º de esta Ley, sin obtener cuando esté prevista la pertinente autorización o habiéndola obtenido con falta de veracidad en los presupuestos alegados.

Cabe añadir que las faltas muy graves son sancionables con suspensión, traslado forzoso o separación (Cf. art. 420.2 LOPJ).

Las garantías de la independencia judicial.-

A nivel constitucional, existen diversas soluciones según la tradición jurídica de cada país. Así, por ejemplo, la Constitución Francesa de 4 de octubre de 1958 establece, en el artículo 64, que

« Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Il est assisté par le Conseil Supérieur de la Magistrature.

Une loi organique porte statut des magistrats.

Les magistrats du siège sont inamovibles ».

En España, además de los casos en que el ataque a la independencia del juez sea constitutivo de delito, en cuyo supuesto actúan las previsiones del Código Penal, la garantía de la independencia judicial se regula en los

artículos 12 a 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Tiene especial interés el artículo 14 de los citados, que dispone :

“1. Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al juez o tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico.

2. El Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquellos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial”.

En definitiva, es función primordial de los Consejos de la Magistratura, Consejos de Justicia, etc., en sus diferentes denominaciones, la defensa y salvaguarda de la independencia judicial.

¿Y la politización del Consejo General del Poder Judicial?.-

Hablar de la politización del Consejo General del Poder Judicial, para criticarlo, es, como dicen los ingleses, *ladrar en el árbol equivocado* ³⁶. El Consejo General del Poder Judicial no es que esté *politizado*; es que *es un órgano político*. El CGPJ es, según determinan el art. 122.2 CE y el art. 558 de la LOPJ, el órgano de gobierno del Poder Judicial.

Su composición viene determinada por dicho artículo 122 CE y se concreta en el artículo 566 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la reforma de ésta operada por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de Junio, que la reformó profundamente. Se compone de veinte miembros, de los que doce son jueces o magistrados; y ocho son nombrados entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión, todos ellos designados por mitad por las respectivas Cámaras, Congreso y Senado. A ellos se añade el Presidente, nombrado por los Vocales por una mayoría de tres quintos de los miembros del Pleno, en sesión a celebrar entre los tres y siete días más tarde de la sesión constitutiva del Consejo (*Cf.* art. 586 LOPJ).

En el proceso electivo de los Vocales judiciales juegan –y seguirán jugando– un papel muy importante las Asociaciones Judiciales existentes, ya que éstas han venido proponiendo sus candidaturas tras procesos de elecciones internas más o menos complejos, aunque los jueces y magistrados no asociados tienen

³⁶. *To bark at the wrong tree*, significando que se está errando el tiro, confundiendo el problema principal.

también su oportunidad, que, lógicamente, suele ser menor por faltarles el apoyo compacto que las asociaciones pueden ofrecer a sus afiliados ³⁷.

¿Es cierto que los Vocales adoptan sus decisiones a golpe de llamada de teléfono o de indicación de los partidos afines? Pues no. Una cosa es que, cada uno de ellos tenga unas ideas políticas determinadas, más o menos arraigadas, y la otra es que sean correa de transmisión, como gusta decirse ahora, de los políticos de turno. Los vocales no están sujetos a mandato imperativo alguno (art. 581 LOPJ), por lo que son perfectamente libres –y responsables- para adoptar las decisiones que tengan por conveniente.

La regulación actual del Consejo General del Poder Judicial.-

Como hemos indicado, la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de Junio operó una modificación sustancial de la organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial.

A mi entender, se trató de un ataque en toda regla contra la independencia del Poder Judicial, propiciada por el Poder Ejecutivo de turno, por razones sobre las que no puedo profundizar al estar sujeto en gran parte al secreto de oficio.

El conjunto de la citada Ley Orgánica 4/2013 es, en su totalidad, una merma continua de las competencias, potestades y funciones del Consejo General, con una configuración claramente presidencialista que ha sido unánimemente criticada por los estamentos judiciales.

Algunos de los puntos en que se ve claramente esa tendencia debilitadora del Consejo General pueden ser los siguientes:

1.- La división de los Vocales en *vocales de primera*, o exclusivos, que, según el art. 579 LOPJ son sólo los integrantes de la Comisión Permanente (el Presidente y, tras la reforma por la L.O. , siete vocales –antes eran cinco-, *ex* Art. 601.2 LOPJ); y los *a tiempo parcial*, que son todos los demás, quienes continúan ejerciendo sus funciones en el lugar donde se hallaban antes de ser nombrados, y que acuden a las reuniones a las que son citados, cobrando dieta (Art. 584 bis, 2 LOPJ).

2.- La toma de decisiones que pasa a ser por mayoría simple, y, sobre todo, la prohibición del voto secreto, que pasa a ser *nominal y no secreto* (Art. 630.2 LOPJ).

³⁷. Sobre el proceso electivo de los Vocales judiciales, *vide* arts. 572 a 578 LOPJ.

3.- La supresión de numerosas Comisiones, entre las que destaca la ciega eliminación de la Comisión de Relaciones Internacionales, que había conseguido que España ocupara un lugar preeminente en Organismos de la importancia y prestigio de la Cumbre Judicial Iberoamericana (en la que se ocupaba la Secretaría Permanente), o la Red Europea de Consejos de Justicia, así como las numerosas relaciones bilaterales o multilaterales existentes. Agravio al que se añade que todas las actividades internacionales del Consejo General del Poder Judicial han de llevarse a cabo en coordinación con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de acuerdo con las directrices en materia de política exterior que, en el ejercicio de sus competencias, sean fijadas por éste (*cf.* Art. 562 LOPJ).

4.- La supresión de la Comisión Disciplinaria, sustituyéndola por un Promotor de la Acción Disciplinaria, lo que hace más imprevisible y posiblemente más severas las consecuencias para los jueces y magistrados que han de someterse a los respectivos dictámenes e investigaciones.

5.- La supresión de los Vocales Territoriales, que garantizaban un contacto fluido y una resolución pronta y eficaz de los problemas que afectaban a los territorios a su cargo.

En definitiva, una vez transcurrido el tiempo legal de la duración del actual Consejo, que está ahora en prórroga funcional, parece que el balance ha sido francamente negativo, siendo así que hay un clamor prácticamente unánime respecto de la modificación, o vuelta atrás, mejorando lo mejorable, hacia el anterior sistema.

Conclusión.-

La independencia del Poder Judicial es una materia ética, estrechamente ligada a la imparcialidad, a la integridad y a la transparencia. Por ello, siempre será un reflejo de la salud o predominio de los valores éticos en la sociedad en que se ejerce aquel poder.

“La vida pública, ciertamente, no puede prescindir de los criterios éticos. La paz se consigue ante todo en el terreno de los valores humanos vividos y transmitidos por los ciudadanos y los pueblos. Cuando se disgrega el tejido moral de una nación, hay que temer cualquier cosa”³⁸.

³⁸. San Juan Pablo II: *Carta apostólica con ocasión del 50º aniversario del comienzo de la Segunda Guerra Mundial*, n. 11, 27 Agosto 1989.

Aunque siempre quedará un último baluarte, la honradez de cada una, de cada uno, de los jueces y magistrados en los que se personifica el Poder Judicial: “El hombre honrado, aunque esté sometido a servidumbre, es libre. En cambio, el malvado, aunque sea rey, es esclavo, y no de un hombre, sino de tantos dueños como vicios tenga”³⁹.

39. San Agustín: *De civitate Dei*, IV, III, B.A.C., Obras Completas, T. XVI, Madrid, MCMLXXXVIII, p. 228.

5.3. JURAMENTO O PROMESA Y TOMA DE POSESIÓN DEL CARGO, EMPEZANDO POR EL DE JEFE DEL ESTADO

Tomás Mir de la Fuente

SUMARIO: I. Cargos. II. Cargos públicos. III. Funcionarios públicos. IV. Juramento o promesa: 1) En la Constitución. 2) En las leyes y reglamentos. 3) Efectos. 4) Historia. 5) Derecho Canónico, Derecho intermedio, Derecho Romano. V. Toma de posesión: 1) En la Constitución. 2) En las leyes y reglamentos. 3) Naturaleza. 4) Historia. 5) Derecho Canónico. 6) Derecho intermedio. 7) Derecho Romano. 8) Plazo posesorio. 9) Efectos para los funcionarios. 10) Efectos para otros cargos públicos. 11) Funcionarios de hecho. 12) Cesantía.

I. CARGOS.

Cargo es, en lo que nos importa ahora, según el DRAE⁴⁰, dignidad, empleo, oficio, y persona que lo desempeña. También obligación de hacer o cumplir algo. Aunque, dice el Diccionario de uso del español de María MOLINER, que, sin especificación, cargo es destino gubernamental o político, pero, cargo a secas, entendido como destino, empleo, plaza o puesto, es función retribuida que alguien desempeña en un establecimiento, un organismo, una oficina, etc.⁴¹

El desempeño de la mayor parte de cargos no precisa de formalidad alguna. El de algunos va precedido de ellas, incluso solemnes. Y no solamente el de cargos públicos.

Es el caso de los médicos. Y su juramento promisorio, el hipocrático, por Apolo, Esculapio, Hygia y Panacea, y por todos los dioses o todas las diosas, o, en la versión de la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial de Ginebra de 1948, la promesa solemne y libre por mi honor.

40. Ninguna de las acepciones es calificada como jurídica. En el *Diccionario del español jurídico*, que avala la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial, es oficio que ejerce un órgano del que es titular una persona en una determinada organización.

41. Ejemplifica: "Tiene el cargo de portero en un ministerio. Desempeña el cargo con mucha competencia".

También, el juramento o promesa de acatamiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico de los Abogados⁴², Procuradores y Graduados sociales, en calidad de personas que cooperan con la Administración de Justicia, del artículo 544 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en la historia de Mallorca, tiene el remoto antecedente de la fórmula ética y deontológica del Código justiniano exigida por el Rey Jaime I de Aragón, en Valencia el 31 de octubre de 1247⁴³ - y su complemento en los capítulos de Berenguer de Abella de 1359, confirmados por Pedro IV en 1386, de, además, observar las *Franqueses del Regne de Mallorca* y, después, en los estatutos del Real Colegio de Abogados de la ciudad de Palma de 1779, el juramento de defender que nuestra Señora Patrona la Virgen María fue preservada, y exenta de culpa original, aparte de observar estas Constituciones- y, según expedientes de exámenes realizados en la Real Audiencia, el juramento de haberse bien y lealmente en el ejercicio del *oficio*, defender a su parte según la justicia que les asistiese y desengañarla cuando no la tuviese, defender sin salario a viudas, pupilos y pobres de solemnidad, y guardar y observar las demás cosas que pertenecen al oficio de abogado.⁴⁴ Sin perjuicio de otras, en los siglos XIX y XX, adecuadas al designio político de cada momento, como ser fiel y hacer guardar la constitución de la Monarquía española⁴⁵ y otras.

En la línea de la norma remisiva de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hoy, el Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, informa en su web que, para la colegiación como ejerciente, deberá rellenar, entre otros, el documento de juramento colegial debidamente cumplimentado y firmado. El modelo dice: Prometo (juro) acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico y

42. La **Constitución Española de 1978**, habla de los Magistrados, jueces y fiscales como cargos públicos, y de los funcionarios públicos, pero también de los trabajadores, los empresarios, los profesores y los profesionales (en general, y, particularmente, del abogado, bien como defensor y letrado -arts.17.3 y 24.2- y como jurista -art. 159.2-).

43. Román PIÑA HOMS, en *Los abogados de las Baleares y su defensa corporativa (1779-2004)*, 225 *Aniversario del Ilustre Colegio de Abogados*, págs. 39 y 40, recuerda que, conforme a este juramento, debían obrar lealmente.

44. Antonio PLANAS ROSSELLÓ *La abogacía en Mallorca. Siglos XIII-XVIII*. B.S.A.L. 50 (1998) pág. 348.

45. José Ángel GARCÍA FERNÁNDEZ, *Juramento o promesa de los abogados (fórmulas y modos)*. Revista La toga, del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla nº 180 Nov/Dic. 2010, cita, entre otras, del siglo XIX, las de: Cumplir las obligaciones del *cargo de abogado* con el solo objeto de la felicidad de la Nación y la Gloria del Rey, conforme a las disposiciones de la Constitución (1809); de no pertenecer ni haber pertenecido a ninguna logia y asociación secreta de cualquier denominación que sea, ni reconocer el absurdo principio de que el pueblo es árbitro en variar la forma de gobierno establecida (1827); de ser fiel a la Reina Isabel II y a su Augusta Madre como regente gobernadora, observar las leyes del Reino y cumplir fielmente las obligaciones de mi *cargo* (1836); de guardar la Constitución de la Monarquía, ser fiel al Rey y cumplir bien y lealmente todas las obligaciones que las leyes y los reglamentos les impongan (1870). Y del siglo XX: la de prometer por su honor guardar la Constitución de la República Española y cumplir fiel y lealmente todas las obligaciones que las leyes y disposiciones reglamentarias impongan (1932); de fidelidad a la ley e Instituciones del Estado en la forma establecida (1946).

cumplir fielmente las obligaciones y normas deontológicas de la profesión de abogado. Me comprometo a ratificar públicamente este documento/promesa delante de la Junta de Gobierno del Colegio.

Cualquier otro profesional puede tener que jurar o prometer el *cargo de perito*, en los términos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo artículo 474 dispone que, antes de darse principio al acto pericial, los peritos titulares, y aún los prácticos, prestarán juramento, conforme al artículo 343, de proceder bien y fielmente en sus operaciones, y de no proponerse otro fin que el descubrir y declarar la verdad. Como los 440 y 442 que, en la prueba testifical del testigo que no entendiere o hablare el idioma español, dicen que el intérprete, elegido entre los que tengan título de tal, prestará juramento de conducirse bien y fielmente en el desempeño de su cargo; y, en la de testigo que fuere sordomudo y no supiere leer, el intérprete que se nombre, el maestro titular de sordomudos del pueblo o cualquiera que supiese comunicarse con él, lo mismo. De igual modo que, en la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, el artículo 335.2 dice que, al emitir su dictamen, todo perito deberá manifestar bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliera su deber como perito, hablando el 342 de la previa aceptación del cargo de perito. Es la misma expresión del artículo 618 de la Ley de 1881, que hablaba de aceptar y jurar desempeñarlo bien y fielmente.

El inicio del desempeño del cargo, no público, no exige, en principio, otra cosa que hacerlo. El trabajador por cuenta ajena no precisa tomar posesión de nada sino presentarse al centro de trabajo, o al tajo, el andamio, la obra, el buque, la oficina, la fábrica o el puesto de trabajo. No digamos el trabajador por cuenta propia y el profesional libre. Porque la posesión, hoy, se predica de las cosas y derechos en el comercio, como poder de hecho que es. Y no lo son los oficios. Ninguno, ni siquiera los oficios enajenados⁴⁶ que, el artículo 336 del Código Civil, enumera entre los bienes muebles, porque, si los había en 1889, ha dejado de haberlos.

46. Consistían en el derecho de los particulares a recibir indemnización, a cargo del Estado, por el hecho de desproveerles de cargos públicos que pasaban, de ser propiedad de tales particulares (concepción patrimonialista del poder político, propia del Antiguo Régimen), a ser efecto de las aptitudes personales o de la voluntad popular (en el Régimen constitucional). En la actualidad tal “derecho” es inconcebible (art. 103.3 CE). Lo dice Luis-Humberto CLAVERIA GOSALBEZ, pág. 932 de *Comentario del Código Civil. Tomo I. Ministerio de Justicia*. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid 1991. Si en el Código es la indemnización -reconocida por las Cortes de 12 de junio de 1822 y mayo de 1837- a los poseedores de los oficios que salieron de la corona por título oneroso y que no habían sido suprimidos por incompatibles con la Constitución y las leyes, antes, fueron, según DREA, los empleos o destinos cuya provisión por una o más veces vendía la Corona, hasta entrado el siglo XIX, como fuente de ingresos.

II. CARGOS PÚBLICOS.

Los cargos que se juran y de los que se toma posesión son los **cargos públicos**⁴⁷. Sobre cuyo juramento (o promesa) y toma de posesión -de los que siguen hablando las leyes- nos ocuparemos. Especialmente, los de los funcionarios públicos, en general, y de los de carrera de la Administración General, en particular, aunque también de los jueces y magistrados, los fiscales, el personal al servicio de la Administración de Justicia, los jurados, los militares y los funcionarios llamados de arancel (notarios y registradores de la propiedad). También de los cargos políticos. Del Rey, de los diputados y senadores, y otros representativos. De algunos oficios eclesiásticos, como el del Obispo. Porque Derecho Romano⁴⁸, Derecho Canónico, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo⁴⁹ tienen mucho que ver con el asunto.

Jurar el cargo es, para María MOLINER, en el *Diccionario de uso del español*, hacer el juramento de servir debidamente un cargo, con la fórmula y solemnidad establecidas. Para el DRAE jurar es. 3. Someterse solemnemente y con igual juramento (de fidelidad y obediencia) a los preceptos constitucionales de un país, estatutos de las órdenes religiosas.

47. En la medida de que la CE, al referirse al juramento del Rey (al ser proclamado ante las Cortes Generales), del Príncipe heredero y del Regente o de los Regentes (al hacerse *cargo* de ellas), se refiere a sus funciones, y al reconocer a los ciudadanos el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos, se puede pensar que por tales solamente han de entenderse los *cargos públicos de representación política*. Realmente, los cargos públicos a que se refiere el artículo 23.2 CE solo son éstos -a los que aludió la STC 23/1984 de 20 de febrero- pero los hay también en el Poder Judicial, cuya Ley Orgánica califica de tales *ex* 339 y 340, a los de Presidente de la AN, TSJ y Audiencias Provinciales, y el TC 198/1989, de 27 de noviembre, a propósito del respeto de la igualdad en el derecho de acceso a la Presidencia de ésta últimas, por parte del artículo 337 de la LOPJ. Vid. Benjamín FERNANDEZ CASTRO *Problemática de la selección, acceso y competencias a las funciones y cargos públicos*. XIII Jornadas de Estudio de la DG del Servicio Jurídico del Estado. Los derechos fundamentales y libertades públicas. Vol. II págs. 1765 y ss. En el Código Penal no se define el cargo público, a diferencia de las autoridades y funcionarios, que lo son a efectos penales, en términos que pueden comprender a todos los cargos públicos, en sentido amplio. *Iudicare munus publicum est*. Paulo I. 78. Digesto De iudiciis 5.1. *Munus publicum est officium privati hominis, ex que commodum ad singulos universos que cives, remque eorum imperio magistratus extraordinarium pervinet* (cargo público es la función ejercida por un hombre privado, de la cual resulta extraordinaria utilidad, por imperio del magistrado, a todos y a cada uno de los ciudadanos y a los bienes de ellos.. Pomponio I, 239 Digesto de decurionibus 50,2,

48. Tanto Público como Privado, que, en 1977, para Ángel LATORRE SEGURA, en *Introducción al Derecho*. Ariel. Barcelona, forman una unidad, y, según J.A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, en 1970, en *Tratado de Derecho Administrativo* Vol. II Editorial de Derecho Privado, ha influido y aún influye en la concepción actual de un buen número de instituciones jurídico-administrativas. Lo afirma Ricardo PÁNERO GUTIÉRREZ, en AFDUDC. 13 (2009), recensionando el libro de Carlos VALERA GIL *El estatuto jurídico del empleado público en Derecho Romano*. Dykinson S. L. Madrid 2007.

49. VALERA GIL, Carlos, *Ibidem.*, considera posible hablar de un Derecho Administrativo Romano. Theodor MOMMSEN escribió entre 1871 y 1888 un *Römische Staatrech o Derecho Público* (o constitucional, según alguna traducción) *Romano*, de cuya versión francesa habló desde 1916 repetidamente Maurice HAÛRIOU en los *Principios de Derecho Público y Constitucional*, traducidos al castellano en 1927 por Carlos RUIZ DEL CASTILLO. Ed. Reus. Madrid, págs. 204, 207, 225, 233, 269 y 316.

Tomar posesión, es para DRAE, hacerse cargo de lo que se va a poseer, en ejercicio de lo que se va a poseer. Como darla, es poner real y efectivamente a su disposición la cosa corporal, entregarle u otorgar un instrumento como símbolo de la tradición real, que se excusa, o dar señal con algún acto u objeto transferible, derechos o cosas incorpóreas. Porque, ha dicho, que posesión es acto de poseer o tener una cosa corporal o cosas incorpóreas, aunque en rigor no se posean.

María MOLINER, que no piensa solo en cargos públicos, dice que tomar posesión (“de”) se emplea en correspondencia con la frase “dar posesión”, con referencia al acto oficial o ceremonia en que una persona se hace cargo de un empleo. Y dar posesión (*absol*, o con “de”) es entregar formalmente o solemnemente una cosa a alguien. Se aplica particularmente al acto de hacer oficialmente entrega a una persona de un cargo: “El director saliente da posesión al nuevo director”. La juridicidad de estos conceptos, y otros, como los de jura⁵⁰ y juramento (asertorio⁵¹ o promisorio⁵²), y la relevancia incluso moral de sus efectos⁵³ remite a una larga historia.

III. FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

Los administrativistas en España, al estudiar la **función pública**, han destacado la relación histórica de la toma de posesión con la tradición, mediante la cual, algunos contratos transmiten el dominio, en palabras del artículo 609 de Código Civil. Así, José Ramón PARADA VÁZQUEZ⁵⁴, al tratar del ingreso de los funcionarios públicos, dice de la toma de posesión que evoca la vieja concepción de los oficios públicos como propiedades, y que, como éstas se adquieren en base a un título y un modo, éste es, justamente, la toma de posesión.

50. Acción de jurar solemnemente la sumisión a ciertos preceptos u obligaciones y juramento (afirmación o negación poniendo por testigo a Dios, por sí mismo o por sus criaturas), en DRAE.

51. Aquel en que se afirma la verdad de algo presente o futuro, en DRAE.

52. Que encierra una promesa. DRAE.

53. El segundo mandamiento del Decálogo es de: No invocarás (o jurarás o tomarás) el nombre de Dios en vano; y el perjurio, en Derecho Canónico, es un delito contra la religión y la unidad de la Iglesia (CIC c. 1368). El falso testimonio es delito del Código Penal. En el catecismo de la Iglesia Católica de 1992 se recordaba en 2153 que, en el sermón de la Montaña, Jesucristo dijo: Habéis oído que a vuestros antepasados se les dijo: no perjurarás, sino que cumplirás al Señor tus juramentos, pues yo os digo que no juréis en modo alguno. Vuestro lenguaje sea: *sí, sí; no, no*; que lo que pasa de aquí viene del Maligno (Mat.5,33-34. 37 cf. St. 5-12).

54. *Derecho Administrativo. Organización y empleo público*. Marcial Pons. Madrid 2008.

Otros⁵⁵, antes, en la Parte Especial de sus Cursos -en los que estudiaban los medios personales de la Administración Pública (sin perjuicio del estudio del nombramiento, en la Parte General, como dentro de las clases de acto administrativo)-, se remontaban en la historia reciente o la más remota. En la estela de ZANOBINI⁵⁶, recientemente, Carlos VALERA GIL⁵⁷, va más allá del siglo XIX, donde la mayoría sitúan el nuevo sesgo histórico que supuso el R.D. de 18 de julio de 1852, llamado de Bravo Murillo. Antes, aún, en 1960, había dicho Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁸ que “la historia de la Administración occidental arranca en línea recta de la reacción ante el orden feudal, de los reinos y los monarcas, que, para sobrevivir, han de feudalizarse a sí mismos, pero sin perder el carácter de portadores de una idea política nueva, que va a realizarse por obra de dos influencias decisivas, de dos préstamos sucesivos de técnicas, que van a permitirles trascender la atomización estructural existente y emprender la gran creación del Estado moderno: el ejemplo de la Iglesia católica⁵⁹, en lo organizativo, con la recepción casi en bloque del Derecho Canónico de los oficios, y la recepción del Derecho Romano, que aporta la idea esencial de un poder político absolutamente liberado de los compromisos y de los pactos⁷⁷”.

55. J.A. GARCÍA-TREVIJANO FOS *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III Vol. I cap. II. De la burocracia a la función pública en el ordenamiento español. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid 1970.

56. Curso de Diritto amministrativo. 1946. pág.45. Decía: el acto de toma de posesión puede asimilarse a la *traditio* del Derecho Romano o a la investidura del Derecho feudal.

57. *El estatuto jurídico del empleado público en el Derecho Romano. Ibídem.*

58. *La Administración pública en el Estado contemporáneo*. Conferencia, incluida en *La Administración española*. Alianza Editorial. 1972. Como 6. La organización y sus agentes: revisión de estructuras. págs. 101 y ss.

59. La Iglesia romana es verdaderamente el heredero directo del Imperio romano, dice este autor, del que, añade, prenda la técnica organizativa basada en los *offici* impersonales, de las magistraturas orgánicas concebidas como centros abstractos de competencias totalmente independientes de las personas de sus titulares.

IV. JURAMENTO O PROMESA.

1) En la Constitución.

La Constitución⁶⁰ española de 1978 regula los juramentos del Rey (que es *ex art. 56* el Jefe del Estado), y del Príncipe heredero⁶¹ (que es *ex art. 57* el sucesor *de la Corona de España o en el trono*).

El artículo 61 dispone: 1. El Rey, al ser proclamado ante las Cortes Generales, prestará juramento -no dice "o promesa"- de desempeñar fielmente sus funciones y guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y de respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas. 2. El príncipe heredero, al alcanzar la mayoría de edad, y el Regente o Regentes, al hacerse cargo de sus funciones, prestarán el mismo juramento, así como el de fidelidad al Rey.

Es tradicional en la historia de España que la Constitución o, en su caso, las Leyes Fundamentales dispongan y regulen el **juramento o promesa** del Jefe del Estado y su sucesor.

El artículo 131 de la **Constitución política de la Monarquía española de 1812** disponía: Las facultades de las Cortes son: Primera... Segunda: Recibir el juramento al Rey, al Príncipe de Asturias, y a la Regencia, como se previene en sus lugares.

60. En el artículo 42 de la **Constitución de Weimar** de 1919, el Presidente del Reich prestaba ante el Reichstag el siguiente juramento: Juro consagrar mi energía al bien del pueblo alemán, incrementar su bienestar, evitarle todo mal, guardar la Constitución y las leyes del Reich, cumplir en conciencia mis deberes, observar la justicia y el respeto de todos. Juramento al que estaba permitido añadir un juramento religioso. En la primera **Constitución francesa de 1791** (que contiene como preámbulo la célebre Declaración de los derechos del Hombre), el rey juraba: Yo, Rey de los franceses, juro emplear el poder que me es delegado por la ley constitucional del Estado en mantener la Constitución, decretada por la Asamblea Nacional y aceptada por mí, y en hacer ejecutar las leyes. Maurice HAURIUO *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Ed. Reus. 1927. Antes, en 1788, la **Constitución de los Estados Unidos de América**, en el artículo II Sección 1ª.3, en relación con el Presidente de los Estados Unidos de América, dispone: Antes de entrar en el ejercicio de su cargo prestará el siguiente juramento o promesa: Juro (o prometo) solemnemente que desempeñaré fielmente el cargo de Presidente de los Estados Unidos, y que haré todo lo que pueda por guardar, proteger y defender la Constitución de los Estados Unidos. Manuel Jiménez de Parga *Los regímenes políticos contemporáneos*. Tecnos. 1960 pág. 463. En Gran Bretaña, en virtud de la **Establishment Act** de 1701, los católicos fueron excluidos de la sucesión al trono, debiendo jurar, hasta 1910, en el momento de acceder al mismo, que no creía en la transubstanciación; después bastó con declarar su pertenencia a la Iglesia anglicana, de la cual el rey es jefe, siendo coronado en el transcurso de una celebración religiosa. Maurice DUVERGER *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*. Ariel. 1970 pág. 254.

61. Ya los reguló la Constitución de 1812, y, además, el juramento de los diputados, el de los magistrados y el de los individuos de los ayuntamientos y diputaciones de provincia en sus artículos 117, 279 y 337.

El artículo 173, por su parte: El Rey, en su advenimiento al trono, y, si fuera menor de edad, cuando entre a gobernar el reino, prestará juramento, ante las Cortes, bajo la fórmula siguiente: "N. (aquí su nombre) por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas: juro por Dios y por los santos evangelios que defenderé y conservaré la religión católica, apostólica, romana, sin permitir otra alguna en el reino; que guardaré y haré guardar la Constitución política y leyes de la Monarquía española, no mirando en cuanto hiciere sino al bien y provecho de ella; que no enajenaré, cederé ni desmembraré parte alguna del reino; que no exigiré jamás cantidad alguna de frutos, dinero ni otra cosa sino las que hubieren decretado las Cortes; que no tomaré jamás a nadie su propiedad y que respetaré sobre todo la libertad política de la Nación, y la personal de cada individuo; y, si en lo que he jurado, o parte de ello, lo contrario hiciere, no debo ser obedecido; antes aquello en que contraviniere, sea nulo y de ningún valor. Así Dios me ayude, y sea en mi defensa; y si no, me lo demande".⁶²

El artículo 196 decía: una y otra Regencia prestarán juramento según la fórmula prescrita en el artículo 173, añadiendo la cláusula de que serán fieles al Rey; y la Regencia permanente, además, la de que observará las condiciones que le hubieren impuesto las Cortes para el ejercicio de su autoridad, y que, cuando llegue el Rey a ser mayor, o cese la imposibilidad, le entregará el gobierno del reino, bajo la pena, si un momento lo dilata, de ser sus individuos habidos y castigados como traidores.

El 212, que el Príncipe de Asturias, llegado a la edad de catorce años, prestará juramento ante las Cortes, bajo la fórmula siguiente: "N. (aquí el nombre), Príncipe de Asturias, juro por Dios y por los santos Evangelios que defenderé y conservaré la religión católica, apostólica, romana, sin permitir ninguna otra en el reino, guardaré la Constitución política de la Monarquía española y seré fiel y obediente al Rey. Así Dios me ayude".

El Estatuto Real de 1834 se refirió a esos juramentos, así:

Artículo 27. Con arreglo a la ley 5ª título 15 partida 2ª, se convocarán Cortes generales después de la muerte del Rey, para que jure su sucesor la obediencia a las leyes y reciba de las Cortes el debido juramento de fidelidad y obediencia.

62. En el discurso preliminar, leído al presentarse el proyecto, se dijo de esta fórmula: *va concebida en el estilo más grave y decoroso que, al paso que le constituye Rey, debe hacer en su ánimo una profunda impresión acerca de qual sea la naturaleza de sus sagradas obligaciones.*

Artículo 29. En el caso expresado en el artículo anterior -cuando el Príncipe o Princesa que haya heredado la Corona sea menor de edad- los guardadores del Rey niño jurarán en las Cortes velar lealmente en custodia al Príncipe, y no violar las leyes del Estado recibiendo de los Próceres y de los Diputados el debido juramento de fidelidad y obediencia.

En la **Constitución de 1837**, dispuso el artículo 40: Además de la potestad legislativa que ejercen las Cortes con el Rey, les pertenecen las siguientes facultades: 1ª. Recibir al Rey, al sucesor inmediato de la Corona y a la Regencia o Regente del Reino, el juramento de guardar la Constitución y las leyes.

El artículo 39 de la **Constitución de 1845** repitió lo anterior. Que completó con el artículo 59, que dijo: El Regente prestará ante las Cortes el juramento de ser fiel al Rey menor y de guardar la Constitución y las leyes. Si las Cortes no estuvieran reunidas el Regente las convocará inmediatamente, y entre tanto prestará el mismo juramento ante el Consejo de Ministros, prometiendo reiterarlo ante las Cortes tan luego como se hallen congregadas.

La **Constitución de 1869**, que, en su artículo 58, decía que, además de la potestad legislativa, corresponde a las Cortes: 1º Recibir al Rey, al sucesor inmediato de la Corona y a la Regencia, el juramento de guardar la Constitución y las leyes, dispuso, en el artículo 79, que: Cuando falleciera el Rey, el nuevo Rey jurará guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes, del mismo modo y en los mismos términos que las Cortes decreten para el primero que ocupe el trono conforme a la Constitución. El mismo juramento prestará del Príncipe de Asturias cuando cumpla dieciocho años.

La **Constitución de 1876** -que, en su artículo 45 decía que, además de la potestad legislativa que ejercen las Cortes con el Rey, les pertenecen las facultades siguientes: 1ª Recibir al Rey (...) el juramento de guardar la Constitución y las leyes-, dispuso, en el artículo 69: El Regente prestará ante las Cortes el juramento de ser fiel al Rey menor y de guardar la Constitución y las leyes. Si las Cortes no estuvieran reunidas el Regente las convocará inmediatamente, y entre tanto prestará el mismo juramento ante el Consejo de Ministros, prometiendo reiterarlo ante las Cortes tan luego como se hallen congregadas.

La **Constitución de 1931**, dispuso, en su artículo 72: El Presidente de la República -que es el Jefe del Estado y personifica la Nación, según el 67- *prometerá* ante las Cortes, solemnemente reunidas, fidelidad a la República y a la Constitución.

La **Ley Fundamental del Reino, de Sucesión a la Jefatura del Estado, de 1946**, según el texto refundido de las leyes fundamentales del Reino, aprobado por Decreto de 20 de abril de 1967, en su artículo 7, estableció: Cuando, vacante la Jefatura del Estado, fuese llamado a suceder en ella el designado según el artículo anterior, el Consejo de Regencia asumirá los poderes y convocará conjuntamente a las Cortes y al Consejo del Reino, para recibirle el juramento prescrito en la presente Ley y proclamarle Rey o Regente. Y el artículo 10: Para ejercer la Jefatura del Estado como Rey o Regente se requerirá ser... y jurar las Leyes fundamentales, así como lealtad a los Principios que informan el Movimiento Nacional. El mismo juramento habrá de prestar el sucesor de cumplir la edad de treinta años.

2) Las leyes y reglamentos regulan otros juramentos y promesas⁶³ de funcionarios y cargos públicos, y, aún, de otros⁶⁴, como:

- El artículo 21 de la **Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional** dispone que el Presidente y los demás Magistrados del Tribunal Constitucional, prestarán, al asumir el cargo ante el Rey, el siguiente juramento: “Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución española, lealtad a la Corona y cumplir mis deberes como Magistrado Constitucional”.

- El artículo 62 del Texto refundido⁶⁵ de la **Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto básico del empleado público** dispone: 1. La condición de funcionario de carrera se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos: a) Superación del proceso selectivo; b) Nombramiento por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el Diario oficial correspondiente; c) *Acto de acatamiento* de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico; d) Toma de posesión dentro del plazo que se establezca.

63. Se ha impuesto, final y mayoritariamente, hablar de juramento o promesa, como alternativa por la que se decante el nombrado o electo, y aún de acto de acatamiento. Por la conciencia y honor, a causa de la libertad ideológica, religiosa y de culto y la *aconfesionalidad* del Estado del artículo 16 CE. Sobre la *no disyuntividad* vid. Gregorio SALVADOR escribió, en ABC del 26 de julio de 1988, un artículo titulado *Jurar y prometer*, en el que decía que en el uso real de nuestra lengua -y ya antes de nuestra lengua latina- el juramento es la promesa comprometida, no la simple promesa, que nuestro léxico académico define como “la que no se confirma con voto o juramento”.

64. El **Código Civil** regula un juramento o promesa *obligado* para **simples ciudadanos**. Es el caso del artículo 23, que establece, hoy, y desde la 36/2002, según la D.F. 1ª de la Ley 12/2015, como requisito común para la validez de la adquisición de la nacionalidad española, por opción, carta de naturaleza o residencia, que el mayor de catorce años y capaz para prestar una declaración por sí, el juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución a las leyes. Antes, y desde la Ley de 15 de julio de 1954, el juramento de fidelidad al Jefe del Estado y de obediencia a las Leyes.

65. R.D. Legislativo. 5/2015, de 30 de octubre.

• La Disposición derogatoria de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, dispuso, en su día: 1. Quedan derogados los siguientes preceptos de las disposiciones que se citan: A) Totalmente: Artículos: 36. c)... del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964; que, disponía: La condición de funcionario de carrera se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos: a) Superar las pruebas de selección, y, en su caso, los cursos de formación que sean procedentes; b) Nombramiento conferido por la autoridad competente; c) *Jurar acatamiento a los principios fundamentales del Movimiento Nacional y demás leyes fundamentales del Reino*⁶⁶; d) Tomar posesión dentro del plazo de un mes, a contar de la notificación del nombramiento.

• El artículo 1 del **Real Decreto 707/1979, de 5 de abril** dispuso que, en el acto de toma de posesión de cargos o funciones públicas en la Administración, quien haya de *dar posesión* formulará al designado la siguiente pregunta: “¿Juráis o *prometéis*⁶⁷ por vuestra conciencia y honor⁶⁸ cumplir fielmente las obligaciones del cargo..., con lealtad al Rey, y guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado?”. Esta pregunta será contestada por quien haya de tomar posesión con una simple afirmativa⁶⁹. La fórmula anterior podrá ser sustituida por el juramento o promesa prestado *personalmente* por quien va a *tomar posesión* de cumplir fielmente las obligaciones del cargo con lealtad al Rey y de guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado.

• El artículo 7 de la **Ley 39/2007, de 19 de diciembre de la carrera militar** se refiere al juramento o promesa ante la Bandera de España y dispone: 1. Todo militar tiene el deber de prestar ante la Bandera juramento o promesa de defender a España. Este juramento o promesa se efectuará durante la enseñanza de formación de acuerdo con lo que se establece en

66. El Decreto 1184/1963 de 10 de agosto aprobó la fórmula de juramento para la toma de posesión de cargos o funciones públicas: “Juro servir a España con absoluta lealtad al Jefe del Estado, estricta fidelidad a los principios básicos del Movimiento Nacional y demás leyes fundamentales del Reino, poniendo el máximo *celo y voluntad* en el cumplimiento de las obligaciones del cargo de (...) para el que he sido nombrado.”

67. DRAE Promesa es, ofrecimiento solemne, sin fórmula religiosa, pero equivalente al juramento de cumplir bien los deberes de un cargo o función que va a ejercerse.

68. Honor es, en DRAE. 8. Ceremonial con el que se celebra a alguien por su cargo y dignidad. Conciencia, también en DRAE. 2. Es conocimiento interior del bien y del mal.

69. Guardar y *hacer guardar* la Constitución es más que acatarla. Es cumplir y hacerla cumplir. Acatar dice DREA es: 1. Tributar homenaje de sumisión y respeto. 2. Aceptar con sumisión una autoridad o unas normas legales, una orden, etc. Guardar, es: 3. Observar o cumplir aquello a lo que se está obligado (11. ant. Acatar, respetar, tener miramiento). Hacer, es: 42. Poner cuidado y diligencia para la ejecución de algo.

este artículo y será requisito previo e indispensable a la adquisición de la condición de militar de carrera, de militar de complemento y militar de tropa y marinería. 2. El acto de juramento o promesa ante la Bandera de España será público, estará revestido de la mayor solemnidad y se ajustará a la siguiente secuencia: El jefe de la unidad militar que tome el juramento o promesa ante la Bandera pronunciará la siguiente fórmula: “¡Soldados (o el término que convenga para su adecuación a los que vayan a prestar su juramento)! ¡Juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente vuestras obligaciones militares, guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado, obedecer y respetar al Rey y a vuestros jefes, no abandonarlos nunca, y, si preciso fuera, entregar vuestra vida en defensa de España?”. A lo que los soldados contestarán: “¡Sí, lo hacemos!” El jefe de la unidad militar replicará: “Si cumplís vuestro juramento o promesa, España os lo agradecerá y premiará y si no, os lo demandará”, y añadirá “Soldados. ¡Viva España!” y “¡Viva el Rey!”, que serán contestados con los correspondientes: “¡Viva!”. A continuación, los soldados besaran uno a uno la Bandera y, posteriormente, como señal de que España acepta su juramento o promesa, desfilarán debajo ella⁷⁰.

- El artículo 56 de la **ley 3/2007, de 27 de marzo de la función pública de la CAIB** dispone en su nº 1. La condición de personal funcionario se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los requisitos siguientes:
 - a) Superación del procedimiento selectivo de acceso al empleo público;
 - b) Nombramiento y publicación de éste por parte del órgano competente;
 - c) Juramento o promesa de cumplir la Constitución, el Estatuto autonomía de las Illes Balears y el ordenamiento vigente, en el ejercicio de la función;
 - d) Toma de posesión dentro del plazo establecido reglamentariamente.

- El artículo 65 de la ley 2/1989, de 22 de febrero de la función pública de la CAIB exigía: c) Juramento o promesa de acatar la Constitución, el Estatuto de autonomía de la comunidad autónoma de las Illes Balears y el ordenamiento vigente.

- El artículo 137 del **Decreto 781/1986, de 18 de abril que aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local** dispone:

⁷⁰. En el artículo 40.2 de la Ley del Servicio Militar 13/1999, de 20 de diciembre, el soldado y marino de reemplazo, durante el cumplimiento del servicio militar, habían de prestar juramento o promesa, ante la Bandera, de defender España con lealtad al Rey y fidelidad a la Constitución. En la ley de 24 de diciembre de 1980, jurar por Dios o por su honor y prometer a España, besando con unción su bandera, obedecer y respetar al Rey y sus jefes, no abandonarles nunca y *derramar*, si fuera preciso, en defensa de la soberanía e independencia de la Patria, de su integridad territorial y del ordenamiento constitucional, *hasta la última gota de nuestra sangre*.

1. La condición de funcionario de carrera se adquiere se adquiere por el cumplimiento sucesivo de la los requisitos siguientes: a) Nombramiento conferido por la autoridad competente: b) Prestar juramento o promesa en la forma legalmente establecida. c) Tomar posesión dentro del plazo señalado reglamentariamente.

- Los miembros de la carrera judicial prestarán, antes de posesionarse del primer destino, el siguiente juramento o promesa: “Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente *en todo tiempo* la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todos”. El mismo juramento o promesa se prestará cuando se ascienda de categoría en la carrera. Lo dispone la **Ley Orgánica del Poder Judicial** en los artículos 317 a 320.

- A los ciudadanos designados para actuar como jurados⁷¹ en el Tribunal del Jurado -definido como institución para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia- una vez que se haya constituido, se les recibirá juramento o promesa, en la forma prevista en el artículo 41 de la **Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo**, modificado por la 8/1995, de 16 de noviembre. Puestos en pie el Magistrado-Presidente dirá: ¿Juran o prometen

71. El artículo 93 de la **Constitución de 1869** se refirió al cargo de Jurado en el juicio por jurados. Aunque la función del jurado no es la única cuyo nombre (o apellido) se relaciona directamente con el juramento.

El artículo 309 de la **Constitución de 1812** -sin darles en nombre de jurados (por más que en el discurso preliminar recordó el método de juzgar por jurados en Inglaterra, y el Fuero de Toledo y alguna práctica en la *isla de Ivisa y Formentera*, como precedentes propios)- contempló la posibilidad de distinguir los jueces de hecho, de los de derecho y, con el tiempo, la conveniencia de establecerla. El artículo 103 se refiere a la institución del Jurado como medio de participación del pueblo en la Administración de Justicia.

En el Derecho histórico de Mallorca, los miembros de la **Juraria** eran los *jurats de la ciutat i el regne qui government et administrent per unum annum totam insulam*, que juraban ante el Batle real, en la iglesia de Santa Eulalia, en el acto de toma de posesión, que: *per nostre poder e saber -salva, en per tots temps i en totes les coses, la leialtat, dret e senyoria del Senyor Rey- procurarem la utilitat e comú profit de la Universitat de la Ciutat e Regne de Mallorques e dels habitants de aquella, e esquivarem coses damnoses e inútils, e no rebrem preus, serveys ne salaris, e no prendrem jurisdicció ordinaria e arbitraria e guardarem los drets al dit senyor Rey*: Lo recoge Román PIÑA HOMS en *El Derecho histórico del Reino de Mallorca*. Ediciones Cort. Palma de Mallorca 1993 págs. 305 y ss., como contenido en el acta del Gran i General Consell. ARM 1440-1444. Fol. 65 vto.

En el Derecho Histórico español, en materia de orden público, hubo hasta no hace mucho, y desde 1876, los *Guardas jurados* (antes llamados, en la RO de 8 de noviembre de 1849 y el artículo 283.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1882, de montes, campos y sembrados), los *Guardas jurados marítimos*, y los *Guardas jurados de entidades bancarias, de ahorro y de la Industria y Comercio*, que se convierten, luego en Vigilantes Jurados de Seguridad y, hoy son Vigilantes de Seguridad, a los que la Administración habilita, y no juran ni prometen. En esta misma línea, hubo, y hoy, aunque sin juramento, *Traductores- Intérpretes Jurados* con el juramento o promesa solemne equivalente, en la forma que determina el Código de Ética Profesional, y *Censores jurados de Cuentas miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España*.

desempeñar bien y fielmente la función⁷² del jurado, con imparcialidad, examinar con rectitud la acusación formulada contra -aquí se incluirá el nombre y apellidos de cada acusado-, apreciando sin odio ni afecto las pruebas que se les dieran y resolver si son o no culpables de los delitos imputados⁷³, así como a guardar secreto de las deliberaciones? Los jurados se irán aproximando, de uno en uno, a la presencia del Magistrado-Presidente y, colocados frente a él, dirán: “Sí juro” o “sí prometo” y tomarán asiento en el lugar destinado al efecto.

- El artículo 45 del **Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal** dice que la condición de miembro de esta carrera se adquiere, una vez hecho válidamente el nombramiento, por el juramento o promesa y la toma de posesión. Los miembros del MF, antes de tomar posesión de su primer destino, prestarán juramento o promesa de guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y desempeñar bien y fielmente las funciones fiscales.

- El artículo 443.1 de la LOPJ dispone que el ingreso en el Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia se producirá por el cumplimiento de los siguientes requisitos: (...) d) juramento o promesa de cumplir fielmente las obligaciones del cargo y hacer guardar la Constitución como norma fundamental.

Los artículos 459.1 y 460 de la LOPJ dispusieron que todos los que integran el personal al servicio de la Administración de Justicia prestarán juramento o promesa, al tomar posesión de su primer destino. La fórmula del juramento: “... (como el de los jueces y magistrados, salvo el final, que no incluye administrar recta e imparcial justicia ni cumplir mis deberes judiciales frente a todos, sino) y cumplir los deberes de mi cargo”. Hoy no. El artículo 747.1 dispone: El personal funcionario de carrera de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia se regirá por las normas contenidas en esta ley orgánica, en las disposiciones que se dicten en su desarrollo, y con carácter supletorio, en lo no regulado en estas normas, por la normativa del Estado sobre Función Pública.

- La **Ley del Notariado** dispone, en el artículo 15, que los notarios, para entrar en el ejercicio de su cargo, jurarán ante la Audiencia del territorio

72. El artículo 3.4 de la Ley Orgánica, cuando contempla la posibilidad de dirigirse al Magistrado-Presidente para pedirle amparo si los jurados se consideran inquietados o perturbados en su independencia en el ejercicio de su función alude al *desempeño de su cargo*.

73. Se había dicho: Desempeñar bien y fielmente la función del jurado, con imparcialidad, sin odio ni afecto, examinando la acusación, apreciando las pruebas y resolviendo si son culpables o no culpables de los delitos objeto del procedimiento los acusados ..., así como a guardar secreto de las deliberaciones.

obediencia y fidelidad al Rey, guardar la Constitución y las leyes, y cumplir bien y lealmente su cargo. Y el 36 del Reglamento Notarial que el nuevo Notario prometerá fidelidad a la Constitución y cumplir todas las obligaciones que las leyes y demás disposiciones del Poder Público le impongan.

- El artículo 515 del **Reglamento Hipotecario** establece que, una vez constituida la correspondiente fianza, los aspirantes prestarán juramento o promesa de cumplir fielmente las obligaciones del cargo de Registrador con lealtad al Rey y de guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado.

- El artículo 108.8 de la **Ley Orgánica de Régimen General electoral**, refiriéndose a los Diputados al Congreso dice: En el momento de tomar posesión y para adquirir la plena condición de sus cargos los candidatos electos deben jurar o prometer acatamiento⁷⁴ a la Constitución. El artículo 195.4 de LOREG dispone que los concejales electos deben jurar o prometer su acatamiento a la Constitución, tal y como establece el artículo 108, tomando así posesión y adquiriendo en este momento a plena condición de su cargo.

- El artículo 224.2 de la LOREG, en su título VI (disposiciones especiales para las elecciones al Parlamento Europeo), dispone que, en el plazo de 5 días desde su proclamación, “los candidatos electos deberán jurar o prometer acatamiento a la Constitución ante la Junta Electoral Central, de tal forma que, transcurrido dicho plazo, la Junta Electoral Central declarará

⁷⁴. Acatar es menos exigente que guardar y *hacer guardar*. Y, en cualquier caso el acatamiento, como dijo el TC en STC 101/1983, de 18 de noviembre, entre otras, no debe entenderse como adhesión ideológica o una conformidad con su total, pues también se respeta en el supuesto que también se pretenda su modificación por los cauces establecidos en los artículos 166 y siguientes, ni se confunda con una total adhesión personal a los valores, principios y reglas de la Constitución, siendo así que en un Estado democrático es posible y necesaria una interpretación que relativiza la importancia “del empleo de ritos o fórmulas verbales ritualizadas como fuente de creación de deberes jurídicos y de compromisos *sobrenaturales*”, según dijo STC 119/1990. Pero el acceso al cargo público implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la Constitución. Para entenderlo cumplido no bastará emplear la fórmula ritual, sino emplearla, además, sin acompañarla de cláusulas o expresiones que de una u otra forma, vacíen, limiten o condicionen su sentido propio, sea cual fuese la justificación invocada.

La fórmula no es incompatible con adiciones que no supongan incumplimiento, por lo que la STS 119/90 ha señalado que, añadidos del tipo “por imperativo legal”, denotan simplemente que el acatamiento no es una decisión espontánea sino simple voluntad de cumplir un requisito que la ley impone para obtener un resultado querido que es alcanzar un cargo. La última diputada del Parlamento de Illes Balears que prometió su acatamiento a la Constitución y el Estatuto de autonomía, según parece (Fernando MERINO *El imperativo de la diputada de Esquerra Republicana* Diario EL MUNDO-ÉLDÍA DE BALEARES de 12 de abril de 2018), lo hizo “por imperativo legal, en representación del pueblo que es soberano y reconociendo el derecho de los ciudadanos de Baleares a decidir libremente sobre su futuro, siempre con el celo más riguroso hacia los derechos humanos (etc.)”, que alarga la de otros que, en su día, lo hicieron “por imperativo legal y sin perjuicio del derecho de autodeterminación de las Illes Balears”.

En cualquier caso hay fórmula oficial, la de varios acuerdos de la Junta Electoral Central de 1987 y 1989. Consiste en que, a la pregunta “¿Jura o promete acatar la Constitución?”, el candidato electo debe responder, conforme sea llamado y *desde el escaño que ocupe*, puesto en pie, “Sí, juro” o “sí, prometo”, anunciándose que, en caso de que la respuesta no incluya de forma incondicionada la citada fórmula, el candidato no habrá cumplido el requisito.

vacantes los escaños correspondientes a los Diputados del Parlamento Europeo que no hubieran acatado la Constitución, y declarará suspendidas todas las prerrogativas que les pudieran corresponder por razón de su cargo, hasta que se produzca dicho acatamiento”.

- El artículo 20.1 del **Reglamento del Congreso de los Diputados**, dispone: El diputado proclamado electo adquirirá la condición plena de Diputado por el cumplimiento conjunto de los siguientes requisitos: (...) 3º Prestar, en la primera sesión a que asista, la promesa o juramento de acatar la Constitución.

- El artículo 11.1 del **Reglamento del Senado** que, tras la elección definitiva o tras la confirmación de la Mesa, los Senadores deberán prestar juramento o promesa de acatamiento a la Constitución. Y el 12.1: Para la perfección de su condición los Senadores electos y los designados por las Comunidades Autónomas deberán cumplir los requisitos siguientes: (...) b) Prestar el juramento o promesa de acatamiento a que se refiere el artículo anterior, bien en el acto de constitución definitiva, bien, en caso de enfermedad o imposibilidad física, en una sesión posterior o mediante documento fehaciente dentro de los tres meses siguientes a la presentación de su credencial.

- El artículo 8.1.ter del **Reglamento del Parlamento de las Illes Balears** contempla el deber de prestar en la primera sesión del Pleno a la que asista el juramento o la promesa de acatar la Constitución y el Estatuto de autonomía de las Illes Balears. Los derechos serán efectivos desde el mismo momento en el que el diputado sea proclamado electo.⁷⁵

El juramento o promesa de algunos de los cargos a que se refieren las normas legales transcritas, en alguna ocasión, tuvo en nuestro⁷⁶ Derecho histórico proclamación constitucional. Como es el caso de los textos siguientes:

⁷⁵ Vid. *El acatamiento formal de la Constitución en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Manuel BONACHELA MESAS y José María PORRAS RAMÍREZ, XIII Jornadas de Estudio de la DG del Servicio Jurídico del Estado.

⁷⁶ En Francia, los revolucionarios invocaban a cada instante al Ser Supremo y se ligaban entre sí mediante juramentos, como el del *Juego de Pelota (Jeu de Paume)*, de 20 de junio de 1789 (*Juramos no separarnos de la Asamblea Nacional y reunimos en todo lugar donde lo exijan las circunstancias, hasta que la Constitución del Reino se establezca y afirme sobre fundamentos sólidos*). Hubo un juramento cívico en la constitución de las Asambleas primarias de 2 de diciembre de 1789, *de fidelidad a la Constitución, a las leyes del Estado y al Rey*. Maurice Hauriou *Principios de Derecho Público y Constitucional, con prólogo para la edición española, con estudio preliminar, notas y adiciones del traductor* Carlos Ruiz del Castillo. Editorial Reus. 1927 pág. 206.

En relación con Diputados. El artículo 117 de la **Constitución de 1812** disponía: En todos los años el día 23 de febrero se celebrará la última Junta preparatoria, en la que se hará por todos los diputados, poniendo la mano sobre los santos Evangelios, el juramento siguiente: ¿Juráis defender y conservar la religión católica, apostólica, romana, sin admitir otra alguna en el reino? _R. Sí juro _ ¿Juráis guardar y hacer guardar religiosamente la Constitución política de la Monarquía española, sancionada por las Cortes generales y extraordinarias de la Nación en el año mil ochocientos y doce? _ R. Sí juro._ ¿Juráis haberos bien y fielmente en el encargo que la Nación os ha encomendado, mirando en todo por el bien y prosperidad de la misma Nación? _ R. Sí juro._ Si así lo hicierais, Dios os lo premie; y si no os lo demande.

En relación con los Consejeros de Estado. El artículo 241 de la **Constitución de 1812** dispuso que los Consejeros de Estado, al tomar posesión de sus plazas, harán en manos del Rey juramento de guardar la Constitución, ser fieles al Rey, y aconsejarle lo que entendiesen ser conducente al bien de la Nación, sin mira particular ni interés privado.

En relación con magistrados y jueces. El artículo 279 de la **Constitución de 1812** dispuso: Los magistrados y jueces al tomar posesión de sus plazas jurarán, guardar la Constitución, ser fieles al Rey, observar las leyes y administrar imparcialmente la justicia.

En relación con otros cargos: El artículo 337 de la **Constitución de 1812** decía: Todos los individuos de los ayuntamientos y diputaciones de provincia, al entrar en el ejercicio de sus funciones, prestarán juramento, aquéllos en manos del jefe político, donde le hubiere, o en su defecto del alcalde que fuere primer nombrado, y éstos en las del jefe superior de la provincia, de guardar la Constitución política de la Monarquía española, observar las leyes, ser fieles al Rey y cumplir religiosamente las obligaciones de su cargo. Y el 374 que: Toda persona que ejerza cargo público, civil, militar o eclesiástico, prestará juramento, al tomar posesión de su destino, de guardar la Constitución, ser fiel al Rey y desempeñar debidamente su encargo. El artículo 2 de la **Ley fundamental, de Principios del Movimiento Nacional**, de 1958, dispuso: Todos los órganos y autoridades vendrán obligados a su más estricta observancia. El juramento que se exige para ser investidos de cargos públicos habrá de referirse a estos Principios fundamentales. El artículo 43 de la **Ley fundamental, Orgánica del Estado**, de 1967, dijo: Todas las autoridades y funcionarios públicos deberán fidelidad a los Principios del Movimiento Nacional y demás leyes fundamentales del Reino y prestarán, antes de tomar posesión de sus cargos, el juramento correspondiente.

3) Efectos.

Lo que no suelen decir las normas que imponen el juramento o promesa o el acto de acatamiento son las consecuencias jurídicas del incumplimiento de lo prometido. Por más que las haya, pero con independencia de las formas⁷⁷.

Existe, según la STC 122/1983, un deber jurídico de los titulares de poderes públicos, derivado del deber genérico del artículo 9.1 de la CE⁷⁸, de obrar con arreglo a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. El que no se diga que los ciudadanos se hallan en la situación de sujeción general, que se predicaba⁷⁹ del administrado simple, por oposición al cualificado, no impide que los funcionarios públicos, al menos, lo estén respecto de la Administración. Que permite la tipificación como falta muy grave del incumplimiento del deber de respeto⁸⁰ a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta Melilla en el ejercicio de la función pública, en los artículos 95.2 del Estatuto básico del empleado público y 6 a) del Reglamento disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado⁸¹. Sin perjuicio de que la infidelidad concreta a la Constitución pueda

77. La STS de 29 de mayo de 1985, dijo, que, aunque el artículo 23.2 CE establece el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos “con los requisitos establecidos en las leyes”, no pueden ser establecidas por leyes las formalidades reguladas mediante otros preceptos de inferior jerarquía normativa, debiendo estimarse, por otra parte, que las obligaciones y lealtades derivadas del cargo público nacen de la aceptación de éste, en cualquier forma que se haya realizado, y son exigibles independientemente de ésta, sin que varíe la responsabilidad por su incumplimiento en razón de la forma en que se haya manifestado la aceptación.

78. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Todos los vecinos y el clero, después de concluida la Misa, hubieron de jurar guardar la Constitución de 1812 y ser fieles al rey, por Decreto de la Regencia de 18 de marzo.

79. Adolfo MENÉNDEZ MENÉNDEZ, en *El Principio de legalidad y sanciones administrativas: un caso concreto*. Jornadas de estudio sobre el Título preliminar de la Constitución. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988 Vol. I pág. 567, dice que Tribunal Constitucional sigue estableciendo la distinción básica entre relaciones de sujeción general y especial y, por ello, de las sanciones de protección del orden general y las de autoprotección, en que la reserva de ley pierde su fundamentación, recordando la opinión de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ según la que el concepto de situación de supremacía o sujeción especial y su contraste con el de supremacía o sujeción general sigue siendo útil, aunque no como doctrina de la exención legal de la Administración. Aunque, según STS 61/1990, de 29 de marzo la distinción en sí misma es imprecisa.

80. Fidelidad, se decía en el artículo 31.1 a) de la Ley 30/1984 de 2 de agosto de Medidas de Reforma de la función pública. Es congruente con el artículo 53, de principios éticos, según el que los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico.

81. Los artículos 137.1 a) de la Ley autonómica balear de la Función pública de 27 de marzo de 2007, que habla de fidelidad a la CE y al Estatuto de Autonomía de la Illes Balears, y el 3 a) de su Reglamento Disciplinario de 4 de mayo de 1995.

El incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución, cuando así se apreciase en sentencia firme, es falta muy grave de jueces y magistrados, en el artículo 417 de la Ley Orgánica del Poder judicial, y

ser constitutiva de otro ilícito, incluso penal, compatible, en su caso, por no afectado por la prohibición de duplicidad, por el *non bis in ídem*, en virtud de la especial relación de sujeción del funcionario.

El incumplimiento del juramento o promesa no es delito. El falso testimonio lo es, y otra se llamó de *perjurio*, que, para el DRAE, es falso testimonio y, además quebrantamiento de la fe ofrecida en el juramento. Habiendo sido delito, en otro tiempo, por más que, en las Partidas, ley 42, tít. 16, part. 5, se decía ya que el que, habiendo prometido alguna cosa con juramento, deja de cumplirla pudiendo hacerlo, y no siendo injusta o ilícita, incurre en la pena de no ser creído nunca su testimonio, y en la de *no ser par de otro*, esto es, en la de *infamia*⁸². Hoy es una cuestión de honor.⁸³ Del perjurio, asertorio o promisorio, se dice en el *Diccionario del español jurídico*, dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO⁸⁴, que, en el Derecho Canónico, constituye delito contra la religión y unidad de la Iglesia (CIC c.1368). El perjurio ante la autoridad civil es un pecado. El perjurio ante la autoridad eclesiástica es, además, delito canónico. En esto piensa la STC 119/1990 cuando relativiza el juramento como fuente de deberes jurídicos y compromisos *sobrenaturales*.

del Ministerio Fiscal en el 62. 1 de su Estatuto Orgánico, y, sin necesidad de la consciencia y la apreciación en sentencia firme, el incumplimiento de tal deber en el ejercicio de la función pública; el mismo incumplimiento de los Letrados de la Administración de Justicia, también, en el 468 bis.1 de la Ley Orgánica, como en el 7 del Reglamento de Régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia, el de éste.

El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la profesión igualmente es falta muy grave de los Notarios, por el artículo 43.2.A) h) de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre.

El RD 1526/1988, de 16 de diciembre modificó el artículo 503 del Reglamento Hipotecario en el sentido de que los Registradores están sujetos a responsabilidad disciplinaria conforme a lo establecido en la Ley hipotecaria y ese Reglamento, que no tipifican esa conducta, y supletoriamente en el régimen general de la función pública, donde sí se incluye, como vimos.

82. Las Partidas, ley 1, tít. 6, part. 7, dijeron que es la pérdida o lesión del honor y reputación, o sea el descrédito, abominación o mala fama en que cae alguno por su mal obrar. Podía ser: de hecho (proveniente de acciones que, en el concepto de las personas honradas, son indecorosas o contrarias a las buenas costumbres aunque la ley no las castigue) y de derecho (la que se impone o declara por la ley, sea con independencia de sentencia judicial, sea con dependencia de ella). Se dice, en el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* de Joaquín ESCRICHE Madrid 1847, que, advierte Gregorio LÓPEZ, que el infame no puede adquirir ninguna de las dignidades y honras que requieren buena fama, ni puede ser juez, consejero del rey o de común de algún concejo, ni abogado, ni asesor, ni relator ni escribano ni aun acusador ni testigo.

83. Palabra de honor, dice DRAE, es empeño que hace alguien de su fe. El rito mayoritario, dice, hoy, por mi conciencia y honor, tanto en caso de jurar como en el de prometer. Aunque el acatamiento formal no es más que la exteriorización o formalización del deber positivo de acatamiento del artículo 9.1 CE, pudiendo resultar el juramento o promesa jurídicamente innecesario, no hay duda de que supone un reforzamiento de tal deber cuando el que lo presta es un cargo representativo, dada la trascendencia pública de la función que se va a desempeñar.

84. Auspiciado por la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial. Libros Espasa. Madrid 2016.

Y Raimundo LULIO, cuando⁸⁵ dijo: Quien jura por Dios y perjura, usa el nombre de Dios en vano; Quien jura por el nombre de Dios, lo valora en la medida de lo que jura; y, así como el nombre de Dios encierra mayor virtud que otro cualquiera, si, usándolo, mientes, cometes mayor pecado.

4) Historia.

Antes del Régimen constitucional, la fórmula y solemnidad del juramento asertorio o promisorio, ante el juez, según el tan repetido *Diccionario razonado* de Joaquín ESCRICHE, según leyes 19, 20, 21 y 24. tít. 11 y ley 24 tít. 16 part. 3, era: El juez pregunta a la persona que ha de jurar: ¿“Juráis por Dios nuestro señor y por esta santa cruz⁸⁶, decir verdad en lo que se os preguntare o cumplir tal o cual cosa o *haberos bien y fielmente en el desempeño del cargo que se os ha confiado*, etc.?; la persona a la que se hace la pregunta responde: “Sí juro”; y el juez añade: “Si así lo hicieris, Dios os lo premie y, si no, os lo demande; a lo cual contesta el que jura: “Amén , o así sea”.

En las puertas del constitucionalismo español se produjo, precisamente, en relación con el juramento de los militares, una situación, que alguien⁸⁷ ha calificado de fascinante. La de tener que proponer⁸⁸ el Marqués de la Romana, Pedro Caro Sureda, a sus tropas, encuadradas entre las fuerzas napoleónicas en Dinamarca -produciéndose entretanto la abdicación de Carlos IV y la proclamación de José I en Bayona- el juramento que debían al nuevo Rey, regimiento por regimiento, con un proceso verbal para cada uno, según las órdenes recibidas del Príncipe de Pontecorvo, Mariscal Bernadotte. Juramento que, había de ser, literalmente: “En la suposición de que la Nación española, de la que somos parte, y a la que protestamos querer vivir y morir siempre unidos, haya prestado por medio de sus representantes legítimos, y con plena libertad, el juramento que se nos exige: juramos fidelidad y obediencia al rey

85. Ramon LLULL *Proverbis de Ramon* CCX. 1, 3 y 12.

86. Cuya figura se hace con los dedos o bien usando de alguna otra de las fórmulas según las clases de creencia del que jura.

87. Magnus MÖRNER, autor de *El Marqués de la Romana y el Mariscal Bernadotte* Madrid 2004 y de la introducción y comentarios de *La expedición del Marqués de la Romana. Dos documentos excepcionales relacionados*. Fundación Instituto de la Empresa Madrid 2007, pág.23, cuando se refiere al problema moral que se les planteó al Marqués y otros jefes de la división, como el de cuál era la validez de un juramento fruto de la coacción.

88. Rafael SALABERRI BARAÑANO, *Los Caro. D. Pedro Caro Sureda III Marqués de la Romana y su familia*. Ediciones Doce calles. 2016. pág. 321.

José Napoleón, a la Constitución y a las Leyes”⁸⁹. Propuesta que rechazaron, dando Caro cuenta de ello a Bernadotte y oponiéndose a realizar tal acto, que “además no se practicaba en el ejército español”.

En las Reales Ordenanzas de Carlos III⁹⁰ el juramento del recluta se regulaba así: El sargento mayor inmediatamente pondrá la espada horizontal sobre el asta de la bandera coronela, de modo que forme la cruz sobre que cada recluta ha de jurar, y dirá, en voz alta, mirando a los reclutas: ¿Juráis por Dios y prometéis al Rey el seguir constantemente sus banderas, defenderlas hasta la última gota de vuestra sangre, y no abandonar al que os esté mandando en acción guerra o disposición para ella?. Responderán todos: Sí juramos; entonces dirá en voz alta el capellán: Por obligación de mi ministerio ruego a Dios que a cada uno le ayude si cumple lo que jura y, si no, se lo demande.

5) Derecho Canónico, Derecho intermedio, Derecho Romano.

En el **Derecho canónico de los oficios**, cuya traslación por el Príncipe al orden secular contribuyó a superar el feudalismo -al que llevó el Imperio carolingio y perpetuó el Sacro Imperio, pasando del *ordo officiorum* del Imperio Romano a un *ordo dignitarum* - y a alumbrar el Estado Moderno, no se hizo jurar en vano. Impuso, además de la profesión de fe, juramentos de fidelidad, compromisos permanentes de ejercer un oficio de la Iglesia, consagrados ritualmente según una fórmula, que encierra dentro de sí el aspecto tangible de las *res sacrae* inherentes a su contenido (CIC cc 1199-204, CCE n°s 2250-2155, CCEO cc 187 y 895)⁹¹.

89. Redactado por el Auditor de Guerra Don Juan Miguel Páez de la Cadena. Sobre las cuestiones jurídicas Vid. Miguel Francisco COSTA SIMON *Problemas jurídicos y peculiaridades administrativas de una empresa singular: La expedición militar del Marqués de la Romana a Dinamarca (1807-1808)*. Revista de Historia Militar n° 69 1990 págs. 27 a 76.

90. Tratado III, Título IX, artículo 4 de las *Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de los ejércitos nacionales*. Imprenta del editor D. P. Sanz y Sanz Madrid 1843. pág. 158.

91. En el *Diccionario del español jurídico*, *loc. cit.* dice que implica la fidelidad del intelecto hacia un hecho de la realidad a la cual se adhiere la libertad. Si la profesión de fe es condición que habilita para asumir un oficio de la Iglesia, el juramento de fidelidad es, complementariamente, compromiso público de ejercitarlo bien, manteniendo y aumentando la comunión eclesial. Los sujetos actualmente obligados a prestar juramento de fidelidad son: a) los obispos, b) los mencionados en el c. 833. 5: los vicarios generales episcopales y judiciales, los párrocos, el rector y los profesores de teología y filosofía en los seminarios, los diáconos, los rectores de universidades eclesiásticas o católicas, los profesores que enseñan materias relacionadas con la fe y la moral, los superiores de los institutos religiosos y sociedades de vida apostólica o clericales y c) aquéllos para los que el Sumo pontífice lo establezca en cada momento, con las adaptaciones que sean del caso.

En el **Derecho medieval** hay un esclarecedor ejemplo, merecedor de algo más que una cita. Es el caso de los juramentos, de los nombrados para los oficios del Palacio Real⁹², minuciosamente regulados en las *Leges Palatinae*⁹³, del Rey Jaime III del reino privativo de Mallorca. Juramento y homenaje⁹⁴ al rey o a otros. Como son los siguientes:

- Maestros de nuestro albergue o mayordomos⁹⁵. Escudero del panadero real. Los botelleros que nos sirven comida. Botellero mayor y especial de nuestro Palacio Real y el sub-botellero para nuestros familiares o comunes. Los servidores o porteadores de agua a la botellería. Los escuderos destinados a trinchar las viandas ante Nos. Los porteadores de la escudilla real.

- El comprador. Los oficiales de la cocina real. El argentario de la cocina. El despensero. Los escuderos porteadores del trincherero. El acemilero mayor. Los cuidadores de caballos y los caballeros. El proveedor de las bestias. Los sirvientes de los establos.

- El halconero mayor. Los halconeros menores. El cazador o guardián de los perros de caza. El alguacil o guardián de la cárcel. El procurador fiscal de la corte de los mayordomos.

- Los camarlangos⁹⁶ y sus subordinados. Los escuderos de nuestra cámara

92. José ORLANDIS ROVIRA *Historia del Reino visigótico español*. RIALP. Madrid 2003, al tratar del Aula Regia, del reino toledano, recuerda que constituía su núcleo el Oficio Palatino, dividido en secciones, al frente de las que estaban los condes-miembro de la comitiva regia: del tesoro, del patrimonio, de los notarios y de los espatarios (portaespadas de la guardia real)- o los condes relacionados con la vida doméstica (condes del cubículo -cámara regia-, de los escanciadores y del establo).

93. *Leyes Palatinas* Co. 9169 Bibliothèque Royal Albert I. Transcripción Antonio PÉREZ MARTÍNEZ y traducción Miquel PASCUAL FONT. José J. de Olañeta, editor. Col. La isla de la Calma (serie mayor). Palma de Mallorca 1991.

94. Voz feudal, que, según algunos, J. ESCRICHE *Diccionario razonado* 1847, deriva por contracción de las palabras latinas *hominem agere*, porque quien lo presta, se dice, se hace hombre de otro; y, según COVARRUBIAS, dimana de dos voces griegas que equivalen a juramento santo. Como quiera que sea, por *homenaje* o *pleito homenaje* se entendía el pacto que un hombre hacía de ser fiel a otro, o como si personalmente le estuviera sujeto a manera de siervo, en el cumplimiento de las cosas que le prometía dar o hacer. Prestábase en el acto de reconocer y jurar solemnemente sumisión y fidelidad al nuevo rey después de la muerte de su antecesor. Leyes 20-24. tít. 15. part. 2.

95. Todos los mayordomos cuando nos rindan homenaje, roborado con juramento, están obligados a prometer que, en cuanto puedan y sepan, evitarán todos los peligros que puedan ocurrir a nuestra persona, y que, de tener noticias de peligros inminentes, nos los revelarán prontamente, de modo mejor posible.

96. Estatuímos que los camarlangos, al comienzo de su oficio, nos juren, sobre los santos evangelios de Dios, que, cuando nos rendirán homenaje, se obligarán personalmente a evitar, con todas sus fuerzas e ingenio, el daño de nuestra persona, y que alejarán todo peligro que sepan que nos amenaza y que defenderán, nuestra salud y estamento, cuanto les sea posible. Además, jurarán que, si sobreviniere a nuestro cuerpo alguna *enfermedad secreta*, que Dios no permita, *no la revelarán a nadie*, sin nuestra licencia. Jurarán, igualmente, *que, con nuestro sello secreto que les confiamos, no sellarán en ninguna parte*, si no ven allí mismo la impresión de nuestro anillo o algún signo nuestro que antes usáramos para sellar. Man-

Los camareros. Los barberos. Los médicos⁹⁷. Los cirujanos. Los escribanos secretarios⁹⁸. Los ujieres armados. Los sirvientes armados. Los ujieres del Palacio Real (mensajeros de vara). El armero real⁹⁹.

• El sastre. La costurera. El boticario. El frutero. El albergador de la corte real. El preparador de la cámara real. El custodio de la vajilla de oro y plata¹⁰⁰. El custodio de las tiendas de campaña. Los barrenderos del Palacio Real. El Canciller¹⁰¹. El vicecanciller. Los escribanos de la cancellería¹⁰².

damos a los camareros *que el que porta el sello le pida juramento* corporal y reciba el homenaje, cuando sean llamados a su oficio, *a los funcionarios siguientes*: el preparador de las cámaras y sus ayudantes, al mensajero de vara, el argentero, el que tiene el oficio de guardar las tiendas de campaña y a otros del almacén. En estos juramentos y homenajes, deberán prometer que se *comportarán bien y lealmente en el ejercicio de sus oficios*.

97. Como fueren designados primeramente para nuestro servicio, nos prestarán juramento y homenaje de que ejercerán *bien y lealmente* su oficio, obviando todas las cosas que sean contrarias a nuestra salud y peligrosas para nuestra persona. Y también jurarán que, si saben que alguien trama insidias contra nuestra salud, nos lo revelarán tan rápidamente como podrán, y que no manifestarán a nadie nuestras *enfermedades secretas* sin nuestra licencia especial, y que no hicieron ni harán nada por lo cual no puedan cumplir los deberes de su oficio.

98. Ya que, por razón de su oficio, han de tratar con Nos, de diversas maneras, y las cartas y otros documentos escritos por Nos o por ellos pasan por nuestras manos y las suyas, proveemos y mandamos que nos presten juramento y homenaje de que evitarán todo cuanto sea contrario a nuestra salud.

99. Queremos que nos preste juramento y homenaje de que no vendrá ningún daño a nuestra persona por algún acto suyo, antes bien, evitará, tanto como pueda, todo peligro que sepa que nos puede sobrevenir, especialmente por todas las cosas encomendadas a su custodia; y que no tardarán revelarnos dicho peligro; y que no ha hecho ni hará nada por lo cual no pueda cumplir debidamente las obligaciones reseñadas.

100. Queremos que dicho argentero esté sujeto a los camareros y que les preste juramento y homenaje de que guardará *fielmente* dicha vajilla, de que cumplirá *bien* su oficio, de que por dicho oficio no sobrevendrá ningún daño a nuestra persona, sino que lo evitará todo cuanto pueda, y de que, si descubre algún peligro, lo revelará inmediatamente a Nos o a los camareros.

101. A fin que todas las cosas predichas se hagan bien y lealmente, el mismo canciller está obligado a prestarnos juramento de que no hizo ninguna cosa que le pueda impedir la observancia de dicho juramento. Al clérigo de nuestra capilla, al clérigo del oficio de la *almoína* (alemósina, almosna, limosna) y a los jovencitos que viven en la misma *almoína*, no deje de hacerles prestar juramento y homenaje, de que, ni por ningún hecho ni por consejo, estando en el consejo para escribir o por otros motivos, los guardarán en secreto y no los manifestarán a nadie.

102. Mandamos que los escribanos cuando sean asumidos a su oficio, presten juramento a nuestro canciller (...) afirmando que, en su oficio, se comportarán *bien y fielmente*, y *por las cartas u otros documentos que, por su oficio, deben escribir, no recibirán de los destinatarios más que el precio que se haya ordenado por Nos* y, también, prometiendo que no harán a nadie ningún favor incorrecto en las cosas que atañen; que *en las escrituras no harán ni pondrán ninguna cosa fraudulenta*, y que *no revelarán a ninguno cosas que, por razón de su oficio, hayan sabido de nuestros secretos*, sino que los mantendrán ocultos; y que *las cosas que hayan oído o conocido estando en el consejo para escribir o por otros motivos, los guardarán en secreto y no los manifestarán a nadie*; y que no han hecho ni harán ninguna cosa por la cual no podrán cumplir este juramento.

• Los directores de la conciencia real¹⁰³. Los auditores¹⁰⁴. Los promotores¹⁰⁵. El confesor.

• El maestre racional¹⁰⁶. El escribano del maestre racional.

• El tesorero¹⁰⁷. El escribano del tesorero. El escribano racional. El escribano del escribano racional.

• Los consejeros¹⁰⁸.

En Mallorca hay más ejemplos, para dentro y fuera de Palacio, como el Privilegio de Alfonso III de 1287¹⁰⁹, estatuyendo y ordenando que *tots i qualsevols oficials reals*, sin excepción alguna, en el ingreso de su oficio y antes de que lo ejerzan expresamente juren dicha observancia (la de las *franquesas e ordinations d'est regne*) y que no harán ni atentarán ni permitirán hacer ni atentar contra las *franquesas, privilegis, ordinations e bon usos del present regne*. El Mostasaf, por Privilegio de 1334, *había de jurar sobre los Santos Evangelios de Dios que bé y lealment se haurá en lo exercici de son offici*, lo mismo que los Cónsols de Mar desde 1335. Y los magníficos Jurados y defensores de la mercadería en la elección por el regiment de sach (insaculación) y sort (sorteo) de los oficiales de la Taula Numulária o dels

103. A fin de cumplir con fidelidad este deber nos presten juramento de que lo quieren observar. También presten juramento ante el consejo, conforme a nuestra ordenanza.

104. Nos deben prometer con juramento que ejercerán su oficio *bien y fielmente*.

105. Nos deben prometer, con juramento, que ejercerán su oficio *bien, fielmente y con diligencia*.

106. Ordenamos que, antes de ingresar en su administración, nos ha de prestar juramento de que se comportará *bien y fielmente* de su oficio. Además, nos ha de jurar y rendir homenaje, prometiendo que no revelará ninguna persona *la cantidad o suma anual de nuestras rentas ni la cantidad de los beneficios de nuestro tesoro*. Pero esta prohibición no se refiere evidentemente a Nos ni a los que pueden conocer esta cantidad por razón de su oficio.

107. Nos debe prestar juramento y homenaje de que guardará fielmente nuestro tesoro y nuestro dinero, y de que *no invertirá, de ningún modo, nuestro dinero en usos suyos propios*, y de que no le prestará a nadie, sin una licencia especial nuestra, la cual pueda mostrar escrita, y también de que no hizo ni hará nada por lo cual no pueda cumplir dichos juramento y homenaje. También nos deberá jurar que no revelará la suma de nuestro tesoro ni de nuestras rentas a ninguno, exceptuados Nos y el maestre racional y su escribano, a los cuales, por su oficio les pertenece conocer dicha suma. (...) finalmente, nos debe jurar que *no usará vestiduras extrañas*, que no recibirá ninguna pensión vitalicia, *ni formará parte de ninguna entidad o del consejo de ninguna persona*, de cualquier condición, sin pedir y obtener licencia.

108. Ordenamos que nos deben prometer bajo juramento que harán todo lo que puedan para darnos *buenos y fieles consejos*, diciendo *todas las cosas* que sepan que nos deban aconsejar, *dejando aparte todo favoritismo, odio o temor de cualquier persona*, y que guarden con firme fidelidad que ejercerán su oficio *bien y fielmente, el secreto de nuestro consejo*; y nos deben jurar que no hicieron ni harán nada que les impida cumplir estas promesas.

109. En *lo libre d'en Senpere*. Fol 142. Vid. Legislación histórica mallorquina. Epoca medieval y moderna. Antonio PLANAS ROSSELLO. Col. Leyes Históricas de España B.O.E. 2018 pág. 87.

depósitos de la Universitat, desde 1507, tocando corporalmente con las manos el crucifijo y los Evangelios. En la Pragmática de Felipe II en Aranjuez, de 11 de mayo de 1571¹¹⁰ erigiendo la Real Audiencia, a los cuatro Doctores en Derecho Civil o Canónico se les imponía jurar y prestar homenaje al Loctinent General o el Regent de la Cancillería de haberse bien y lealmente en el ejercicio del oficio. Así como guardar el secreto de la Real Audiencia y hacer lo demás a que estén obligados. Del de los Jurados de la Juraría de Mallorca hablamos antes.¹¹¹

En el **Derecho Romano**, desde la monarquía hasta Justiniano, hubo juramento promisorio, en la milicia y la magistratura. Y los subalternos de ésta, como, en la República, los *apparitores*, comprometidos, al comenzar el ejercicio de su actividad, juraban respetar los principios de la constitución de la República y mantener una actuación diligente y honesta. Y los *scribae* que, en la República, juraron realizar honestamente las funciones encomendadas (como escribir con fidelidad y no falsificar a conciencia u omitir nada *dolo malo*), lo hicieron por Júpiter, los divinos Augusto, Vespasiano Augusto y Tito Augusto, el genio del emperador César Domiciano Augusto¹¹² y los dioses *Penates*¹¹³, y, ya en el Principado, lealtad a las leyes y al emperador.

El juramento de los jueces, en el proceso civil, de dictar una sentencia ajustada a derecho, en el Derecho arcaico, era un *sacramentum aequum et boni*. En el justiniano, de respeto de la *veritas et leges*¹¹⁴. El *munus iudicandi* se articulaba en las ideas éticas o morales de la *fides*¹¹⁵ y el *officium*¹¹⁶. Y con

110. Antonio PLANAS ROSSELLÓ. *Ibid.* pág. 80.

111. Nota 32.

112. En las leyes municipales Salpensa, Malacitana, Irnitana y otras, en la época de los Flavios, para duoviros y cuestores. Como en Roma los propios magistrados. Vid. Joaquín MUÑOZ COELLO. *La política municipal de los Flavios en Hispania. El municipium Irnitatum*. 1984.

113. Junto con los dioses *Lares*, que eran los genios protectores del almacén del hogar y del hogar mismo, protegían, los familiares o menores, la casa, y los públicos o mayores, la res pública.

114. Laura GUTIÉRREZ-MASSON *Peccatum iudicis y juramento promisorio en el proceso civil romano. Reflexiones de ayer y de hoy*. Teoría e Storia di Diritto Privato. II. 2009.

115. Marco Tulio CICERÓN en *Oratio pro Cluentio* 43.121 dice que la fórmula del juramento promisorio era el de sentenciar con la mayor religiosidad y diligencia, y, en *De officiis*. 3.10.44, alude a la antigüedad del exigido a los jueces, dejando a salvo la *fides*, al poner a su conciencia como testigo. Idea coincidente con ULPIANO D.5.2.79.1, para el oficio de procónsul, donde explica que los gobernantes no debían aconsejar a los jueces, sino ordenarles que dictasen sentencia conforme a su conciencia, pues el consejo acerca del derecho aplicable podría dar lugar al favor y la intriga.

116. Juan IGLESIAS en *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. 3°. Ed. Barcelona 1958 pág. 216, dice que, había en Roma, una especie de opinión pública vigilante, por virtud de la cual nadie puede usar de los propios derechos sin una inspección y un juicio, porque, en última instancia, interesan al bien común.

el cristianismo, al fin, en las *Constitutiones* de Justiniano año 530 C.3.1.14, el juez juraba que dictaría una sentencia ajustada al Derecho vigente, aplicando correctamente sus propios conocimientos técnicos y con *sinceridad de conciencia*, con pleno convencimiento de que su sentencia era la verdad. Es la recta e imparcial justicia que prometen administrar los jueces, hoy. Y lo que los reyes de Egipto hacían jurar a los jueces: que no se desviarían de su conciencia por más que ellos mismos se lo mandaran¹¹⁷.

V. TOMA DE POSESIÓN.

1) En la Constitución.

La **Constitución de 1978**, que habla de la proclamación del Rey, solo alude a la **toma de posesión** de Gobierno en el artículo 101.2, cuando, después de haber dicho que cesará tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución o por dimisión y fallecimiento de su Presidente, dispone que el Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno¹¹⁸. Compuesto por el Presidente, el Vicepresidente o vicepresidentes, en su caso, y los Ministros, nombrados por el Rey a propuesta de aquél, y que se reúnen en Consejo de Ministros¹¹⁹, convocado y presidido por el mismo Presidente que fija el orden de día, siendo sus deliberaciones secretas¹²⁰. Lo que hace que realmente el Gobierno no tome posesión, sino, primero, ante el Rey y el Ministro de Justicia en funciones del Gobierno cesante o saliente, su Presidente, y después los Vicepresidentes y Ministros por él propuestos. Aunque lo puedan hacer éstos en un mismo acto, después de haber jurado o prometido cada uno su cargo ante el Rey y el Presidente y levantando acta el nuevo Ministro de Justicia, como Notario Mayor del reino.

117. Según Michel de MONTAIGNE *Los ensayos (según la edición de 1595 de Marie de Gournay)*. Barcelona 2007 Acanalado. pág. 1190.

118. El artículo 21.2 de la Ley 50/1979, de 27 de noviembre, del Gobierno, que dispone lo mismo, añade “con las limitaciones establecidas en esta Ley”.

119. El artículo 5. 1 de la ley de Gobierno, habla de él como órgano colegiado del Gobierno.

120. Por ello, en su juramento o promesa, se comprometen, además de todo a lo que los cargos públicos, como cumplir las obligaciones del cargo de Vicepresidente o de Ministro, a *mantener el secreto de las deliberaciones* del Consejo de Ministros.

En el artículo 99 habla de la confianza para la investidura del Congreso de los Diputados y de la votación de *investidura*¹²¹ del candidato a la Presidencia del Gobierno propuesto por el Rey.

La toma de posesión de algunos cargos tiene arraigo constitucional histórico. Los artículos 241 y 279 de la **Constitución de 1812** aludieron a la toma de posesión de sus plazas por los consejeros de Estado y los magistrados y jueces. Y el 374 a la de toda persona que ejerza cargo público, civil, militar o eclesiástico. El artículo 96 de la **Constitución de 1869** contempla que los Tribunales no den posesión a los magistrados y jueces que no hubieran sido nombrados con arreglo a la Constitución y el 26 de la **Constitución de 1876** enumeró los requisitos para “tomar asiento” en el Senado, La **Constitución de 1931** alude a la posesión del cargo de diputado, en el artículo 64, en relación con la moción de censura. El 43 de la **Ley fundamental Orgánica del Estado** también se refirió a la toma de posesión de sus cargos por las autoridades y funcionarios públicos.

2) En las leyes y reglamentos.

- El artículo 62 del **Texto Refundido de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto básico del empleado público** dispone: 1. La condición de funcionario de carrera se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos: a) Superación del proceso selectivo; b) Nombramiento por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el Diario oficial correspondiente; c) *Acto de acatamiento* de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico; d) Toma de posesión dentro del plazo que se establezca.

- El artículo 48 del **Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado**, de 10 de marzo de 1995, dentro del Capítulo II Provisión de puestos de trabajo mediante concurso, en el Título III Provisión de puestos de trabajo, dispone:

1. El plazo para tomar posesión será de tres días hábiles si no implica cambio de residencia del funcionario, o de un mes si comporta cambio de residencia o el reingreso al servicio activo.

¹²¹. En DRAE, es: 2. Carácter que se adquiere con la toma de posesión de ciertos cargos o dignidades. Para María MOLINER *Diccionario de uso del español* invertir es dar a una persona una dignidad o un cargo honorífico o de los que comunican dignidad. Y recibirse (“de”) es tomar una investidura o título académico: *Recibirse de abogado (de doctor honoris causa)*.

El plazo de toma de posesión empezará a contarse a partir del día siguiente al del cese, que deberá efectuarse dentro de los tres días hábiles siguientes a la publicación de la resolución del concurso en “Boletín Oficial del Estado”. Si la resolución comporta el reingreso en el servicio activo, el plazo de toma de posesión deberá computarse desde dicha publicación.

2. (...) Con independencia de lo establecido en los dos párrafos anteriores, el Subsecretario del Departamento donde haya obtenido el nuevo destino el funcionario podrá conceder una prórroga de incorporación hasta un máximo de veinte días hábiles, si el destino implica cambio de residencia y así lo solicita el interesado por razones justificadas.

3. El cómputo de los plazos posesorios se iniciará cuando finalicen los permisos o licencias que hayan sido concedidos a los interesados, salvo que por causas justificadas el órgano convocante acuerde suspender el disfrute de los mismos.

4. Efectuada la toma de posesión, el plazo posesorio se considerará como de servicio activo a todos los efectos, excepto en los supuestos de reingreso desde la situación de excedencia voluntaria o de excedencia por cuidado de hijos una vez transcurrido el primer año.

En el Capítulo III Libre designación, el artículo 57 dispone: El régimen de toma de posesión del nuevo destino será el establecido en el artículo 48 de este Reglamento.

- El artículo 99.3 de la **Ley Reguladora de las bases de Régimen Local** de 1985, para los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, de las subescalas de Secretarios e Interventores, dispone que la toma de posesión determina la adquisición de los derechos y deberes funcionariales inherentes a la situación de activo, pasando a depender el funcionario de la correspondiente Corporación, sin perjuicio de la facultad disciplinaria de destitución del cargo y separación definitiva del servicio que queda reservada a la Administración del Estado.

- El artículo 56 de la **ley 3/2007, de 27 de marzo de la función pública de la CAIB** dispone en su nº 1. La condición de personal funcionario se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los requisitos siguientes:
 - a) Superación del procedimiento selectivo de acceso al empleo público;
 - b) Nombramiento y publicación de éste por parte del órgano competente;
 - c) Juramento o promesa de cumplir la Constitución, el Estatuto autonomía de las Illes Balears y el ordenamiento vigente, en el ejercicio de la función;

d) Toma de posesión dentro del plazo establecido reglamentariamente.

- La **Ley 39/2007, de 19 de diciembre de la carrera militar** dispone, en su artículo 76, que la condición de tal se adquiere al incorporarse a una escala de oficiales o de suboficiales con la obtención del primer empleo militar correspondiente y obtenida la titulación exigible. El 74 que la carrera militar del militar de carrera queda definida por la ocupación de diferentes destinos; y el artículo 75 que en los dos primeros empleos de cada escala ocuparán preferentemente puestos operativos correspondientes a la especialidad fundamental adquirida en el acceso a cada escala.

- El artículo 317 de la **Ley Orgánica del Poder Judicial** dispone: 1. Los nombramientos se remitirán al Presidente del Tribunal o Audiencia a quien corresponda dar o mandar dar posesión a los nombrados. (...) 4. Al tomar posesión, el nuevo titular del órgano examinará el alarde. Y el 319, que los Presidentes, Magistrados y Jueces se *presentarán* a tomar posesión de sus respectivos cargos dentro de los veinte días naturales siguientes a la fecha de la publicación de su nombramiento en el Boletín Oficial del Estado. Para los destinados a la misma población en que hubieran servido el cargo, el plazo será de ocho días. Los que hayan de jurar o prometer el cargo tomarán posesión dentro de los tres días siguientes al del juramento o promesa. El CGPJ podrá prorrogar tales plazos, mediando justa causa.

El artículo 320.1: La toma de posesión del Presidente, Presidentes de Sala y Magistrados de Tribunales y Audiencias se hará en audiencia pública ante la Sala de Gobierno del Tribunal al que fueran destinados o ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente. 2. Los Magistrados del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia que fuesen nombrados sin haber pertenecido con anterioridad a la Carrera Judicial, en el mismo acto de toma de posesión ante las Salas de Gobierno respectivas, prestarán el juramento o promesa en los términos del artículo 318.

El artículo 321.1: Los jueces prestarán el juramento o promesa, ante la Sala de Gobierno del Tribunal o Audiencia a que pertenezca el Juzgado para el que hayan sido nombrados, y, asimismo, en audiencia pública. La posesión será en el Juzgado al que fueran destinados, en audiencia pública y con asistencia del personal del Juzgado. Dará posesión el Juez que estuviere ejerciendo la jurisdicción.

El artículo 322.1: El que se negare a prestar juramento o promesa o sin justa causa dejare de tomar posesión se entenderá que renuncia al cargo y

a la Carrera Judicial. 2. El Presidente del Tribunal o Audiencia dará cuenta al Consejo General del juramento o promesa y posesión, o, en su caso, del transcurso del tiempo sin hacerlo.

- En el **Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal**, se dispone, en el artículo 45, que la condición de miembro del Ministerio Fiscal se adquiere, una vez hecho válidamente el nombramiento, por el juramento o promesa y la toma de posesión. (...) La toma de posesión tendrá lugar dentro de los veinte días naturales siguientes a la publicación del nombramiento para el destino de que se trate, o en el plazo superior que se conceda cuando concurren circunstancias que lo justifiquen, y se confirmará por el Jefe de la fiscalía o quien ejerza sus funciones.

- El artículo 35 del **Reglamento Notarial** dispone que, expedido el título (por el Ministerio de Justicia en nombre del Jefe del Estado), previa entrega del mismo al interesado, la Junta directiva del Colegio Notarial correspondiente dará posesión al Notario electo, en sesión pública dentro de los 15 días siguientes (...) El Notario que no se posesionare de su cargo en los plazos legales, sin acreditar justa causa o haber obtenido prórroga, será considerado como renunciante y la Notaría será anunciada y provista por el turno que corresponda. El artículo 36, por su parte, la toma de posesión de los Notarios electos en virtud de oposición libre se procurará que sea conjunta en cada Colegio y con la máxima solemnidad, restableciéndose las antiguas fórmulas y tradiciones, y (presentados a la Junta Directiva por el notario colegiado que cada uno elija y prometida fidelidad a la Constitución y el cumplimiento de las demás disposiciones) el Decano le impondrá al Notario la medalla y placa que pueden usar como distintivo oficial, y se dará por terminado el acto, consignándose la toma de posesión en el libro de actas que lleva el Secretario de la Junta, que pondrá a continuación del título nota de haberse dado la posesión.

- El artículo 4.1 del **Reglamento del Congreso de los Diputados** dice que los elegidos ocuparán sus puestos. El Presidente electo solicitará a los demás Diputados juramento o promesa, a cuyo efecto serán llamados por orden alfabético.

- El artículo 12.1 del **Reglamento del Senado** que, para la perfección de su condición, los Senadores electos y los designados por las Comunidades Autónomas deben cumplir los dos requisitos siguientes: a) Presentar la credencial dentro de los 30 días siguientes a su expedición...; b) Prestar juramento o promesa.

- El artículo 3.2 de la **Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de la CAIB**, dispone que el Presidente nombrado tomará posesión del cargo, y el acto de toma de posesión, público y solemne consistirá en la aceptación de cargo y el acatamiento de la Constitución y del Estatuto de Autonomía¹²².

- El artículo 195.4 de la ley de **Régimen General Electoral** dispone que los concejales electos deben jurar o prometer su acatamiento a la Constitución, tal y como establece el artículo 108, tomando así posesión y adquiriendo en este momento a plena condición de su cargo.

3) Naturaleza.

Consiste en comparecer, presentarse, hacerse presente, asistir, acudir al lugar de destino, para ejercer el cargo. Asumirlo. **No es más que un hecho**¹²³, **acaso un acto**. No es declaración solemne. Es aquiescencia, que suele seguir al juramento o promesa de acatamiento o fidelidad e ir precedida, si no constasen en el expediente para el nombramiento, de la aportación de los documentos que acrediten la capacidad legal para el cargo, cuya concurrencia al menos debió manifestarse, en su día, si medió petición, y otros, como la fianza, cuando sea previa a la toma de posesión. Es un acto **personalísimo**. No cabe posesionarse por apoderado. En esto no se parece a la posesión como hecho o derecho. El cargo es más que una cosa, y en cualquier caso, el llamado a él no tiene un derecho adquirido, sino por adquirir, el derecho al cargo una vez adquirida la condición de funcionario de carrera o la plenitud de su condición de representante electo u otra política.

122. En Cataluña, los dos últimos Presidentes de la Generalitat, han tomado posesión sin acto formal de acatamiento de la Constitución y el Estatuto de Autonomía, prometiendo cumplir lealmente las obligaciones del cargo *con fidelidad a la voluntad del pueblo de Cataluña representada por el Parlamento de Cataluña*. Del mismo modo que los Consejeros prometieron cumplir fielmente de acuerdo con la ley las obligaciones del cargo que asumían al servicio de Cataluña y con lealtad del presidente de la Generalitat.

Al parecer -El País.com/ccaa/2016/05/10/Catalunya/1462884919_955852.html- el TSJCat, rechazando denuncias penales, avaló la fórmula, al entender que no tenían obligación legal de acatar la Constitución en el acto de toma de posesión, al no constar regulación específica en el Estatuto de Autonomía, el Reglamento del Parlamento ni la Ley de la Presidencia de la Generalitat y el Gobierno, dejando a salvo que, en el supuesto de que la fórmula adoleciera de defectos, ello solo podría afectar a la validez del acto en sí, pero no daría lugar a la configuración de un ilícito penal.

123. Sentarse, por ejemplo, en el caso del *cargo* de los jurados del Tribunal del Jurado, a los que se refiere el artículo 41.2 de la LO 5/1995, de 22 de mayo, cuando dice que, una vez que el Tribunal se haya constituido, se irán aproximando al Magistrado-Presidente, de uno en uno, dirán -respondiendo a la pregunta colectiva de aquél- si juran o prometen y *tomarán asiento* en el lugar destinado al efecto. De advenimiento al trono y de entrar a gobernar el reino, hablaba el artículo 173 de la Constitución de Cádiz. Y el 196 de la entrega del gobierno de la Nación, por la Regencia, al Rey cuando llegue a ser mayor.

4) Historia.

La más amplia regulación de la toma de posesión de funcionario de carrera, que llamó en propiedad, **en el régimen constitucional**¹²⁴, procede del Real Decreto de 14 de junio de 1852, llamado de **Bravo Murillo**, cuyo artículo 35 dispuso algo tan importante como que el derecho a percibir el sueldo de un destino se adquiere con la toma de posesión. Pero la historia comenzó antes.

5) Derecho Canónico.

En la provisión de los **oficios eclesiásticos** se distinguen: Designación o elección de la persona; colación o institución del título e institución corporal o introducción en la toma de posesión *-missio in possessionem seu institutio corporalis-*, llamada también investidura, que, en algunos casos con causa justificada, podía faltar, sin que por ello fuera ineficaz la provisión. A veces es necesario algún trámite posterior al nombramiento, como la profesión de fe o el juramento el llamado antimodernista¹²⁵ y el de fidelidad al Sumo Pontífice, de los Obispos.

Puede suceder, que un eclesiástico pretenda cubrir un oficio como consecuencia de un acto de presentación al que falte algún elemento esencial, y sea por tanto inválido, o que haya perdido su eficacia.

En estos casos, dice Vincenzo del GIUDICE¹²⁶, es aplicable el c. 209¹²⁷, en virtud del cual “*supplet Ecclesia*” la potestad dudosa o deficiente del *oficial putativo* con sus poderes jurisdiccionales. Con este procedimiento supletorio

124. El artículo 5 de la **Constitución de 18 de junio de 1837** (y luego lo repitieron las de **1845, 1868 y 1876**) proclamó, por primera vez, que todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad.

125. Tihamer TÓTH *El juramento antimodernista y la libertad de la Ciencia*. Lo estableció Pío X, en *motu proprio* de 1 de septiembre de 1910, y fue suprimido por la Congregación de la Doctrina de la Fe en julio de 1967. Se exigió a los que tengan beneficios, confesores, predicadores, profesores de Universidades Católicas, y de los seminarios; así como los ordenados. Decía: Profeso que Dios, principio y fin de todas las cosas, puede ser conocido, y por tanto también demostrado, de una manera cierta, por la luz de la razón, por medio de las cosas que han sido hechas, es decir, por las obras visibles de la creación, como la causa por su efecto.

126. *Nociones de Derecho Canónico*. Notas y traducción de Pedro LOMBARDÍA Publicaciones del Estudio General de Navarra. Pamplona 1955. En la nota 30, de la pág. 95, en la que se cita *Il funzionario di fatto nel diritto canonico* (Studi, en homenaje a F. SCADUTO). Firenze. 1936.

127. En caso de error común o duda positiva o probable, tanto de derecho como de hecho, la Iglesia suple la jurisdicción, así en el fuero externo como en el interno.

los poderes ejecutados por el “oficial de hecho” se considerarán, con fines prácticos, ejercitados válida y lícitamente y determinarán efectos jurídicos, del mismo modo que si el título de concesión de la potestad existiese realmente. Es distinto el caso del *oficial intruso*, es decir, el que cubre un oficio, no en virtud de un título, que a pesar de ser ineficaz (radical o actualmente) tiene, sin embargo, las características necesarias para que pueda ser considerado eficaz por la generalidad de las personas, sino que ha sido nombrado o investido por una autoridad ilegítima (por ejemplo, por la autoridad civil autónomamente) o que ejercite las funciones del oficio de modo claramente abusivo.

6) Derecho intermedio.

En el Derecho intermedio y en el caso de Mallorca, en los oficios palatinos de las *Leges Palatinae*, de los que hablamos, se hacía referencia a la toma de posesión literalmente y en referencia. Lo primero, en el caso del alguacil o guardián de la cárcel¹²⁸. Lo segundo, en los de los portadores de la escudilla real, el *civader* de las bestias y el maestro racional¹²⁹, los del camarlengo y los barberos¹³⁰, y de los escuderos de nuestra cámara, los camareros y escribanos de la cancillería¹³¹.

7) Derecho Romano.

En la **Roma** republicana, la toma de posesión de los cargos subalternos de las dignidades y magistraturas, que les auxiliaban por un estipendio *-apparitores, scribas, viatores-* estaba vinculada a la de aquéllos que les retribuían. En la imperial -los oficiales- reciben, como un bien, el *officium*. La *traditio*¹³² sigue al título.

Ya vimos como PARADA VÁZQUEZ dice que este requisito, hoy, evoca la vieja concepción de los oficios públicos como propiedades y que, como éstas se adquieren en base un título y un modo, que es justamente la toma de

128. Cuando tomen posesión de su oficio.

129. Antes de ejercer su oficio.

130. Al comienzo de su oficio o al ingresar a su administración.

131. Cuando sean asumidos por primera vez a su oficio.

132. Significa entrega (*traditio est datio possessionis*) y en ella hay un *tradens*, que entrega, y un *accipiens*, que recibe (o acepta), y voluntad concorde de transmitir y adquirir la propiedad.

posesión¹³³, tiene ésta una importancia fundamental, porque no se adquiere la condición de funcionario hasta que este requisito no se cumple. Aunque acabe por decir que la falta de toma de posesión, que supone renuncia tácita, es el incumplimiento de la condición resolutoria del acto de nombramiento. Lo que se ajusta más al concepto actual y naturaleza del nombramiento del funcionario, como acto-condición, que necesita aceptación para producir el efecto de integrar al nombrado en una situación estatutaria, legal y reglamentariamente establecida. Acto unilateral, condicionado en sus efectos a la aceptación¹³⁴ del funcionario nombrado mediante la toma de posesión, según Rafael ENTRENA CUESTA¹³⁵. Aceptación implícita¹³⁶, en el conjunto del acto en que jura acatamiento, si se realizan simultáneamente, pues éste es una declaración de voluntad y la toma de posesión un hecho. O en el mero hecho de presentarse, después de jurar, a su destino.

Aceptación que aproxima la figura más al Derecho de obligaciones y contratos que al Derecho de cosas. En el que el nudo pacto, el simple consentimiento, no es suficiente para transmitir la propiedad, mientras que en aquel, del contrato, que se perfecciona con el acuerdo de voluntades, nace la obligación; que en el de compraventa, que es bilateral, para el vendedor, la de entregar la cosa -incluso ajena- y, para el comprador, pagar el precio, y en los de depósito, mutuo o comodato (los llamados contratos reales) la obligación del que adquiere la cosa, la obligación de devolver la cosa o el *tantumdem*.

En las fuentes romanas se resolvieron problemas como el del texto de ULPIANO, recogido en D.1.14.3, sobre la validez de los actos realizados por el esclavo Barbario Filipo, nombrado pretor por error, en que se plantea el tema de la validez de las actuaciones del funcionario de hecho. Nombrado

133. Realmente el modo sería, la entrega, o dación de la posesión, no la recepción de la cosa, la entrega aceptada. Por más que, en el Derecho Romano Público, reivindicado por tantos, como Carlos VARELA GIL, citado antes, al tratar del juramento, se contemplara en términos de posesión, como institución jurídica pública y privada, la asunción de cargos públicos, por parte de magistrados y subalternos, nombrados los primeros por la autoridad, y los segundos por los primeros. En relación con la posesión, la prescripción inmemorial o centenaria y la vetustas de los bienes fuera del comercio en el Bajo Imperio, el primer Derecho canónico y el Derecho de las curias reales (sacras, señoríos, regalías, privilegios de franquicia y exención, cosas públicas, vinculaciones) vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*. Tecnos, Madrid 1974, págs. 24 y ss.

134. Fernando GARRIDO FALLA, loc. cit. pág. 319, presenta la toma de posesión del funcionario público como ejemplo de acto del administrado que sirve de presupuesto de eficacia del acto administrativo.

135. *Curso de Derecho Administrativo*. 3ª ed. 2ª reimpresión Tecnos. Madrid 1971 pág. 398.

136. Enrique SERRANO GUIRADO *El nombramiento y la toma de posesión de los funcionarios públicos*, RAP n° 12, pág. 176, decía que la aceptación del nombramiento puede ser expresa o tácita, y por regla general se manifiesta mediante el acto de toma de posesión.

ocultando su origen, dice GARRIDO FALLA¹³⁷. Inspirando al Derecho Canónico.

8) Plazo posesorio.

Por **plazo posesorio** se entiende plazo para tomar posesión. Es el de que dispone el nombrado para aceptar el nombramiento presentándose a prestar juramento o promesa y, en el mismo acto, o después, pero antes del vencimiento del término final, asumir el cargo o adquirir la condición de funcionario, si es el primer destino. En el curso de ese plazo el *ius ad rem* transita hacia el *ius in re*, como en la obligación condicional, *pendente conditione*, el crédito suspende el pago de la deuda.

El plazo se cuenta desde la publicación o notificación del nombramiento. Y, como hemos visto, hay variedad de plazos. De días hábiles y naturales. De un día a quince o treinta, o de uno (de fecha a fecha) o más meses. Prorrogables o no. Igual para todos o desigual, según se haya o no cambio de residencia. Para en todo el territorio nacional, o no (para la Península o sólo Canarias, islas adyacentes y territorios de África sometidos a legislación peninsular decía el Código civil, en su día, o territorios de Ultramar)¹³⁸. Hubo un tiempo que Península y resto de España, y Canarias, Baleares, territorios de África sujetos a la legislación peninsular, plazas de soberanía o Ciudades de Ceuta y Melilla, como lugar del destino y toma de posesión, de todos los Cuerpos de funcionarios, era distinto, y aún los hay. Más largo en el segundo caso. En materia de servicio militar y reemplazo era clásica la distinción la incorporación a unidades, guarniciones y de jóvenes peninsulares y extrapeninsulares¹³⁹.

137. Nota 92, pág.315, del Vol. I de su *Tratado de Derecho Administrativo. Ibíd.*

138. Por ejemplo el Reglamento Notarial, artículo 35 párrafo 3, dice que el plazo de un mes se podrá prorrogar por otro más, pero el plazo podrá ser de dos meses prorrogable dos más, si se tratara de Notarías de *Baleares* o Canarias. El 519 de Reglamento Hipotecario dice que, cuando se trate de Registradores que sirvan Registros de fuera de la Península o que sean nombrados para alguno de ellos, el plazo será de 40 (en lugar de 20) días y la prórroga podrá ser de 40 (en lugar de 20).

139 Por todas, la Orden de 26 de julio de 1995, de Normas para la asignación de destinos y calendario de incorporación del reemplazo de 1996, en cuyo Anexo III.3. Sistema general de asignación de destinos, se establece un orden para la de plazas de la oferta anual solicitadas en las guarniciones de Canarias, Ceuta, Melilla y *Baleares*, en el que, en primer lugar, aparecen los voluntarios residentes que hayan mostrado de preferencia por cumplir el servicio militar en la demarcación de su residencia, seguidos por los jóvenes peninsulares que hayan manifestado tal preferencia en primer lugar.

9) Efectos para el funcionario.

La **adquisición de la condición de funcionario**, es el principal efecto de la toma de posesión tempestiva. Produce otros, cuales son los propios de la situación legal y reglamentaria de su estatuto jurídico. Cuando no se hablaba de tal, la doctrina¹⁴⁰ consideraba, en primer lugar, el derecho a percibir los haberes reglamentarios, y después, el escalafonamiento, el derecho al ascenso y mejora de haber, la preferencia entre cargos incompatibles, y el cómputo de servicios a efectos de clases pasivas. Hoy suele destacarse su importancia para trienios y derechos pasivos. Sin que pueda olvidarse que todo el plazo posesorio se considera de servicio activo¹⁴¹, por más que el devengo de retribuciones básicas y complementarias, en el mes de toma de posesión se produce por días y no referido al primer día hábil del mes¹⁴².

10) Efectos para los demás cargos.

En el caso de cargos públicos -que no son funcionarios ni servidores públicos, con relación retribuida de servicios, o profesionales de arancel, sino **de designación política o electos**- las normas por la que se rige su elección e investidura no hablan siempre ni solamente de toma de posesión. También de *ocupación del puesto, de plenitud o perfección de la condición del cargo, de hacerse cargo u otra expresión* que refleja mejor la idea **no traslativa, sino asuntiva del mandato**, no imperativo y de representación, propia de su condición de candidato electo, vinculada a la proclamación por la autoridad electoral, que expide la credencial, o la libre designación o confianza del que le nombra o le propone. El Presidente del Gobierno y los Ministros resultantes de la confianza parlamentaria de investidura de su gobierno juran o prometen acatamiento a la Constitución ante el Rey, en un acto del que extiende acta el Notario Mayor, cuya celebración supone aceptación del nombramiento real y asunción del cargo.

140. Enrique SERRANO GUIRADO *El nombramiento y la toma de posesión de los funcionarios públicos*. loc. cit. Págs. 180 y ss.

141. Artículo 48 del Reglamento General de ingreso y provisión de puestos de trabajo y promoción profesional.

142. Resolución de 2 de enero de 2003, de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, por la que se dictan instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios A) 2.3.

11) Funcionario de hecho.

Un tema clásico¹⁴³, en sede de validez del acto administrativo, es el del **funcionario de hecho**. En cuya teoría pueden incluirse los supuestos varios de ilegalidad de la investidura del órgano que lo produce, lo que supone incluir dos supuestos básicos: a) Vicio en el nombramiento del funcionario suficiente para determinar la nulidad o anulabilidad, y b) Ejercicio, con cierta apariencia de legalidad, de la función pública por particular, sin el correspondiente nombramiento o cuyo nombramiento haya perdido su virtualidad. Fernando GARRIDO FALLA¹⁴⁴ incluye los actos realizados por funcionarios que incurren en anticipación o prolongación de funciones y funcionarios que, por consecuencia de un estado de necesidad actúan como tales sin ostentar la investidura legal adecuada. Rafael ENTRENA CUESTA¹⁴⁵, al tratar, del elemento subjetivo del acto administrativo, y de la aptitud del titular de órgano, frente al propio órgano, dice que se da, cuando el titular ha sido legalmente adscrito a él, faltando en tres casos: a) cuando se ejerza la función cuando no tiene título para ello -es el caso del funcionario de hecho- en cuyo caso, en atención a la apariencia de legalidad y a la seguridad del tráfico, la doctrina tiende a admitir la validez (irregularidad no invalidante); b) cuando esté viciado el acto de nombramiento del titular, en cuyo caso el acto dictado es válido hasta que se anule el nombramiento; y c) cuando, existiendo nombramiento legal, se dicte el acto antes de que aquél pueda producir legalmente efectos o después de que se haya extinguido, en cuyo caso es posible que, en tanto el nuevo titular no tome posesión, el antiguo, pueda dictar actos de trámite.

12) Cesantía.

Otro clásico en Derecho administrativo, es el de los efectos de la falta de toma de posesión en el plazo establecido (incluso prorrogado). De los que no hablan las normas, posiblemente porque sean negativos. Como la no adquisición por el nombrado de la condición de funcionario público de carrera. No su cese, ni, como en otro tiempo, la **cesantía**¹⁴⁶, ni siquiera la

143. Jesús FUEYO ÁLVAREZ *La doctrina de la Administración de facto* RAP n° 2 1950, págs. 35 y ss. Enrique MARTÍNEZ USEROS *Consideraciones sobre los funcionarios de hecho*. Estudios dedicados al profesor GASCÓN Y MARÍN. Madrid 1952 págs. 92 y ss.

144. *Tratado de Derecho Administrativo* Vol. I Parte general págs. 315 y 316 y 424 a 428.

145. *Curso de Derecho Administrativo*. *Ibíd.* pág. 482.

146. Los artículos 30, 49, 62 y 66 del Reglamento de 1918 la establecían para los funcionarios que no tomaran posesión de su nuevo destino.

presunción de renuncia, que, en el Estatuto Básico del Empleado Público¹⁴⁷ vigente, es uno de los supuestos de pérdida de la condición de funcionario de carrera. Y solo se puede perder lo que se tiene, como no llega a tenerlo el que no toma posesión del cargo.

Si el funcionario no se presentare a ejercer su cargo dentro del plazo posesorio se entenderá renuncia al

destino, tratándose de ingreso en el servicio, y en los demás casos (traslados o reingresos), será declarado cesante, dijo el artículo 22 del Reglamento de 7 de septiembre de 1918, para la aplicación de la ley de Bases de 22 de julio reguladora de las situaciones de los funcionarios de la Administración Civil del Estado. En el título administrativo expedido para el nombramiento, el artículo 23, decía se comprendería el mandato, para que, sin necesidad de los decretos de “Cúmplase” y “Dése posesión”, ni de ninguna otra diligencia, los funcionarios se posesionen, ante el Jefe Centro o Dependencia. Posesión que se hará constar por certificación extendida al dorso o a continuación del referido título o mero diligenciamiento, y para los que se exigirá la presentación de los documentos que justifiquen su capacidad legal para el cargo.

Con la informática, el diligenciamiento en el título, y el título mismo, han desaparecido. Aunque el RD 2073/1999, de 30 de diciembre dispone que serán objeto de anotación en el Registro Central para el personal funcionario de carrera, en prácticas o interino y el personal eventual, los actos siguientes:

1. Tomas de posesión en plazas, destinos y puestos de trabajo.

147. Artículos 63 a) y 64, que disponen, además, que habrá de ser expresa y por escrito y la debe aceptar la Administración, sin que lo pueda hacer si pende expediente disciplinario o causa criminal.

5.4. CONSTITUCIÓ I PROCÉS CIVIL. ALGUNS ASPECTES PROBLEMÀTICS

Carlos Gómez Martínez

SUMARI: 1. Imparcialitat judicial i mesures cautelars. 2 Retallades a la reserva de jurisdicció: a) Admissió de la demanda. b) Execució. c) Jura de comptes. 3. La venda extrajudicial hipotecària davant notari. 4. Facultats del jutge i procés de consum.

La Constitució de 1978 va recollir al seu article 24 un conjunt de drets i garanties que resulten bàsiques per tota administració de justícia. Es tracta d'un dels seus articles “estrella” per quant amb la seva proclamació com a drets fonamental, la Constitució espanyola atorga a les garanties processals *la condició de drets subjectius, amb la supralegalitat consubstancial a tota norma constitucional garantida mitjançant el control de legalitat de les lleis, i els atorga igualment la protecció reforçada que suposa el recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional*¹⁴⁸.

L'article 24 de la Constitució espanyola sovint es qualifica, també, com a un precepte “òmnibus” donada la pluralitat dels drets que recull. Així es consagren en aquesta norma, el dret a la tutela judicial efectiva (dins el qual s'integren el dret d'accés a la jurisdicció, el dret a obtenir una resolució de fons, el dret a una resolució fundada en dret, el dret als recursos, el dret a l'execució, el dret a la invariabilitat i intangibilitat de les resolucions judicials, i el dret a la tutela cautelar), la prohibició de tota indefensió, el dret al jutge ordinari predeterminat per la llei, el dret a la defensa i assistència lletrada, el dret a un procés públic, el dret a un procés sense dilacions indegudes, el dret a un procés amb totes les garanties, el dret a utilitzar els mitjans de prova pertinents, el dret a ser informat de l'acusació, el dret a no declarar contra un mateix i a no confessar-se culpable i el dret a la presumpció d'innocència.

El Tribunal Constitucional, especialment durant els anys vuitanta, va anant introduint aquests drets i garanties dins el procés penal, de manera que, de fet, li va donar la volta respecte de com venia dissenyat en la Llei

148. Díez Picazo Giménez, Ignacio. “Artículo 24. Garantías procesales”. ID vLex. <https://app.vlex.com/>

d'enjudiciament criminal de 1882, i el va adaptar a les exigències del Estat de dret. En canvi, no hi ha hagut manera de promulgar una nova llei d'enjudiciament criminal, malgrat els intents provinents tant de l'esquerra (avantprojecte de 2011), com de la dreta (projecte de 2015). El resultat és que tenim una llei processal penal plena de reformes parcials i interpretada pel Tribunal Constitucional per adaptar-la a la Constitució i a l'evolució de les exigències de la societat.

El camí recorregut pel procés civil ha estat l'invers. Els problemes d'adaptació legislativa del procés civil a la Constitució no varen esser tan aguts com en el cas del procés penal. Aquesta diferència tal vegada tengui la seva explicació en el fet que el procés civil es relaciona, fonamentalment, amb la tutela judicial efectiva i, en canvi, el procés penal, té més a veure amb la prohibició d'indefensió, amb la diferència que això implica i de la qual parlarem més endavant. El cas és que, encara que hi varen haver reformes parcials de la llei d'Enjudiciament Civil de 1881 posteriors la Constitució, les més importants en 1984 i 1988, sí que va ser possible la promulgació el dia primer de gener de 2001 d'una llei que establia un procés civil de nou disseny, adaptat tant a la Constitució, al seu article 24, com al que el legislador va considerar que era *l'anhel i la necessitat social d'una justícia civil nova, caracteritzada, precisament, per l'efectivitat*¹⁴⁹.

Tal com explica en Díez Picazo, l'article 24 de la Constitució recull dos drets fonamentals dels quals en deriven la resta: D'una banda, el dret a la tutela judicial efectiva i, d'altra la prohibició d'indefensió¹⁵⁰.

Doncs bé, el primer (tutela judicial efectiva) predomina al procés civil i el segon (prohibició d'indefensió) al procés penal, la qual cosa és fàcilment entenedora si tenim en compte que el dret a la tutela judicial efectiva és un dret de prestació d'una activitat que es demana dels òrgans judicials de l'Estat, i la prohibició d'indefensió el que imposa és més aviat límits a l'actuació per part de l'Estat en l'exercici del seu *ius puniendi* i, per tant, demana tant individualitzar el desbordament d'aquest límits com establir una reacció de l'ordenament jurídic que normalment consistirà en l'efecte negatiu de deixar sense efecte o anul·lar allò que s'ha realitzat sense la necessària habilitació legal i, al cap i a la fi, constitucional.

Reformar el procés penal demana un ampli consens polític i social ja que qualsevol canvi afecta als fonaments de l'Estat constitucional de dret i si,

149. Exposició de motius de la Llei 1/2000, de 7 de gener d'Enjudiciament Civil.

150. Ob. cit.

com ha passat, la llei que el regula no es reforma, l'essencial és que quedi ben establerta la nul·litat de les actuacions policials i processals quan no es respecten les garanties, la qual cosa ha quedat ben assegurada a Espanya gràcies a la doctrina constitucional i a la jurisprudència.

La finalitat d'aquest treball és posar el focus sobre el procés civil, fer un repàs, que serà forçosament fragmentari, d'alguns aspectes de la Llei d'Enjudiciament Civil i altres normes de naturalesa processal, per a comprovar si s'adeqüen plenament o no al model concret de tutela judicial efectiva que es projecta des de l'art. 24 de la Constitució.

Es començarà per la un aspecte bàsic, com és la imparcialitat del jutge i com juga aquest principi en l'adopció de mesures cautelars, es seguirà per la potestat jurisdiccional en relació amb funcions atribuïdes a altres professionals que no gaudeixen del mateix estatut de independència i imparcialitat que la judicatura, i es finalitzarà amb el paper del jutge als processos de consum.

1. Imparcialitat judicial i mesures cautelars

Resulta sorprenent que la Constitució Espanyola no esmenti en cap dels seus articles la imparcialitat del jutge. Mes encara si tenim en compte que, com ha posat de manifest Rafael Jiménez Asensio, el text constitucional sí que al·ludeix a la imparcialitat dels funcionaris (article 103.3 de la Constitució Espanyola) i a la necessitat que el Ministeri Fiscal subjecti la seva actuació al principi d'imparcialitat (article 124.2)¹⁵¹.

Això contrasta amb el panorama que ofereixen els textos internacionals sobre drets humans. Així, l'article 10 de la Declaració Universal dels Drets Humans de 10 de desembre de 1948 estableix que *tota persona té dret, en condicions de plena igualtat, a ser escoltada públicament i amb justícia per un tribunal independent i imparcial*. L'article 6.1 de la Convenció Europea per a la protecció dels drets humans i les llibertats públiques disposa que *tota persona té dret al fet que la seva causa sigui oïda equitativa, públicament i dins d'un termini raonable, per un tribunal independent i imparcial*. Finalment, l'article 14 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de 1966 assenyala que *tota persona tindrà dret a ser oïda públicament i amb les degudes garanties per un tribunal competent, independent i imparcial*.

151. Jiménez Asensio, Rafael. "Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial". Ed Aranzadi. Madrid 2002. Pàg. 73

Al nostre país, davant l'absència d'esment a la imparcialitat en els preceptes constitucionals que defineixen l'estatut del jutge i fins i tot en la regulació dels drets fonamentals, el Tribunal Constitucional la va considerar, en una primera etapa, com un dret derivat del dret al jutge ordinari predeterminat per la llei i, des de la sentència 145/1988, com un dret comprès dins del dret a un procés amb totes les garanties.

Però *l'oblit de la imparcialitat* no solament s'ha produït al nivell de la Constitució. Resulta també xocant que en plena vigència de la Constitució es promulgues la Llei orgànica 10/1980 que va crear l'anomenat *procés monitori penal* o *procediment per a l'enjudiciament oral de delictes dolosos, menys greus i flagrants* en el qual s'atribuïa a un mateix jutge les funcions d'instruir i de jutjar, i que no fos sinó fins a deu anys després quan el Tribunal Constitucional, precisament en l'anteriorment citada sentència 145/1988, declarés aquesta coincidència de funcions inconstitucional. Per a aquesta declaració va tenir especial importància la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans que durant la dècada dels vuitanta, especialment en les sentències Piersaack (1982) i De Cubber (1984), havia considerat la imparcialitat objectiva o aparença d'imparcialitat coma inclosa, juntament amb la subjectiva, dins el concepte de imparcialitat de l'article 6.1 de la Convenció.

No obstant això, encara avui pot sostenir-se que ni el legislador ni els juristes han assumit plenament les conseqüències del principi d'imparcialitat objectiva. Així, la Llei d'Enjudiciament Civil de 2000 atribueix competència per a conèixer de les mesures cautelars al mateix jutge que conegui de l'assumpte principal (article 723.1).

Com és ben sabut, dos son els pressupost legalment requerits en l'article 728 de la Llei d'Enjudiciament Civil per a que es pugui dictar una mesura cautelar. El primer és el *periculum in mora*. En efecte, el fonament d'una decisió cautelar és el risc real que, mentre se substancii el procés de declaració, el demandat pugui intentar maniobres fraudulentas que posin en perill una futura execució. En aquest sentit, assenyala el Tribunal Constitucional en la seva sentència 148/93 de 29 d'abril, l'òrgan judicial *ha de verificar la concurrència d'un perill de dany jurídic per al dret la protecció del qual s'impetra derivat de la duració de la tramitació del procés, del retard en l'emissió del títol definitiu*. Aquest primer pressupost de la mesura cautelar es, en certa manera, independent de la qüestió que constitueix l'objecte del procés principal ja que el que s'ha de valorar és l'efecte que el pas del temps produirà sobre la possibilitat de materialització de la pretensió en el cas que aquesta sigui finalment estimada.

Però no passa el mateix amb el segon dels pressuposts de les mesures cautelars, això és, amb el *fumus boni uiris* (article 728.2) que és l'aparença de la titularitat del dret invocat per la part actora com a fonament de la seva pretensió. L'objecte de la resolució interlocutòria que acordi la mesura cautelar és coincident amb l'objecte del procés principal. L'única diferència radicarà en el grau de fiabilitat que ofereixin les proves aportades per l'actor, de forma que, per l'adopció de la mesura cautelar, basta que el jutge en faci un judici provisional e indiciari favorable al fonament de la seva pretensió de la part actora, mentre que la sentència condemnatòria tan sols es pot produir si hi ha prova plena dels fets constitutius de l'esmentada pretensió.

El text legal (article 728.2 de la Llei d'Enjudiciament Civil) ja adverteix que aquesta apreciació *prima facie* (a primera vista) l'ha de fer el jutge *sense prejudjar sobre el fons de l'assumpte*, però cal demanar-se si això no és una fórmula purament retòrica, especialment quan el pronunciament sobre mesures cautelars ha estat negatiu i ha vingut precedit per l'activitat probatòria permesa a l'article 734.2 de la Llei d'Enjudiciament Civil. En aquest cas, conserva el jutge la seva imparcialitat objectiva o aparença d'imparcialitat per a decidir sobre el fons de l'assumpte?

El Tribunal de Cassació francès, en la seva sentència de 6 de novembre de 1998, va anul·lar la sentència dictada pel Tribunal d'Apel·lació d'Amiens per haver format part de l'òrgan col·legiat que va decidir el fons de l'assumpte un magistrat que, actuant com *juge des référés*, havia acordat una mesura cautelar o decisió de tutela sumària; tot això a la vista del que es disposa en l'article 6.1 de la Convenció Europea de Drets Humans que, recordem-ho, és plenament aplicable a França, de la mateixa manera que al nostre país, tant al procés penal com al civil.

2. Retallades a la reserva de jurisdicció

Des de fa varies dècades, el jutge ha estat subjecte passiu d'un procés de "desempoderament" que ha consistit en privar-li de totes aquelles facultats que el legislador ha considerat que no eren estrictament jurisdiccionals. Així, als anys vuitanta del passat segle, el jutges i magistrats podien, fins i tot, designar personal interí. La situació va començar a canviar amb la creació per Reial Decret 10/1991, d'11 de gener, de les Gerències Territorials del Ministeri de Justícia, autoritats completament alienes als jutges i als jutjats i que ja varen assumir competències en matèria de personal, despeses de funcionament i obres i patrimoni.

Al mateix temps es produïa la progressiva descentralització de la gestió dels mitjans materials i personals de l'administració de justícia. És veritat que l'article 149.1.5^é de la Constitució adjudica a l'Estat la competència exclusiva en matèria d'Administració de Justícia, però al seu article 152.1 la mateixa Constitució disposa que: *als estatuts de les comunitats autònomes es podran establir els supòsits i les formes de participació d'aquestes en l'organització de les demarcacions judicials del territori. Tot això d'acord amb el que preveu la Llei Orgànica del Poder Judicial i dins la unitat i independència d'aquest.*

Aprofitant aquesta enclotxa constitucional, gairebé tots els estatuts promulgats abans de la Llei orgànica del poder judicial (1 de juliol de 1985), seguint el model de Catalunya, varen incloure l'anomenada "clàusula subrogatòria" (article 18.1 de l'Estatut de Catalunya) que, en una clara aposta de futur, atorgava a la comunitat autònoma les facultats que es les lleis orgàniques del poder judicial i del Consell General del Poder Judicial poguessin atribuir al govern. La interposició de recursos de inconstitucionalitat contra aquestes dues lleis va donar lloc a la sentències del Tribunal Constitucional 56/1990 i 62/1990, en les quals es reconeix la competència de les comunitats autònomes en tot allò que l'Alt Tribunal va anomenar "l'administració de justícia".

La confluència de poders en l'àmbit de l'administració de justícia (Consell General del Poder Judicial, Ministeri de Justícia, Comunitats Autònomes) no afavoria l'eficàcia de la Justícia, raó per la qual el Pacte d'estat per la Justícia de 28 de maig de 2001 va considerar necessari reformar la gestió administrativa del poder judicial per la via de la creació d'una nova oficina judicial, que exigia, en primer lloc, una modificació legislativa, la qual es va dur a terme mitjançant les lleis orgànica 19/2003, de 23 de desembre i 13/2009, de 3 de novembre.

Una de les vies obertes en aquest sentit va ser la de reforçar la figura del lletrat de l'administració de justícia, antic secretari, camí que ha continuat després, deslligat ja del seu origen en la reforma de l'oficina judicial. Així, l'actual article 456 de la Llei Orgànica del Poder judicial estableix que: *El Lletrat de l'Administració de Justícia impulsarà el procés en els termes que estableixen les lleis processals; i que a aquest efecte, dictarà les resolucions necessàries per a la tramitació del procés, excepte aquelles que les lleis processals reservin a Jutges o Tribunals.*

La Llei 13/2009, de reforma de la legislació processal per a la implantació de la nova oficina judicial no es va limitar a regular la matèria que enuncïava

sinó que, a més a més, va distribuir la competència per a decidir les qüestions processals entre els jutges i els que en aquell moment encara es denominaven secretaris. Això és el que s'expressa en el seu preàmbul quan diu: *El objetivo primordial compartido en la reforma de todas las leyes procesales es, por tanto, regular la distribución de competencias entre Jueces y Tribunales, por un lado, y Secretarios judiciales, por otro.*

En el preàmbul de la Llei 13/2009 es fa patent l'intent del legislador de deixar clar que en cap cas s'atribueixen al llavors Secretari funcions jurisdiccionals reservades per l'article 117.3 de la Constitució als jutges (jutjar i fer executar el jutjat).

Així, en el preàmbul esmentat llegim que:

...la idea inspiradora de la reforma ha sido la de concretar las competencias procesales del Cuerpo de Secretarios judiciales, configurado como un cuerpo superior jurídico, de modo que salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se ha optado por atribuir la competencia del trámite de que se trate al Secretario judicial.

Altra cosa és que l'atribució als lletrats de l'administració de justícia hagi respectat o no el principi d'integritat, reserva i exclusivitat de la funció jurisdiccional que es proclama a l'article 117.3 de la Constitució. A una reflexió sobre aquesta qüestió dedicarem les següents línies.

a) L'admissió de la demanda.

La reforma de 2009 va introduir una distribució de competències entre jutge i lletrat de l'administració de justícia basada en la distinció entre l'admissió i el rebuig (*inadmissió*) de la demanda. La primera serà competència del lletrat de l'administració de justícia i, en canvi, la segona es continua residenciant en el jutge. La diferència es justifica en el preàmbul de la Llei 13/2009 en què:

Salvo casos especiales previstos en el propio artículo, la Ley sólo exige la comprobación de ciertos requisitos formales ...

Cuestión distinta es la inadmisión de la demanda. El derecho de acceso a la justicia forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, y por ello sigue reservándose a Jueces y Tribunales la decisión acerca de la inadmisión de la demanda. En la medida en que supone cercenar un derecho constitucionalmente

reconocido requiere o exige un pronunciamiento judicial que fundamente su limitación, pronunciamiento que debe quedar en el ámbito jurisdiccional de Jueces y Tribunales. Esto significa que, apreciada por el Secretario judicial la falta de alguno de los requisitos o presupuestos de la demanda, deberá dar cuenta al Juez para que éste se pronuncie definitivamente sobre su admisión.

Com a conseqüència, l'article 404 de la Llei d'Enjudiciament Civil, en els seus apartats 1 i 2, estableix que:

1. El Letrado de la Administración de Justicia, examinada la demanda, dictará decreto admitiendo la misma y dará traslado de ella al demandado para que la conteste en el plazo de veinte días.

2. El Letrado de la Administración de Justicia, no obstante, dará cuenta al Tribunal para que resuelva sobre la admisión en los siguientes casos:

1) cuando estime falta de jurisdicción o competencia del Tribunal o

2) cuando la demanda adoleciese de defectos formales y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo concedido para ello por el Letrado de la Administración de Justicia.

Tal com es dedueix dels passatges del preàmbul de la llei 13/2009 que s'han transcrit abans, la distinció en l'atribució de competències entre el jutge i el lletrat de l'administració de justícia es fonamenta en la suposada diferència entre el jurisdiccional i el processal. La jurisdicció estaria atribuïda als jutges per imperatiu de l'article 117.3 de la Constitució (*L'exercici de la potestat jurisdiccional en qualsevol mena de processos, jutjant i fent executar allò que hagi estat jutjat, correspon exclusivament als Jutjats i als Tribunals...*) i, en canvi, damunt el processal no recauria la mateixa reserva constitucional, la qual cosa permetria atribuir aquesta matèria a altres professionals, com els lletrats de l'administració de justícia que no son jutges ni gaudeixen del mateix estatut d'independència que els membres de la judicatura.

La diferència entre el jurisdiccional i el processal no és fàcil d'establir. Normalment el que es distingeix és entre procés i procediment i la distinció radica, es diu, en una espècie d'argumentació circular, en què en el procés s'exercita la potestat jurisdiccional, perquè en ell intervé el jutge que té atribuïda en exclusiva la jurisdicció, la qual cosa no succeeix quan el tràmit es purament procedimental que, per tant, es defineix, en termes negatius, com la activitat no jurisdiccional que té lloc en els tribunals però sense la intervenció del jutge.

En qualsevol cas, pareix contrari a les regles de la lògica -i fins i tot, gosaria dir, de l'ontologia- que pel fet de negar o afirmar una mateixa cosa, de admetre-la o rebutjar-la, aquesta cosa canviï de naturalesa. Sembla, doncs, contradictori, que no sigui jurisdiccional (segon el preàmbul de la llei 13/2009 “processal”) l'admissió de la demanda i, en canvi, si sigui jurisdiccional el seu rebuig quan el que es concedeix o es denega és una mateixa cosa: la instauració del procés civil. Més aviat sembla que la decisió sobre admissió o rebuig de la demanda fa referència a una qüestió fonamental, com és l'accés a la tutela judicial i que, per tant, es tracta d'una matèria en la qual el jutge hauria d'intervenir sense restriccions, des del bell començament del procés, independentment de quin hagi de ser el sentit de la seva resolució.

En el règim de l'article 404 de la Llei d'Enjudiciament Civil és el lletrat de l'administració de justícia el que decideix si hi ha o no causa de rebuig (*inadmissió*) donat que és ell qui examina en primer lloc l'escrit de demanda. En cas de que observi la concurrència d'una causa de rebuig de la demanda en donarà compte al jutge. La *rendició de comptes* és un mecanisme verbal, informal, que depèn en gran mesura d'un paràmetre no reglat com és la bona comunicació entre el jutge i el lletrat de l'administració de justícia. No pot ser objecte de control directe per las parts processals donat que elles no en tenen coneixement ni del moment en el qual es produeix ni del seu contingut i tan sols en tenen notícia del seu resultat, en la mesura que aquesta operació de *rendició de comptes* es reflexa en qualche tipus de resolució del jutge o del lletrat de l'administració de justícia.

El que aquí interessa destacar és que resulta paradoxal que sigui la decisió del lletrat de l'administració de justícia la que converteixi l'accés a la tutela judicial en jurisdiccional o no. Si observa la concurrència d'alguna causa de rebuig la matèria queda convertida en jurisdiccional y serà decidida pel jutge al qual el mateix lletrat en trasllada el coneixement mitjançant el mecanisme intern de la *rendició de comptes*. El que pot passar, però, és que una causa de rebuig sigui inadvertida i que no es produeixi la conversió de la matèria en jurisdiccional, la qual cosa produirà com a efecte l'admissió indeguda de la demanda i, per tant, seriem davant un tema de caire processal que, de fet, hauria estat decidit pel lletrat de l'administració de justícia.

El legislador justifica l'atribució de competències al lletrat de l'administració de justícia en l'admissió de la demanda amb el raonament de què *la Ley sólo exige la comprobación de ciertos requisitos formales* (preàmbul de la Llei 13/2009), però el que passa és que, en realitat, això no és tan simple. Hi ha altres supòsits de rebuig a més a més dels que contempla l'article 404. 2 de la Llei d'Enjudiciament Civil (falta de jurisdicció i competència, articles 38,

48 i 58), com son els supòsits en els quals no es pot admetre la demanda si no va acompanyada de determinats documents legalment establerts (article 403.2 en relació amb el 266.4º de la Llei d'Enjudiciament Civil) com son ara les demandes d'aliments (article 266. 1º), o de retracte (article 266. 2º), les demandes que pretenen retenir o recobrar la possessió (article 439. 2. 3º, 3 y 4), les terceries de millor dret (article 614.1), les terceries de domini (article 696), les peticions de judici monitori (articles 812 i 815.4) i les demandes de judici canviari (article 821).

La demanda s'ha de rebutjar, també, per incompliment dels requisits d'admissibilitat establerts per la llei en cassos especials (article 439.5); per falta de fixació de la quantia en la demanda (article 254.4); per indeguda acumulació d'accions (article 73), per inadequat plantejament de les demandes de filiació si s'impugna una filiació declarada per sentència ferma o si es pretén la determinació d'una filiació establerta també per sentència ferma (article 764.2); per omissió de còpies (article 275) , per manca de firma de missèr o de procurador (articles 23 i 31).

Fins i tot, algun autor es refereix a supòsits d'obligat rebuig de la demanda per raons de fons com son aquelles en les quals es pretén el compliment d'una promesa de matrimoni (article 42.2 del Codi Civil) o la reclamació del que s'ha guanyat en jocs il·lícits (article 1789 del Codi Civil) o fins i tot, quan la pretensió sigui abusiva o absurda (article 11.2 de la Llei Orgànica del Poder Judicial)¹⁵².

De tot això se'n dedueix que ens trobam davant una matèria complexa, no limitada a la comprovació de certs requisits formals, com es suggereix al preàmbul de la Llei 13/2009. Es tracta, més aviat d' una matèria plenament jurisdiccional que hauria de ser examinada pel jutge en tots els supòsits, i tot això en aplicació del que estableix l'article 117.3 de la Constitució.

Dèiem al principi d'aquest treball que les garanties processals constitucionalitzades a l'article 24 del text fonamental oscil·len entre dos principis, el de tutela judicial efectiva i el de prohibició de tota indefensió de manera que es parla sovint de que el precepte desenvolupa un sol principi, el de tutela judicial efectiva sense indefensió. És cert que si s'admet la demanda es pot suposar que s'ha materialitzat el dret d'accés a la tutela judicial amb l'inici del procés civil. Però també és cert que l'admissió de la demanda té importants efectes de cara al demandat per al qual genera càrregues

152. Perarnau i Moya, Joan. "La admisión de la demanda por el secretario judicial y el examen de los presupuestos procesales por el tribunal" v/lex 330536910 <http://libros-revistas.derecho.vlex.es/vid/admision-examen-presupuestos-procesales>

processals i despeses econòmiques immediates, independentment del resultat final del litigi. Per això en certs supòsits, el mateix legislador ha supeditat l'admissió de la demanda al compliment de determinats requisits formals o patrimonials que, en definitiva, garanteixen un cert grau de seriositat en la pretensió actora de manera que els eventuais prejudicis que es causin al demandat no siguin totalment arbitraris.

És cert que a la nostra llei processal civil el rebuig de la demanda és excepcional i regit per un criteri d'estricta tipicitat (article 403.1 de la Llei d'Enjudiciament Civil). Precisament per això, en els casos en els qual la llei ha previst el rebuig, el mateix legislador ha fet una ponderació entre els dos drets als quals en referíem anteriorment: D'una banda, el dret de l'actor a fer valer el seu dret davant el tribunal, d'altra banda, evitar al potencial demandat prejudicis injustificats.

Es pot donar el cas de que s'admeti una demanda que, en realitat, hauria d'haver estat rebutjada. Per aplicació de les normes generals sobre recursos, contra el decret del lletrat de l'administració de justícia admetent la demanda, el demandat podrà interposar recurs de reposició dins el termini dels cinc dies següents a la seva compareixença (article 452.1 de la Llei d'Enjudiciament Civil). Si el lletrat de l'administració de justícia confirma el decret, el demandat podrà reproduir el motius de la seva impugnació a la primera audiència.

La veritat és, però, que, en la pràctica, el jutge romadrà allunyant del procés en aquesta primera fase i que no tindrà contacte amb ell abans de l'audiència prèvia.

En conclusió, l'atribució al lletrat de l'administració de justícia de competència en admissió de la demanda minva el control judicial sobre aquesta matèria regida, com veiem, per un delicat joc d'equilibris entorn de l'accés a la tutela judicial.

b) L'execució.¹⁵³

La dicció literal de l'article 117. 3 de la Constitució, quan defineix la jurisdicció com el que fan els jutges *jutjant i fent executar allò que hagi estat jutjat*, marca ja una diferència entre la tasca de *jutjar*, que s'atribueix directament als jutges, i l'execució, respecte de la qual el text utilitza el

153. Aquest tema ha estat tractat per Oliver Koppen, Gabriel, "Los recursos contra las resoluciones del letrado de la administración de justicia en el procedimiento de ejecución. La influencia de la STC 58/2016, de 17 de marzo". Revista Jurídica de les Illes Balears, nº 16 de 2018.

causatiu: *fer executar*. Com és sabut, quan s'utilitza aquest aspecte verbal, no és el subjecte qui realitza l'acció, sinó que obliga a que la faci un altre. Per tant, pel que fa al *jutjar*; la intervenció del jutge és directa, no admet mediació i es pot dir que la reserva de jurisdicció és absoluta. En canvi, en quant a *executar allò que hagi estat jutjat* sí que hi cap la intervenció d'una altra autoritat o instància que dugui materialment a terme l'acció, sense que això signifiqui, però, que aquesta funció quedi fora del control judicial ja que el jutge continua sent qui constitucionalment té comanada aquesta funció i qui obliga a aquesta altra autoritat a actuar, a *executar*, funció que durà a terme, però, sense gaudir d'una total autonomia, sinó amb subjecció a les instruccions procedents del jutge.

De nou amb origen en el “Pacte d'Estat per la Reforma de la Justícia” de 28 de maig de 2001, la Llei Orgànica 19/2003, de reorganització de l'oficina judicial, va atribuir noves tasques, ara en matèria d'execució, als que llavors encara es deien “Secretaris Judicials”. L'actual article 456.6. de la Llei Orgànica del Poder Judicial considera com a funció d'aquest professionals, entre d'altres, la de *Ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados*.

La Llei 13/2009, de 3 de novembre, de reforma de la legislació processal per a la implantació de la nova oficina judicial –oficina que a hores d'ara continua sense posar-se enterament en marxa–, va reformar el llibre III de la Llei d'Enjudiciament Civil i va atribuir als lletrats de l'administració de justícia la major part de competències en matèria d'execució. La intervenció del jutge queda reduïda a l'inici de l'execució i a la resolució de les oposicions i els recursos.

El problema de constitucionalitat es planteja perquè hi ha algunes resolucions dels lletrats de l'administració de justícia, dictades en processos d'execució, que queden fora del control judicial ja que contra elles no hi cap recurs de revisió davant el tribunal. En efecte, en execució es preveu la possibilitat de recurs de revisió contra el decret del lletrat de l'administració de justícia tan sols en supòsits determinats (articles 528.3, 531, 551.5, 558.2, 570, 589.3, 607.7, 612.2, 632.3, 633.3, 639.4, 650.4, 670.4, 678.2, 690.3, 700 i 706). Davant la resta de resolucions del lletrat de l'administració de justícia tan sols hi cap el recurs de reposició que serà resolt mitjançant decret del mateix lletrat de l'administració de justícia contra el qual no hi cap recurs de revisió (article 451 de la Llei d'Enjudiciament Civil), sens perjudici de poder reproduir la qüestió davant el tribunal amb ocasió de la primera audiència que es celebri i, si això no és possible, per escrit abans que es dicti resolució definitiva (article 454 bis de la Llei d'Enjudiciament Civil). Si

tenim en compte que en fase d'execució no hi haurà normalment ni audiència prèvia ni resolució definitiva a càrrec del tribunal, tot això suposa deixar fora del control judicial una part de l'execució.

Doncs bé, la STC 58/2016, de 17 de març, declara la inconstitucionalitat del article 102 bis de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, introduït per la mateixa Llei 13/2009 a la qual ens venim referint, i que estableix un règim de recursos contra les resolucions del lletrat de l'administració de justícia, semblant al que es recull en els articles 454 i 454 bis de la Llei d'Enjudiciament Civil. L'Alt Tribunal fonamenta la seva decisió en que el precepte és contrari a la reserva de jurisdicció de l'article 117.3 de la Constitució.

En el mateix sentit, la STC 72/2018, per remissió a l'anteriorment citada STC 58/2016, ha estimat una qüestió d'inconstitucionalitat de l'article 118.1, paràgraf primer de la llei reguladora de la jurisdicció social d'ídèntica formulació que la del paràgraf primer de l'article 102 bis.2 de la llei de la jurisdicció contenciós administrativa.

Com veim, el mateix argument pot resultar aplicable al règim de resolucions atribuïdes per la Llei 13/2009 al lletrat de l'administració de justícia en el procés civil i contra les quals no hi cap recurs de revisió, amb especial incidència en el procés d'execució.

c) Jura de comptes.

Com és sabut, el procediment d'impugnació dels honoraris dels advocats per indeguts finalitza amb un decret del secretari. Doncs bé, l'article 35.2 paràgraf quart de la Llei d'Enjudiciament Civil estableix que aquesta resolució del *secretari no serà susceptible de recurs, però no prejutjarà, ni tan sols parcialment, la sentència que pugui recaure en el judici ordinari ulterior*. El mateix disposa l'article 34.2, paràgraf tercer pel cas d'impugnació del compte de procurador per indegut.

La STC 34/2019, de 14 de març, del Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalitat i nul·litat d'aquest preceptes per la mateixa raó de que la impossibilitat de recórrer el decret del lletrat de l'administració de justícia que resol la reclamació d'honoraris d'advocat o procurador, en cas de que s'impugnin per indeguts, és incompatible amb el principi d'exclusivitat de la potestat jurisdiccional o de reserva de jurisdicció i priva d'accés al control jurisdiccional d'una decisió adoptada en el si d'un procés per un òrgan no investit de la funció jurisdiccional.

Especialment interessant és que l'Alt Tribunal considera que la possibilitat d'acudir a un judici ordinari no evita la vulneració de la reserva constitucional de jurisdicció ja que entén que l'eventual procediment declaratiu posterior no enerva les decisions adoptades ni impedeix que produeixi els seus efectes sense que la pretensió hagi estat examinada per un jutge o tribunal (fonament jurídic 6).

3. La venda extrajudicial hipotecària davant notari.

L'article 129.2 de la Llei Hipotecària permet acudir a un sistema de venda extrajudicial del bé hipotecat en cas d'impagament del capital o interessos de la quantitat garantida i sempre que així s'hagi pactat en l'escriptura de constitució de la hipoteca.

Aquesta possibilitat d'execució extrajudicial existia ja en la primitiva redacció de la Llei Hipotecària de 8 de febrer de 1946 en consonància amb la qual el Reglament Hipotecari de 14 de febrer de 1947 va incloure el corresponent procediment als seus articles 234, 235 i 236.

A partir de llavors, el procediment ha estat objecte de continues reformes:

- Reial Decret 290/1992, de 27 de març, que va regular minuciosament tot el procediment.
- Disposició final 9^a de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil, que, entre d'altres coses, va substituir el terme *procedimiento ejecutivo judicial* pel de *venda extrajudicial* amb la intenció de deixar clar que no ens trobam davant un procediment d'execució.
- Reial Decret-llei 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció dels deutors hipotecaris, que modifica el procediment quan té per objecte l'habitatge habitual.
- Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, que pretén enfortir la venda extrajudicial.
- Llei 19/2015, de 13 de juliol, de mesures de reforma administrativa en l'àmbit de l'Administració de Justícia y del Registre Civil, que introdueix canvis relatius a l'apreciació de clàusules abusives pel notari i tipus mínim de subhasta quan té per objecte l'habitatge habitual.

El cert és, però, que malgrat aquesta important activitat legislativa recaiguda sobre l'article 129 de la Llei Hipotecària, les dubtes sobre la seva constitucionalitat no han desaparegut, fins al punt que el Grup Parlamentari Socialista del Congrés dels Diputats va promoure recurs de inconstitucionalitat (número 4985-2013) contra la llei 1/2013, de 14 de maig, en el qual sosté que és inconstitucional l'article 3.3 de la norma esmentada que modifica l'article 129 de la Llei Hipotecària, ja que considera que vulnera els articles 14, 24, 51.1 i 117 de la Constitució. El Tribunal Constitucional no va entrar en el fons de la qüestió ja que l'article 129 de la Llei Hipotecària va ser modificat, de nou, per la Llei 19/2015, de 13 de juliol, la qual cosa té un efecte extintiu del recurs de inconstitucionalitat quan la impugnació no té, com és aquest cas, naturalesa competencial. Per tot això, encara persisteixen els dubtes sobre la constitucionalitat del precepte.

Les dubtes d'inconstitucionalitat es basen, sobre tot, en la vulneració de la reserva de jurisdicció continguda a l'article 117.3 de la Constitució. El punt de partida, que no es discuteix, és que l'article 129 de la Llei Hipotecària regula un procediment d'execució ja que en ell es pretén la realització del dret del creditor sobre els bens del deutor quan aquest darrer ha incomplert la seva obligació de pagament de principal i interessos. Si això és així hi hauria d'haver, al menys, un control judicial. La sentència del Tribunal Suprem de 4 de maig de 1994 assenyala que:

La función de ejecución y, por tanto, la atribución del conocimiento del proceso de ejecución son cometidos propios de los Jueces y Tribunales integrantes del “Poder Judicial” directriz que, además, se asienta, como explica la doctrina científica en una arraigada línea histórica española que, a diferencia de otros ordenamientos extranjeros, no contempla la existencia de órganos de la ejecución autónomos, diferentes del Juez, línea reforzada por el señalado precepto de la Constitución española y los concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según explícita, además, entre otras la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 167/1987, de 28 de octubre, al declarar “que la titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su artículo 117-3”.

A més a més, l'article 129 s'ha considerat contrari al dret a un procés amb totes les garanties de l'article 24 de la Constitució. Així, a la mateixa sentència del Tribunal Suprem llegim:

También, la dicha oposición surge, obviamente, por contraste con el artículo 24-1 de la Constitución Española que reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, derecho que inevitablemente se relaciona con la recta observancia del artículo 117-3 ya señalado, cuyas conexiones con aquel revelan una gran interdependencia, tanto mas, cuanto, de acuerdo con el artículo 53-a) de la Constitución Española, corresponde a los poderes públicos el deber de promover la efectividad del derecho a la tutela judicial (sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987 de 16 de diciembre).

La conseqüència de tot això és que el Tribunal Suprem va derogar l'article 129.2 de la Llei Hipotecària en la seva redacció anterior, decisió que va prendre perquè es tractava d'una llei pre-constitucional. Lleis posteriors han regulat el procediment per a la venda extrajudicial dels bens hipotecats i, per tant, ara la norma que regula el procediment tan sols podria ser deixada sense efecte en virtut d'un recurs d'inconstitucionalitat sense que, com dèiem abans, el Tribunal Constitucional s'hagi pronunciat encara sobre els fons de la qüestió, i ha rebutjat tramitar algun recurs d'inconstitucionalitat plantejat pels jutges, com l'interposat pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció número 1 de Catarroja en el judici verbal 757/13.

4. Facultats del jutge i procés de consum.

La Llei d'Enjudiciament Civil de 2000 va optar per un model contrari a la corrent cap a la socialització del procés civil i va fugir de la seva concepció publicista¹⁵⁴. Es tracta d'una opció legislativa inspirada en la ideologia liberal i que en l'àmbit de la doctrina processal s'ha traduït en la tendència que s'ha anomenat *revisionista* en quant suposa, efectivament, una revisió del model de procés civil que s'havia anat implantat durant el segle XX a la majoria de països d'Europa Occidental. Per això, al preàmbul de la llei llegim:

De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que

154. Díez Picazo, Ignacio, "Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español", en *Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia y quince ensayos*, ed. Tirant Lo Blanc, 2006, pág. 34.

pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela.

Es tracta d'una opció legislativa que es basa en el caràcter purament privat de l'objecte del procés i en la necessitat de preservar la imparcialitat del jutge. D'aquests principis es deriva una distribució de funcions conformement a la qual la direcció material del procés correspon a les parts i la direcció formal del procés al jutge.

Des del punt de vista constitucional es planteja el dubte de si aquest model de procés es correspon o no amb la naturalesa social de l'Estat que es proclama en l'article 1.1 de la Constitució (*Espanya es constitueix en un Estat social i democràtic de Dret*), i amb el principi d'efectivitat que es consagra al seu article 9.2 (*Correspon als poders públics de promoure les condicions per tal que la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives*).

En efecte que l'objecte del procés civil, sigui per regla general, privat, el que implica és que la iniciativa de acudir al jutge correspon a cada ciutadà, però un cop que el jutge és cridat a intervenir per a resoldre un conflicte, sembla que no estiguin justificades les restriccions de les seves facultats ni en matèria probatòria ni en matèria de dret. La major o menor amplitud de les funcions del jutge no està en relació directa amb la seva imparcialitat que no quedarà en entredit si les exercita amb respecte del principi d'audiència bilateral que és el que impedeix qualsevol tipus d'indefensió i triangula la relació i col·loca el jutge en la posició que li pertoca de tercer. És a dir, no és la passivitat del jutge la que garanteix la seva imparcialitat sinó, més aviat, el que assegura la seva *terzietà* és que la intervenció judicial sigui equilibrada i que respecti el principi d'igualtat d'armes, amb independència de si s'actua a instància de part o d'ofici.

La concepció restrictiva del paper del jutge en la llei de 2000 arribava, fins i tot, a les seves facultats de direcció formal del procés, fins al punt de que ni tan sols podia acordar d'ofici l'acumulació de processos. En efecte, el primitiu text de l'article 75 disposava que: *Salvo que la ley expresamente disponga otra cosa, la acumulación de procesos diferentes sólo podrá decretarse a instancia de quien sea parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación*

se pretende. Doncs, bé, la Llei 13/2009, de 3 de novembre, va haver de modificar el precepte que ara diu: La acumulación podrá ser solicitada por quien sea parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende o será acordada de oficio por el Tribunal, siempre que se esté en alguno de los casos previstos en el artículo siguiente.

Però allà on el model de jutge i, per tant, de procés, ha sofert una major modificació ha estat en el processos que versen sobre matèria de consum en els quals les facultats judicials s'han vist ampliades com a conseqüència de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

En efecte, la sentència del TJUE de 14 de juny de 2012, en el seu apartat 42 estableix que:

... el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional...

I al seu paràgraf 43 llegim:

Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véase la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 32).

Aquesta sentència va venir seguida d'altres, especialment, la de 14 de març de 2013 (*Mohamed Aziz*), que va deixar ben clar que *no hi pot haver cap llei processal que faci impossible la protecció del consumidor enfront de la qual cedeixen regles i fins i tot principis entorn dels quals tradicionalment s'havia estructurat el procés civil, com són el dispositiu, el d'aportació de part o el de preclusió*¹⁵⁵.

La llei 3/2014, de 27 de març, va modificar l'article 83 de la Llei General de Defensa de Consumidors i Usuaris de manera que el seu text ara diu:

155. Gómez Martínez, Carlos. "Dret processal del consumidor. El tractament judicial de les clàusules abusives". Butlletí de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Balears, núm. 16, pag. 69.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Doncs bé, malgrat el daltabaix que ha suposat la jurisprudència del TJUE amb relació al model de jutge inicialment previst a la llei de 2000, no hi ha encara cap norma processal a la Llei d'Enjudiciament Civil que habiliti el jutge a fer aquesta intervenció d'ofici ni es regula la manera de fer-ho, la qual cosa planteja problemes pràctics especialment sobre el moment processal fins al qual pot el jutge fer ús d'aquesta facultat i apreciar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula contractual en relació al principi de cosa jutjada formal.

Tot això planteja el problema de la compatibilitat del procés dissenyat a la llei processal de 2000, no tan sols amb el caire social de l'Estat constitucional i amb el principi d'efectivitat, com abans s'ha dit, sinó també amb l'article 51.1 de la Constitució quan estableix que: *Els poders públics garantiran la defensa dels consumidors i dels usuaris, i en protegiran amb procediments eficaços la seguretat, la salut i els legítims interessos econòmics.*

Bona mostra del que s'acaba de dir és la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2019, de 28 de febrer, que analitza un supòsit on el jutge de primera instància va rebutjar la tramitació d'un incident de nul·litat promogut pel consumidor en un procés d'execució hipotecària quan ja s'havia dictat interlocutòria d'adjudicació.

En efecte, el tribunal assenyala que:

“...declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación del órgano judicial de conocer, bien de oficio o a instancia de parte, del posible carácter abusivo de una cláusula contractual, poco importa el momento y cómo llegaron a él los elementos de hecho y de Derecho necesarios para verse compelido a hacerlo. Por ello, el órgano judicial ante el cual el consumidor ha formulado un incidente de oposición –expresión utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea–, en este caso a través de un incidente de nulidad, se encuentra obligado a apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula que se denuncia, con la única excepción de que hubiera sido examinada en un anterior control judicial que hubiera concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada. [...] De ahí que no quepa considerar, como así hace el órgano judicial, que el plazo para denunciar

la existencia de cláusulas abusivas había precluido, por no haber formulado oposición a la ejecución en el plazo legal establecido de diez días. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula, incluso tras el dictado de una resolución con fuerza de cosa juzgada, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente.

Els principis *nec procedat iudex ex officio*, i el de preclusió queden sense aplicació en els processos on el demandat és un consumidor. En prendrà nota la Llei d'Enjudiciament Civil?

5.5. CONSTITUCIÓN Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL

Carlos Jiménez Gallego

La ley 15/2015 de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (LJV), atribuyó a los notarios y otros funcionarios y profesionales jurídicos la tramitación de numerosos expedientes que hasta su entrada en vigor tenían que tramitarse en los juzgados y ser resueltos por un juez.

En lo que se refiere a los notarios, la nueva regulación se ha creado por la disposición final 11ª LJV, que ha creado un nuevo título (el título VII, arts. 49 a 83) en la ley del Notariado. Esta normativa se completa con las importantes modificaciones que también se han introducido en el Código Civil en prácticamente todas las materias de la llamada jurisdicción voluntaria que se han encomendado a los notarios, sobre todo en materia matrimonial.

La desjudicialización se ha hecho, en nuestra opinión con buen criterio, atribuyendo en muchos casos competencias de forma alternativa a diversos tipos de profesionales jurídicos. Hay expedientes atribuidos a los notarios que se pueden tramitar en los juzgados o incluso a veces ante otros funcionarios distintos, a elección de los interesados. Se trata del acta previa al matrimonio -si bien se ha aplazado la entrada en vigor de esta normativa- la celebración del matrimonio, las separaciones judiciales y divorcios, la renuncia y prórroga del cargo de albaceas y contadores-partidores, el nombramiento de contador-partidor, la aprobación de la partición realizada por contador-partidor, la aprobación de la partición en caso de pago en efectivo de la legítima, el ofrecimiento de pago y la consignación, las subastas voluntarias, el expediente de hurto, robo, extravío o destrucción de título-valor y el nombramiento de perito en los contratos de seguro.

Los asuntos que se han atribuido en exclusiva a los notarios son las actas de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial legal, la declaración de herederos intestados (salvo a favor de Administraciones Públicas), la adveración y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y orales, la formación del inventario de la herencia, la reclamación de deudas dinerarias no contradichas, y algunas actuaciones relativas a depósitos en materia mercantil.

Si tenemos en cuenta las funciones que veníamos realizando los notarios en las últimas décadas, se trata en todos los casos de actuaciones nuevas, salvo las declaraciones de herederos, pero aun en éstas hay novedad, pues se ha atribuido a los notarios la competencia para la declaración de herederos a favor de colaterales, antes reservada en exclusiva a los juzgados.

La desjudicialización, que es una de las novedades más importantes de la nueva ley, fue objeto de un gran debate durante la tramitación parlamentaria y en los primeros meses de su vigencia. No obstante, de todo esto, incluida la atribución de competencias a los notarios, apenas se discute hoy, salvo en cuanto a una eventual limitación a la tutela judicial efectiva que podría darse y a la posible inconstitucionalidad de la facultad del notario de dirigir el proceso supra partes y de tener que tomar decisiones a la vista de alegaciones de distintos interesados. Dar opinión sobre esta materia es el objeto de este trabajo.

La exposición de motivos de la LJV justifica la desjudicialización con las siguientes palabras: “resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, y así se ha hecho en la presente Ley.” Y más adelante añade: “Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados.....La solución legal dada es acorde con los postulados de nuestra Carta Magna y, además, oportuna en atención a diferentes factores.”

Tres razones, por tanto: se trata de actuaciones que no afectan a derechos fundamentales ni a menores o personas con capacidad modificada, no hay “contenido jurisdiccional”, y no se “pone en riesgo” la tutela judicial efectiva.

¿Está en lo cierto la exposición de motivos de la ley? ¿Se ha respetado el art. 117 de la Constitución? Recordamos: el art. 117.3 dispone “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.” Y el art. 117.4: “Los Juzgados y Tribunales no

ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho.”

De entrada, se deduce del art. 117 que no todas las funciones que pueden encomendarse a los jueces sean funciones jurisdiccionales. En todo caso, las que no sean tales, necesitan ser atribuidas a los jueces por una norma con rango de ley.

Para dar una respuesta debe examinarse la actuación que el notario debe realizar en cada uno de los asuntos que le han sido encomendados. Un examen en detalle no resulta aquí posible, dada la extensión impuesta a este comentario. Lo hemos realizado en otro lugar (“Función notarial y jurisdicción voluntaria”, Tirant lo Blanch, 2017). Pero una síntesis resulta imprescindible.

En todo caso, la justificación que da la E.M. relativa a menores o incapacitados tiene poco que ver, en nuestra opinión, con la cuestión de la constitucionalidad. Se trata de una cuestión de oportunidad y, por ello, no la vamos a tratar. Una eventual vulneración de derechos fundamentales (distintos de la tutela judicial efectiva) tampoco la vamos a plantear porque los expedientes atribuidos a los notarios no creemos que les afecten.

Actuación notarial existente con anterioridad a la ley 15/2015

La función notarial más típica es una actuación profesional de asesoramiento sobre los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que el/los otorgante/s se proponen alcanzar, y de redacción y documentación de negocios jurídicos con control de legalidad, unida, de manera inescindible, a una actuación funcionarial de autenticación de las declaraciones, control de legalidad en tanto que funcionario, y fe pública; ésta última, no sólo de negocios jurídicos, sino también de hechos, actos o situaciones de todo tipo.

No obstante, también es función notarial, regulada expresamente desde hace décadas, una actuación de “comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales y patrimoniales, con trascendencia jurídica”, como dice el primer párrafo del artículo 209 RN. Se trata de las actas de notoriedad. La “notoriedad” no significa que el hecho o situación sea conocido por todo el mundo, sino que es conocido en el ámbito próximo al requirente. Pero el objeto de éstas puede ser aún más amplio ya desde mucho antes de la vigen-

te LJV. Así, según el párrafo segundo del apartado quinto del art. 209 RN, cuya redacción fue dada por el Decreto de 22 de julio de 1967: “Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso.” Ello exigía un requerimiento específico y una declaración notarial separada del juicio de notoriedad de los hechos objeto del acta. En este sentido, el apartado cuarto del art. 209 RN dispone: “Cuando además de comprobar la notoriedad se pretenda el reconocimiento de derechos o la legitimación de situaciones personales o patrimoniales, se pedirá así en el requerimiento inicial, y el Notario emitirá juicio sobre los mismos, declarándolos formalmente si resultaren evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso.” El supuesto más conocido y más utilizado de este tipo de actuaciones son las actas de declaración de herederos intestados, cuya tramitación se encomendó en exclusiva a los notarios el año 1992 (ley 30/1992, de 20 de abril y R.D. 1368/1992, de 13 de noviembre) si los beneficiarios son descendientes, ascendientes o cónyuge del causante. También el reglamento hipotecario (RH) ya tenía prevista alguna actuación de este último tipo en su artículo 82 (R.D. 3215/1982, de 12 de noviembre). Según esta norma, se podía utilizar un acta de notoriedad para la determinación de sustitutos vulgares o fideicomisarios, por ejemplo. Y de hecho se usaba.

Por consiguiente, ni siquiera fue en 1992 la primera vez que se iba más allá del mero juicio de notoriedad.

La declaración de que algo es notorio, o sea, conocido por un determinado círculo más o menos amplio de personas no ha planteado nunca, que sepamos, dudas sobre su adecuación a la Constitución, aun en el caso en que esa declaración pueda ser la base en que se funden derechos.

Tampoco se venía cuestionando la constitucionalidad de la declaración por el notario relativa a que algunas personas tienen determinados derechos. Y eso que para ello hay que tomar en consideración no sólo hechos notorios, o sea, de conocimiento público, sino los acreditados por la prueba documental y testifical que el notario juzgue precisa y que tendrá que valorar, así como también tendrá que valorar las alegaciones que en su caso formulen los diversos interesados y, en todo caso, realizar una interpretación jurídica de la ley aplicable al supuesto de hecho, sea o no evidente.

¿Era esto constitucional? La polémica ha sido mayor en 2015 que en 1992. Nos pronunciaremos tras valorar la actuación notarial en los nuevos expedientes.

En cualquier caso, la eficacia de una declaración notarial de derechos ha sido siempre “sin perjuicio de tercero” y sólo se ha podido basar en casos en que el derecho de que se trate puede declararse con (relativa) facilidad a partir de las normas que lo regulen. Y sigue siendo así, tanto en los expedientes que ya existían como en los creados el año 2015.

Actuaciones que atribuye a los notarios la ley 15/2015

Reseñamos, de manera sucinta, los rasgos básicos, en relación a la materia de este comentario, de la actuación del notario en cada asunto que le ha encomendado la vigente LJV.

Expediente previo a la celebración del matrimonio

La atribución de la tramitación de este expediente a los notarios fue seguramente el caso más discutido. La controversia no ha acabado. La entrada en vigor de la norma sigue suspendida. No obstante, la polémica está más en relación con el modelo de Registro civil que se pretende y con el destino de jueces y personal.

La labor que el notario tiene que realizar en este expediente consiste en recibir declaraciones de los futuros contrayentes, y en su caso de testigo/s, protocolizar documentos y realizar notificaciones y/o publicaciones. Esto no excede de lo que ya era una labor notarial típica en materia de actas. Lo único realmente “delicado” es recibir la declaración de los contrayentes. Según el art. 58 de la ley del Registro civil, el notario “oír a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento”. Se trata también de investigar los móviles de las partes para detectar un eventual fraude; por ejemplo, usar el matrimonio para fines distintos del propio matrimonio, como para conseguir permiso de residencia o nacionalidad, o para crear una mera apariencia. El notario queda así colocado claramente super partes, pues debe decidir si autoriza o no el matrimonio a la vista de lo que “escuche”. También cuando elige al testigo o testigos en la diligencia sustitutoria de la publicación de edicto. Y también al concluir el expediente: el instructor finalizará el acta o dictará resolución haciendo constar la concurrencia o no en los contrayentes de todos los requisitos necesarios para contraer matrimonio, según dice el art. 58.6 LRC. O sea, el notario puede resolver no autorizar el matrimonio, contra la voluntad de los requirentes del expediente.

Pero la posición super partes no implica jurisdicción. También se da en la actuación de muchos tipos de funcionarios administrativos. No se está resolviendo ningún litigio. El notario no decide entre partes contrapuestas.

El control que realiza es un control de legalidad, no de oportunidad. Y no se elimina ni dificulta la tutela judicial efectiva, pues la decisión del notario puede ser discutida ante un juez del mismo modo que hoy puede atacarse la decisión el encargado del Registro civil que tramita el expediente. En realidad, el juez encargo del Registro civil no actúa, en este expediente, realizando una función jurisdiccional.

Celebración del matrimonio

Ha sido la novedad más “mediática”. Sin embargo, la actuación notarial no es distinta del otorgamiento de otros negocios jurídicos. Se trata de una escritura que recoge el consentimiento de los contrayentes y la firma de los testigos. Lo peculiar es el negocio que se formaliza, que hasta ahora no era competencia de los notarios. No se trata de una actuación de naturaleza jurisdiccional. En realidad, sobre esto no ha habido discusión.

Constancia del régimen económico matrimonial legal

Es un acta de manifestaciones y de protocolización de documentos. A la vista de ello, el notario emite un juicio sobre el régimen económico que resulta aplicable según la ley. Se trata de una actuación similar a la que el notario hace en cualquier escritura en que tenga que quedar reflejado un régimen económico matrimonial. El supuesto en que el notario se coloca supra partes se da cuando el requerimiento lo realice uno sólo de los cónyuges. La posibilidad de un requerimiento unilateral, es, no obstante, algo muy discutible. En nuestra opinión sólo resultaría posible de manera excepcional, cuando (y sólo) se justifique un interés legítimo bastante para el requerimiento unilateral. Pero es que aun en este caso, la declaración del notario, en caso de alegaciones contrarias de uno y otro cónyuge, sólo puede basarse en prueba suficiente de los hechos que determinen la aplicación de la ley, que son siempre hechos objetivos, como por ejemplo, la acreditación de la residencia efectiva, o de la nacionalidad. Por ello, no hay actuación de naturaleza jurisdiccional: no se decide a la vista de los argumentos alegados por uno u otro cónyuge o por terceros. La acreditación de la residencia efectiva tiene que hacerse por el notario y por otros funcionarios en muchos casos: a efectos de determinar la ley sucesoria, o la ley fiscal aplicable, por ejemplo, y no se dirá que al realizar esta tarea se esté actuando como un juez.

Por otro lado, es un expediente sin apenas sentido que ya puede considerarse letra muerta.

Separación y divorcio

El notario ya autorizaba antes de la LJV pactos sobre una futura separación y pactos reguladores de separaciones y divorcios, sin perjuicio de que todo convenio de separación o divorcio necesitaba aprobación judicial.

La LJV ha aportado, como novedad, la posibilidad de que el notario pueda realizar la declaración relativa a la propia separación o divorcio, si se dan ciertos presupuestos; en especial, si ambos cónyuges comparecen de mutuo acuerdo y si no hay hijos menores o incapacitados. Pero por poco que se observe, cualquiera se percata de que la decisión de separarse o divorciarse es una decisión de (sólo) los cónyuges. La actividad del notario es un control de legalidad referido a los requisitos para que la separación o divorcio sean posibles. Esto no excede del control de legalidad que realiza el notario a la hora de formalizar otros negocios jurídicos.

Sin embargo, la ley 15/2015 añadió algo más delicado y comprometedor para el notario: el examen acerca de si el convenio es gravemente perjudicial para los cónyuges o para los hijos (mayores de edad). Se trata de una decisión muy distinta a una mera declaración de derechos o un control de legalidad. Lamentablemente, la ley no ha precisado el alcance de esta actuación notarial, lo que ha dado pie a una amplia discusión. En nuestra opinión, se trata de una supervisión de la información que cada cónyuge ha tenido de la situación patrimonial del otro, y de lo que podría obtener y no obtiene, y de asegurarse que un cónyuge no está obteniendo ventajas que no le corresponderían; por ejemplo, una adjudicación excesiva de ganancias sin compensación y sin causa aparente que la justifique. Ni “más”, pues no se trata de controlar si hay desequilibrio económico, ni “menos”, pues se trata de controlar que, si hay desequilibrio económico, ha sido bien comprendido por el perjudicado, se realiza sin infringir la ley y tiene causa jurídica bastante. La ley ha colocado aquí al notario por encima de los otorgantes, pero en todo esto tampoco hay actuación jurisdiccional, máxime porque el convenio es presentado por ambos cónyuges de mutuo acuerdo. Tampoco se impide ni se limita a ninguno de los cónyuges el derecho de acudir a los tribunales si la decisión del notario consiste en no aprobar el convenio y no se quiere presentar un nuevo convenio modificado.

En la práctica no está habiendo problemas porque los asuntos que se presentan a los notarios, además de ser (no puede ser de otra manera) situaciones en que ambos cónyuges comparecen y están acuerdo en todo, ya tienen liquidada su situación patrimonial desde hace tiempo o bien, por la brevedad del matrimonio, no han tenido bienes comunes.

Declaración de herederos intestados

La LJV no aporta novedad en cuanto al tipo de actividad que realiza el notario. La novedad está en que se ha extendido la competencia a la declaración a favor de parientes colaterales.

Se trata, en todos los casos, de un acta de notoriedad en la que, además de la notoriedad, se declaran derechos. Pero téngase en cuenta que la principal base de los derechos, que es el parentesco, se acredita con certificaciones del Registro civil. No puede darse por probada una filiación, por ejemplo, por la mera declaración del beneficiado. Y no es objeto del expediente la determinación del parentesco. La declaración de notoriedad es necesaria, no obstante, porque los derechos también dependen de hechos negativos; principalmente, que no hay otros parientes conocidos de igual o mejor derecho y que no se tiene noticia de testamento. Los derechos se declaran siempre sin perjuicio de tercero y siempre que no haya oposición formulada en el expediente. La oposición puede alegarse y se valorará por el notario, pero para que suspenda la tramitación tiene que basarse en una demanda judicial congruente con el objeto del expediente. Llegamos a esta conclusión a la vista de los arts. 56.2 y 56.3 LN, 18.2.2º LJV y 209.5 RN. Esto es razonable: suspender por mera declaración implicaría obstaculizar en exceso el derecho del requirente. Si tenemos en cuenta todos los elementos de la situación, no se aprecia en ello (en obligar al eventual perjudicado a interponer demanda) ninguna limitación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, obsérvese: el notario puede decidir, como en toda acta de notoriedad, sobre el plazo para formular alegaciones, la determinación de los sujetos que deben ser notificados, o la práctica de pruebas no propuestas; además de decidir sobre la notoriedad misma, que implica valorar todas las pruebas. Pero esta posición *supra partes*, como ya hemos dicho, no es una actividad jurisdiccional, pues no se declara el derecho de los requirentes en el contexto de una controversia.

Adveración, apertura y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y orales

Se trata de expedientes en los que, tras el control de los requisitos legales de la solicitud se realizan notificaciones y protocolización de documentos. Lo peculiar del expediente es que el notario tiene que emitir juicio acerca de la autoría del testamento, realizando, en su caso, pruebas no propuestas por las partes. No negamos que sea una tarea delicada en el caso de testamentos

ológrafos y, en su caso, orales. Aquí el notario vuelve a estar colocado en una posición supra partes. Pero tampoco es una actuación jurisdiccional. Y es una valoración provisional, a los efectos del tráfico jurídico-económico extrajudicial, que cualquier interesado puede atacar ante un juez. Gomá Lanzón ha incluido este expediente entre las actas de notoriedad (“Nuevas atribuciones y función notarial”, en “Jurisdicción voluntaria notarial, Colegio Notarial de Madrid y Thomson Reuters Aranzadi, 2015), postura ésta que compartimos.

Renuncia y prórroga del cargo de albacea y contador-partidor

La renuncia no hay que confundirla con la excusa del cargo, que es la negativa a aceptarlo. La aceptación y/o la excusa se formalizan en documentos sujetos a una actuación notarial típica, sin peculiaridades.

En el caso de renuncia se ha impuesto al notario un juicio sobre su procedencia: tiene que valorar su justa causa. En el caso de prórroga, el notario tiene que valorar si ésta es necesaria, atendidos los hechos.

Compartimos la opinión de nuestro compañero Martínez-Sanchiz (en “Comentarios a la ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria”, Civitas Thomson Reuters y Consejo General del Notariado, 2016): en estos casos, el notario emite un arbitrium boni viri. Por ello mismo, no actúa como un juez ni queda limitado el acceso a los tribunales por quien se crea perjudicado.

Nombramiento de contador-partidor dativo.

Es una variante de un acta de sorteo, como las que ya se podían hacer antes. El control de los presupuestos del requerimiento puede ser complicado en algunos casos, en especial el 50% del haber hereditario, pero no implica un nuevo tipo de actuación notarial: no se declaran derechos; ni siquiera hechos notorios.

Aprobación de la partición por el contador-partidor dativo y en los casos de pago en dinero de la legítima

Este es seguramente el caso en que la posición del notario resulta más comprometida, pues la ley le pide que emita un juicio sobre la corrección de la partición ya realizada.

La ley es desafortunada porque no se refiere a lo que el notario debe controlar. Por supuesto, debe examinar el ajuste de la partición a las (escasas) normas que la regulan y la corrección matemática de los cálculos. Pero tiene que haber algo más que el control de la regularidad formal de la actividad realizada, pues en toda escritura de partición de herencia ya se realiza por el notario esa labor, de forma que si no hay regularidad formal ni respeto a las normas reguladoras, o si hay error en los cálculos, el notario tiene obligación de no autorizar la escritura.

En nuestra opinión, el control se extiende también a lo siguiente: que el contador-partidor asegure que no hay más activo ni pasivo que el que ha reseñado, incluido donaciones colacionables; que se hayan realizado tasaciones de los bienes por perito competente; que las tasaciones realizadas por el perito sean razonadas y no aparezcan irrazonables; y que en caso de alegaciones contrapuestas sobre alguna valoración, se hayan realizado distintas tasaciones o se realice una a petición del propio notario, que dé un resultado razonado y no irrazonable.

En consecuencia, se trata de una supervisión de la partición realizada por el contador; es decir, la declaración notarial sobre la partición se refiere a que ésta ha sido realizada de manera legal, con corrección en los cálculos y, en lo que no sea mera aplicación de una norma legal (por ejemplo, en las valoraciones), ha sido realizada de manera razonada y razonable. No se trata de un juicio definitivo sobre la misma, sino una apreciación de que todo es, aparentemente, correcto. Una confirmación de la actuación del contador-partidor para que su partición resulte menos controvertida en el tráfico extrajudicial, pero sin convertir a ésta en un título inatacable.

Es posible que ante el notario se formulen alegaciones opuestas por distintos interesados en la herencia. Pero no es misión del notario decidir sobre estas valoraciones. El notario tiene que tenerlas en cuenta, pero sobre lo que decide es sobre la actuación del contador. Es la emisión de un juicio pericial sobre la actuación del contador-partidor. No creemos que esto pueda calificarse de actuación jurisdiccional.

Tampoco se impide a los perjudicados impugnar la partición ante el juez. La actuación notarial no limita la tutela judicial efectiva. Los interesados tienen las mismas facilidades para comparecer ante el juez que si no hubiera habido este expediente notarial. Lo limitado de algunas causas de impugnación (por ejemplo, la rescisión por lesión) no puede alegarse en contra de la atribución a los notarios de este expediente, pues no hay diferencia respecto de particiones no realizadas por un contador-partidor dativo.

Lo dicho respecto del contador-partidor dativo vale también para la partición en los casos de pago en dinero extrahereditario de la legítima.

La interpelación para aceptar o repudiar la herencia

Esta actuación consiste en un acta de requerimiento. La novedad de la ley 15/2015 es el efecto que se da a la inactividad del requerido: se tiene la herencia por aceptada. Pero este efecto no deriva de la actuación notarial en sí misma considerada. Por tanto, aquí no hay ninguna peculiaridad respecto de un acta “ordinaria”.

El beneficio de inventario

Es una actuación notarial del tipo de un acta de manifestaciones y protocolización de documentos, unida al control de legalidad de los presupuestos del requerimiento y de la propia tramitación del expediente. Cabe que haya oposición de interesados pero el notario, en tal caso, sin perjuicio de documentar tal declaración, no suspende el expediente, pues no corresponde al notario realizar declaración alguna sobre la corrección intrínseca del inventario. El acta refleja el inventario que realizan los requirentes. El notario no decide si el inventario está bien hecho. Por tanto, no hay actuación de naturaleza jurisdiccional, aunque la dirección del expediente coloque al notario en una posición supra-partes. Por otro lado, cualquier interesado puede impugnar el inventario de la misma forma que si no hubiera habido actuación notarial.

El ofrecimiento de pago y la consignación

La actuación notarial en este supuesto no excede de lo que ya era propio de las actas de notificación, requerimiento y depósito. La ley 15/2015 ni siquiera permite al notario que declare que la consignación está bien hecha, aunque no se acaba de entender bien por qué. Ni siquiera en tal caso se estaría ante una actuación jurisdiccional, pues el notario no decidiría una controversia. No nos extraña que esta regulación haya quedado en letra muerta.

La reclamación de deudas hereditarias no contradichas

Se trata de un acta de requerimiento, con una actividad de mayor control de los presupuestos del requerimiento. La novedad de la LJV es el efecto

que se da a esta tramitación, que es la ejecutividad del crédito, pero este efecto se basa en la inactividad del deudor tras la notificación del expediente, no en la propia actuación notarial. Tampoco hay aquí ninguna actuación jurisdiccional ni se produce indefensión.

La subasta notarial

Nos referimos al acta regulada por la ley 15/2015, no al expediente extrajudicial de ejecución hipotecaria, que no es objeto de este comentario.

Se trata de un acta de sorteo, pero la regulación plantea múltiples y graves dudas cuando se trata de una ejecución forzosa. En nuestra opinión, hubiera sido mejor que la ley no encomendara a los notarios la realización de subastas contra la voluntad del propietario del bien subastado.

El notario está colocado supra partes por razón de la dirección del expediente. Pero en esto, reiteramos lo mantenido en los otros expedientes: no apreciamos inconstitucionalidad. En cualquier caso, hay decisiones importantes que no son del notario. Véase: la orden de subasta es decidida previamente por una autoridad judicial o administrativa; el espinoso tema de la valoración es resuelto por un perito (aunque subsiste el problema de la deducción de cargas); la adjudicación al ejecutante en caso de falta de postores no parece que pueda ser realizada por el notario, si bien hay quien opina lo contrario; el expediente se suspende en determinados supuestos (art. 76 LN).

Pero puede entenderse que hay inconstitucionalidad por violación del art. 24, en especial, aunque no en exclusiva, por razón de la protección de consumidores. La ley tiene alguna medida sobre esta cuestión en el art. 76 pero pueden considerarse insuficientes.

Y caben también entender que hay inconstitucionalidad porque algunas decisiones que el notario puede verse obligado a tomar sí pueden considerarse “juzgar”, como por ejemplo en materia de deducción de cargas: si hay que deducir o no el valor de la carga del valor de tasación puede considerarse una disputa entre partes enfrentadas (ejecutante y ejecutado). El problema queda salvado si se entiende que el notario no puede decidir esto, sino que tienen que obtener una resolución del juez en una especie de “incidente procesal” praeter legem. Si no se considera esto viable, la constitucionalidad queda en entredicho.

Actuaciones en materia mercantil: robo, hurto, extravío o destrucción de títulos-valores, depósitos, nombramiento de peritos.

En estos supuestos, no se trata de actuaciones distintas a las que un notario ya pudiera realizar.

Las primeras son básicamente actas de manifestaciones, de notificación y de declaración de hecho notorio. Con anterioridad, su tramitación se encomendaba a los jueces, pero nada impedía, en nuestra opinión, que se encomendara a los notarios.

Las segundas son actas de depósito. Simplemente se ha creado una regulación específica para ellas.

Las terceras son actas de sorteo. Simplemente se ha creado una regulación específica.

Actos de conciliación

Se trata de actuaciones que ya cabían en la forma de actuar más típica del notario. Es un documento que refleja un acuerdo de las partes o bien un desacuerdo tras una tramitación para intentar alcanzar un acuerdo.

Teniendo en cuenta los tipos de actuación que acabamos de reseñar, nos pronunciamos a continuación acerca de su adecuación a la Constitución, realizando una reseña previa de argumentos más generales.

¿Constitucionalidad?

Se ha llegado a decir que la jurisdicción voluntaria está implícita en la “jurisdicción” a que se refiere el art. 117 de la Constitución. Una sentencia del Tribunal Supremo de 22.05.2000 contiene el siguiente pronunciamiento: “El que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria atribuidas a órganos no judiciales... no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por la Ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas y determinadas (artículo 1811 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil), su actuación no deba estar revestidas de las garantías propias de la jurisdicción... de modo que no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no estén ejerciendo potestades jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado),

con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio, y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el art. 117.3 de la Constitución”. Añade que la jurisdicción voluntaria es jurisdicción porque si el juez no interviene se conculca el art. 24 de la Constitución, al provocar indefensión.

En nuestra opinión, estas frases son excesivas. No toda indefensión exige una actuación judicial. Como ha dicho Martínez Sanchiz, puede darse indefensión en actuaciones no judiciales (por ejemplo, notariales, si se deniega el derecho a contestar un requerimiento) sin que por ello ese tipo de actuaciones devengan actuaciones jurisdiccionales (op. cit., página 1475).

En todo caso, la afirmación de esa STS fue al efecto de resolver que el procedimiento con arreglo al que los jueces deben actuar en jurisdicción voluntaria tiene que estar regulado por una norma con rango de ley y no por un reglamento. Y no se ha encontrado una reiteración de esta doctrina, a efectos de considerarla jurisprudencia.

La postura del Tribunal Constitucional ha sido bien distinta. Una STC 20.05.2002 resolvió que el art. 117.3 se refiere a la jurisdicción contenciosa y a la tutela judicial efectiva del art. 24, mientras que el art. 117.4 se refiere a una actividad que no es jurisdiccional, que puede o no ser atribuida a los jueces según decida el legislador ordinario. El mismo criterio se había mantenido en la STC 08.11.1983 (sobre la homologación de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado): “el procedimiento previsto ... responde a una actividad de constatación encomendada al juez civil y no puede calificarse como un verdadero proceso en cuanto no está previsto como cauce procedimental para el supuesto en que se formule una pretensión contrapuesta a la solicitud del actor... De esta forma, la regulación legal no desconoce el derecho fundamental del art. 24.1 (tutela judicial efectiva) de la Constitución, ya que el legislador ha establecido un cauce procedimental, al modo de jurisdicción voluntaria, y otro, procesal, para el supuesto de oposición, que permita (este segundo) la efectividad del mencionado derecho fundamental.” Y más adelante: “la función encomendada al juez en este caso no es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.” Es decir, desconecta la jurisdicción voluntaria de la función jurisdiccional y la sitúa en las funciones que pueden ser atribuidas a los jueces por la ley, a que se refiere el art. 117.4.

En la doctrina, hay quien ha defendido que hay actuación jurisdiccional en todos los casos en que se valoren puntos de vista contrapuestos. Podemos citar a De la Prada González (AC, nº 2009-2), Lledó Yagüe (en la Introducción al libro “Estudio sistemático de la LJV”, dirigido por Lledó-Ferrer-Torres-

Achón, Dykinson y Consejo General del Notariado, 2016) y, en este mismo libro, Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga (comentario a los arts. 83 y 84, y disp. Adicional primera 16^a). Este último mantiene, entre otras cosas, que no cabe atribuir al notario la labor de “valorar la prueba, ponderar intenciones o decidir alternativas”; “quien ostenta la fe pública puede advenir hechos, actos o manifestaciones; pero emitir juicios está reservado a los jueces (art. 117.3 CE)”. En concreto: un notario puede autorizar matrimonios pero no debe tramitar el expediente “ya que en él no sólo se han de constatar hechos, identidades o situaciones, sino que han de juzgarse y valorarse intenciones, propósitos y voluntades”. Según estos autores, esto “excede con mucho a la labor de constatación y entra de lleno en la función de juzgar, que sólo a los jueces compete”.

De lo que llevamos dicho, se apreciará con claridad que no compartimos esta postura.

Distintos autores se han pronunciado a favor de la atribución de actuaciones de jurisdicción voluntaria a los notarios por no implicar “jurisdicción”. Por ejemplo, Díez-Picazo Giménez (Cuadernos Civitas) y notarios como Campo Güerri (AAMN, tomo XLV) y Belloch Julbe (RJN 1992-1). Recientemente, el prof. Cerdeira Bravo de Mansilla (“Jurisdicción voluntaria, notariado y constitución”, en la Revista Jurídica del Notariado, n^o extraordinario de 2018 dedicado a la Constitución) se ha pronunciado expresamente por la constitucionalidad de la ley 15/2015 porque no se vulnera la tutela judicial efectiva si “como hace la propia LJV según cada caso (aunque tal vez, no debidamente en todos los casos)” se permite la oposición por vía judicial contenciosa o si se permite tramitar el expediente de forma alternativa por vía extrajudicial o por vía judicial (al menos, ante el LAJ). Incluso la LJV da a los jueces funciones que podría haber desjudicializado, como en casos que puedan afectar a derechos de menores o incapacitados.

Estamos plenamente de acuerdo con este autor en que la ley 15/2015 no limita el derecho a la tutela judicial efectiva. La excepción puede ser el expediente de subasta, en los términos antes expresados. Seguramente el notario no podría aceptar tal asunto, o la continuación de la tramitación, salvo que el enjuiciamiento correspondiente ya haya sido realizado por el juez que ordene la subasta.

Matizamos la opinión del prof. Cerdeira en el sentido de que la alternatividad de funcionarios no responde a la cuestión y que la actuación de un L.A.J. tampoco es ni puede ser una actuación jurisdiccional.

Pero no se trata sólo de falta de contrariedad al art. 24. Es que del examen de los distintos expedientes que hemos realizado se llega a la conclusión de que la actuación del notario no es nunca jurisdiccional, salvo lo dicho en materia de subastas.

Toda aplicación de una norma implica una decisión. Al otorgarse una compraventa en escritura, si el notario decide autorizar ésta última, es porque ha decidido, a la vista de los documentos y las declaraciones de las partes, que el negocio es legal. Lo mismo puede decirse respecto de la actuación de funcionarios administrativos. Quien concede una licencia de obras, es porque ha decidido previamente sobre la legalidad de la petición, aunque haya recibido alegaciones contrarias de terceros. En uno y otro caso hay declaración de derechos, sea o no implícita. Lo que no hay es controversia entre partes que no pueda decidirse por éstas por imposibilidad de alcanzar acuerdo. La actividad jurisdiccional sería imponer una decisión a partes contrapuestas. El “juicio” en los expedientes de jurisdicción voluntaria “no implica una sentencia dirimente de un conflicto, sino la administración pública de derechos privados con las garantías pertinentes.” (Riesco Tabernero de Paz, en “El instrumento público como garantía institucional y el notario como autoridad y como órgano de jurisdicción voluntaria” en RJN, nº extraordinario de 2018).

No negamos que en los casos de la llamada jurisdicción voluntaria y en los de la contenciosa haya conflictos de intereses. Pero en la primera hay una actuación para evitar un pleito y en la segunda, resolución de un pleito ya planteado.

Por otro lado, en los casos en que la actuación del notario puede considerarse un arbitrium boni viri, el carácter jurisdiccional ni siquiera se plantea.

En definitiva, como ha dicho Martínez Sanchiz, los expedientes que la LJV encomienda a los notarios “forman parte de la función notarial: la Ley se ha limitado a integrar la función notarial mediante la incorporación de los mismos” (op. cit., pág. 1469).

5.6. BREVES NOTAS SOBRE LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 EN LA REFORMA PARCIAL Y URGENTE DEL CÓDIGO PENAL DE 1983

Gabriel Garcías Planas

ÍNDICE

1.- Evolución Histórica.

2.- Aspectos de la Constitución de 1978 relacionados con la Exposición de Motivos de la Ley de 25 de Junio de 1983.

3.- Diversas cuestiones de Parte General tras la aprobación de la Constitución de 1978.

4.- Algunos preceptos Constitucionales que dan pie a la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal de 1983 (Parte Especial).

1.-Evolución Histórica

A lo largo de la historia, concretamente en los siglos XIX y XX ha tenido una importancia fundamental la Constitución y su relación con el Derecho Penal.

Ya, la Constitución de Cádiz de 1812 en su artículo 258 estableció que “el Código Civil, Penal y el de Comercio deberían ser los mismos en todo el estado español” pero éste impulso codificador sufrió distintos avatares y no fue hasta el periodo constitucional entre 1820 y 1823 cuando tuvo lugar; el proyecto se aprobó en 1821 y se promulgó el articulado del código, el 9 de julio de 1822, estableciéndose que su entrada en vigor sería a partir del 1 de enero de 1823. Su técnica fue imperfecta y fue una copia del Código Penal francés de 1810.

Junto con amenazas de penas, establecía promesas de premio en su artículo 128. Pero como señala Antón Oneca, debido a los sucesos políticos de principios de 1823, donde Fernando VII anula lo proveniente del Gobierno constitucional, su vigencia si es que tuvo lugar, fue muy breve; volviéndose a la legislación anterior (Novísima Recopilación, Fuero y Partidas).

Con la muerte de Fernando VII en 1833 e incluso antes en el Real Decreto de 1829 se ordenaba la creación de un nuevo Código Penal. Pero fue en 1836 cuando entra en vigor de nuevo la Constitución de 1812 que ordenaba, como dijimos, la creación del mismo Código Penal para todo el Estado, cuando se reactiva una puesta al día del Código Penal de 1822, dando lugar a un Proyecto nuevo que no llegó a publicarse.

Finalmente, en 1843 se da comienzo a la elaboración de un nuevo Código Penal, todavía como idea de la Constitución de 1812 que daría lugar al Código Penal de 1848. Podemos destacar como principios rectores del mismo, el retribucionismo y el principio de prevención general.

Pasado sólo dos años, ya se produjo la reforma de 1850, bajo el poder de Narváez. De la que podemos destacar, la mayor severidad de las penas, y la punición general de los actos preparatorios.

Con la Constitución liberal de 1869 va a tener lugar la aprobación provisional del Código Penal de 1870, al que en principio se le denominó “Código Penal del verano” y sin embargo estuvo en vigor más de cincuenta años, hasta los pocos años que estuvo vigente el Código Penal de 1928 del General Primo de Rivera.

El Código Penal de 1928 que acabamos de citar fue consecuencia del golpe de estado del General Primo de Rivera en 1923 que se dejó sin efecto la última Constitución aprobada. Sin embargo, siguió vigente el Código Penal de 1870 pero con muchas modificaciones, autoritarias y técnicas hasta que se promulgó el 28 de septiembre de 1928 y entró en vigor el 1 de enero de 1929.

El Código Penal de 1932. Proclamada la República el 14 de abril de 1931, al día siguiente se dejaba sin efecto el Código Penal de 1928. Volviendo a entrar en vigor el Código Penal de 1870. Pero este Código Penal, que nació bajo una monarquía necesitaba de una “Republicanización”. Ello, junto con la Constitución de 1931, dio lugar a que en 1932 se publicara el Código Penal de la república. La reforma tenía que tener lugar en dos etapas, la primera se limitaba a la reforma del Código penal de 1870, en todo aquello que chocase frontalmente con la Constitución de 1931; por ello el Código Penal de 1932,

se tituló “Código Penal Reformado”. Pese a ser una reforma se introdujeron en el nuevo código instituciones sustentadas en la prevención especial -condena condicional y libertad condicional-. Suprimiéndose asimismo la pena de muerte. Existiendo otras innovaciones de carácter progresista.

No pudo llevarse a cabo, la segunda parte de la reforma, por los sucesos de la Guerra Civil.

El Código Penal de 1944, aunque la Guerra Civil acabase en 1939, no se promulgaría un nuevo Código Penal hasta 1944, entrando en vigor el 3 de febrero de 1945. Fue elaborado por una comisión, de la que formó parte D. Federico Castejon. Su denominación fue “Código Penal, texto refundido de 1944”, por cuanto se quiso que se considerase una mera reforma del Código vigentes hasta entonces.

Su estructura, es la del Código Penal de la república de 1932, que -salvo el Código Penal de 1928- mantenía la de los Códigos Penales anteriores.

Como novedades, entre otras, en la Parte General, la punición de los actos preparatorios, la agravante de haber realizado los hechos en lugar sagrado, la punición de la tentativa imposible, y se reincorpora la pena de muerte.

En la Parte Especial, cabe destacarse, el endurecimiento de las penas en los delitos contra la Seguridad del Estado, la reincorporación de los delitos de adulterio y amancebamiento y la remodelación de los tipos de aborto, entre otras.

En 1963 se promulgó el llamado “Texto Revisado de 1963”. Y posteriormente se dictaron tres Leyes de especial importancia: a) la Ley de 21 de Diciembre de 1965, referida a cambios en la tipificación de la huelga; b) la Ley de 8 de abril de 1967, añadió al catálogo de penas, la privación del permiso de conducir y modificó el delito de omisión del deber de socorro, entre otras varias y c) la Ley de 15 de noviembre de 1971, la cual supuso muchas modificaciones y fue la base de lo que sería el texto refundido de 1973.

Así, la disposición final establecía que el Gobierno en el plazo de un año, publicaría un texto refundido del Código Penal.¹⁵⁶

Desde el fallecimiento del General Franco en noviembre de 1975 fueron cambiando los aspectos más controvertidos de la legislación penal española.

¹⁵⁶ Sainz Cantero, José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 3ª edición. Pág. 216-290. Bosch, Barcelona 1990.

“De esta manera el Decreto Ley de 18 de febrero de 1976, derogó en buena medida el de 26 de agosto de 1975, en el que, entre otras cosas, se prohibía como conducta delictiva la de criticar la pena de muerte; en julio de 1976, se liberaliza la tipificación penal de delitos ideológicos; en diciembre de 1976 se suaviza la regulación del delito militar de objeción de conciencia. En enero de 1977, se suprime el Tribunal de orden público; en mayo de 1978, se suprimen los delitos de adulterio y amancebamiento; en octubre de 1978, se descriminaliza la propaganda y venta de anticonceptivos y se liberaliza la formulación de los delitos de estupro y raptó; finalmente en diciembre de 1978 desaparece de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, como estado peligroso la homosexualidad y entra en vigor una Constitución democrática que suprime la pena de muerte (artículo 15) y limita el ámbito de la jurisdicción militar (artículo 117.5)”.¹⁵⁷

2.-Aspectos de la Constitución de 1978 relacionados con la Exposición de Motivos de la Ley de 25 de junio de 1983

En 1978 el Ministerio de Justicia designó una Comisión para la redacción de un Anteproyecto de Código Penal; estaba integrado por D. Fernando Díaz Palos, Magistrado del Tribunal Supremo, por D. Cándido Conde Pumpido, Fiscal de este Tribunal y por los Catedráticos D. Gonzalo Rodríguez Mourullo y D. Enrique Gimbernat Ordeig.

Sin embargo, la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal no se aprobó hasta la Ley Orgánica 8 de 1983, de 25 de junio.

Se trató de acomodar a la Constitución de 1978, preceptos del Código Penal que chocaban frontalmente con ella. Por eso la Reforma fue “Parcial y Urgente” y según manifestó la Doctrina de la época “A veces lo urgente no deja ver lo importante”.

Como señalaba ya la Exposición de Motivos, el Código Penal “define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado. Tal es su importancia que se le ha denominado Constitución en negativo”.

El Derecho Penal tiene que tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social, y si estos cambian, debe cambiar. Sin embargo el sustrato del Código Penal arranca del pasado siglo, lo que significa, máxime, con la

¹⁵⁷. En este sentido Gimbernat Ordeig, E. Introducción a la parte general del Derecho Penal Español. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Pág. 20-21. Madrid 1979.

aparición de la nueva Constitución de 1978, que era urgente su reforma y concretamente había que adaptarlo a los valores constitucionales.

Siguiendo con la Exposición de Motivos, cabe destacar algunos de los cambios más importantes de la nueva reforma.

“En primer lugar para alcanzar los objetivos de la resocialización proclamados en el artículo 25.2 de la CE, se cambia el sistema de penas, siendo la idea, que sean más cortas, pero que se cumplan. El mencionado artículo 25.2 de la CE al hacer de la resocialización, una de las finalidades esenciales de las penas privativas de libertad, esta acogiendo unos de los medios reconocidos como integrantes de la prevención especial, pero sin excluir los demás aspectos de prevención general o especial. Así la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de febrero de 2006 habla de que la pena tiene un doble componente: la finalidad resocializadora, que toda pena comporta, y la finalidad afflictiva (prevención especial) que está inserta en las razones de política criminal que el Legislador ha considerado para la inclusión del injusto en las leyes penales. También afirma, el Alto Tribunal que la reinserción social “no es una finalidad absoluta de las penas privativas de libertad, establecidas constitucionalmente” (STS, 26 de octubre de 2001) y se trata de una orientación armonizable con las finalidades de la pena a las que no cabe renunciar (prevención general y especial) y con la exigencia de justicia prevista en el artículo 1 de la CE.

Se admite la sustitución de las penas privativas de libertad, por otras, siempre que afecten a bienes jurídicos menos básicos. Y se introduce el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad.

En segundo lugar, “en un Derecho Penal fragmentario, que no lo castiga todo y todo lo que castiga no lo hace frente a cualquier ataque, se ha planteado la cuestión del principio de intervención mínima frente a ataques a determinados bienes jurídicos. Y dicho esto se ha llegado a la decisión de la necesidad de criminalización de nuevas conductas delictivas, tales como los delitos socioeconómicos y aquellas que afectan a bienes jurídicos difusos, tales como los delitos relativos a la ordenación del territorio, medio ambiente y de los recursos naturales, etc. Prescindiéndose de nuevas figuras delictivas que ya habían perdido su razón de ser, tales como las figuras complejas de robos con violencia e intimidación en las personas, que se penalizaran a partir de ahora aplicando las reglas generales.

En tercer lugar, se ha dado especial relieve a la tutela de los derechos fundamentales, por ejemplo aparece la tutela de la integridad moral y

la nueva regulación de los delitos contra el honor; que sirvan para la mayor protección del ciudadano frente a la tortura y libertad de expresión respectivamente.

En cuarto lugar, se eliminan aquellos regímenes de privilegio que tenían los funcionarios públicos respecto a la injerencia en los derechos fundamentales. Así, las detenciones ilegales y registros llevadas a cabo por funcionarios públicos fuera de los casos permitidos por la Ley constituirá una forma agravada de los correspondientes delitos comunes y no como delitos especiales atenuados, como venía haciéndose hasta ahora.

En quinto lugar, se ha atendido al principio de Igualdad establecido en la Constitución, lo que ha afectado a la regulación de los delitos contra la libertad sexual que afortunadamente ya no se refieren a la honestidad de la mujer, sino a la libertad sexual de todos”.

En cuanto a la técnica empleada es la llamada pretensión de universalidad; se venía operando en que el Código Penal constituyese una regulación completa del poder punitivo del Estado, pero ello ya parecía difícil de llevar a cabo por la existencia de la potestad sancionadora de la Administración; pero además, según establece la Exposición de Motivos resultaba innecesaria y perturbadora.

Innecesaria, porque la opción decimonónica a favor del Código Penal y en contra de las leyes especiales se basaba en el hecho innegable de que el legislador, al elaborar un Código, se hallaba constreñido, por razones externas de trascendencia social, a respetar los principios constitucionales, cosa que no ocurría, u ocurría en menor medida, en el caso de una ley particular. En el marco de un constitucionalismo flexible, era ese un argumento de especial importancia para fundamentar la pretensión de universalidad absoluta del Código. Hoy, sin embargo, tanto el Código Penal como las leyes especiales se hallan jerárquicamente subordinados a la Constitución y obligados a someterse a ella, no sólo por esa jerarquía, sino también por la existencia de un control jurisdiccional de la constitucionalidad. Consiguientemente, las leyes especiales no pueden suscitar la prevención que históricamente provocaban.

Perturbadora, porque, aunque es innegable que un Código no merecería ese nombre si no contuviese la mayor parte de las normas penales y, desde luego los principios básicos informadores de toda la regulación, lo cierto es que hay materias que difícilmente pueden introducirse en él. Pues, si una pretensión relativa de universalidad es inherente a la idea de Código, también

lo son las de estabilidad y firmeza, y existen ámbitos en que, por la especial situación del resto del ordenamiento, o por la naturaleza misma de las cosas, esa estabilidad y firmeza son imposibles. Tal es, por ejemplo, el caso de los delitos relativos al control de cambios. En ellos, la modificación constante de las condiciones económicas y del contexto normativo, en el que, quiérase o no, se integran tales delitos, aconseja situar las normas penales en dicho contexto y dejarlas fuera del Código: por lo demás, ésta es nuestra tradición, y no faltan, en los países de nuestro entorno, ejemplos caracterizados de un proceder semejante.

Así pues, en ese y en otros parecidos, se ha optado por remitir a las correspondientes leyes especiales la regulación penal de las respectivas materias. La misma técnica se ha utilizado para las normas reguladoras de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo. En este caso, junto a razones semejantes a las anteriormente expuestas, podría argüirse que no se trata de normas incriminadoras, sino de normas que regulan supuestos de no incriminación. El Tribunal Constitucional exigió que, en la configuración de dichos supuestos, se adoptasen garantías que no parecen propias de un Código Penal, sino más bien de otro tipo de norma.

En la elaboración del proyecto se tuvieron muy presentes las discusiones parlamentarias, el dictamen del Consejo General del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica. Se ha llevado a cabo desde la idea, profundamente sentida, de que el Código Penal ha de ser de todos y de que, por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones y optar por las soluciones que parezcan más razonables, esto es, por aquéllas que todo el mundo debería poder aceptar.

“No se pretendió haber realizado una obra perfecta, sino, simplemente, una obra útil. El Gobierno no tiene aquí la última palabra, sino solamente la primera. Se limita, pues, con este Código, a pronunciarla, invitando a todas las fuerzas políticas y a todos los ciudadanos a colaborar en la tarea de su perfeccionamiento. Solamente si todos deseamos tener un Código Penal mejor y contribuimos a conseguirlo podrá lograrse un objetivo cuya importancia para la convivencia y el pacífico disfrute de los derechos y libertades que la Constitución proclama difícilmente podría lograrse”.¹⁵⁸.

158. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/83 de 25 de Junio de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (BOE 27 de Junio).

3.- Diversas cuestiones de Parte General tras la aprobación de la Constitución de 1978.

- *El Principio de Legalidad. Ámbito temporal de la Ley Penal.* El Principio de Legalidad en la CE, artículo 1.1., como límite al poder punitivo, en los artículos 24 y 117.3 contienen la garantía jurisdiccional. Y en el artículo 81.1, donde se recoge la reserva de ley.

El Principio de Legalidad se garantiza en el artículo 9.3 y se describe en el artículo 25.1. Donde se ubica en este último el Principio “non bis in idem”

Dice textualmente el artículo 9.3 *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadora no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”* y el artículo 25.1 declara que *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*.

El Principio de Legalidad constituye pues un Derecho Fundamental; pero para un sector Doctrinal no es satisfactorio, ya que se limita únicamente a la faceta de la irretroactividad penal ya expuesta en el artículo 9.3 de la CE, dejando a un lado otros aspectos del Principio de Legalidad; exigiendo, eso sí, la existencia de una Ley previa para permitir la condena. En cualquier caso, el Principio de Legalidad comporta el de taxatividad es decir, que comprende la precisión de la norma punible; en este sentido ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 133/1987 que *“el principio de legalidad en el ámbito sancionador estatal implica que ... la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa)”*. Y en la Sentencia 196/1991 afirma que la ley debe definir *“con la mayor precisión la acción prohibida y la punición correlativa”*. Y la Sentencia 25/2002 del propio TC establece *“La norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa”*.

De ahí, podemos deducir que la Reforma del Código Penal de 1983 haciéndose eco del Principio de Taxatividad, tipificó lo que hasta ahora venían siendo opiniones Doctrinales y Jurisprudenciales concretamente en los casos del error y del delito continuado y el delito masa.

El error que afecta al elemento intelectual del dolo, lo ha tipificado la reforma tras múltiples discusiones Doctrinales y Jurisprudenciales en el artículo 6 bis a), distinguiéndose el error de tipo y de prohibición, vencibles o invencibles.

Y el delito continuado y el delito masa se recoge en el artículo 69 bis de la reforma; consiguiéndose la precisión exigida por el Principio de Legalidad y Taxatividad lo que hasta ahora habían sido opiniones Jurisprudenciales y Doctrinales, a veces imprecisas e incluso contradictorias.

Los artículos 1,2 y 23 del Código Penal de 1983 haciéndose eco de la Constitución de 1978 consagra el Principio de legalidad; ello significa que sólo normas con rango de Ley pueden crear delitos. Ello guarda relación con el artículo 86 nº 1 de la Constitución de 1978, con los derechos, deberes y libertades que aquella regula en su Título I. Por otra parte el Principio de Legalidad comporta el de garantía penal -nulla poene sine lege praevia-. Ello es evidente basándonos en el Principio de seguridad jurídica y libertad.

Igualmente el Principio de Legalidad supone el de garantía jurisdiccional estableciendo los límites de la potestad sancionadora de la Administración.

Y finalmente se deriva del Principio de Legalidad el llamado de “Garantía de Ejecución”; pues si no se cumplen las garantías jurídicas de quien fue en su día condenado en su ejecución o cumplimiento de la pena, supondría una vulneración al Principio de Legalidad.

El Código Penal recogía ya esta garantía en el antiguo artículo 81¹⁵⁹.

Y en cuanto al ámbito temporal, el artículo 9.3 y el 25.1 de la Constitución garantizan, como dijimos la retroactividad de las Leyes Penales, con la excepción de las que sean más favorables para el reo. En el mismo sentido lo establecen los artículos 23 y 24 del Código Penal de 1983.

4.- Algunos Preceptos Constitucionales que dan pie a la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal de 1983 (Parte Especial).

La Constitución, según la Doctrina y concretamente el diccionario jurídico (varios autores) de 2016 ¹⁶⁰ se define como norma jurídica fundamental de

¹⁵⁹.Cobo del Rosal, Manuel y Boix Reig, Javier. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I. Derecho Penal y Constitución. Edersa, Madrid 1982. Pág. 194-216.

¹⁶⁰. Cazorla Prieto, Luis María y varios autores. Diccionario Jurídico. Primera edición 2016, Pamplona.

un Estado a la que están subordinadas las demás normas del ordenamiento jurídico. La Constitución democrática, única Constitución auténtica se basa en el principio de soberanía nacional y garantiza los derechos fundamentales de los ciudadanos y la división de poderes. En tal sentido impone limitaciones a la actuación de los poderes constituidos cuya adecuación a la Constitución puede ser judicialmente controlada.

Así pues la Constitución de 1978 como norma jurídica suprema, vincula a los ciudadanos y a todos los poderes públicos (art. 9.1. CE) y confía su interpretación suprema y la garantía de su observancia al Tribunal Constitucional (Título IX, CE y Arts. 1 y 2 LOTC).

El artículo 15 de la Constitución de 1978 dice textualmente *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”*.

Ello obliga a la Reforma del Código Penal de 1983 ha suprimir la pena de muerte en aquellos delitos que la llevaban aparejada tales como el parricidio -art. 405-, el asesinato -art. 406-, el robo con homicidio -art. 501.1- etc.

En cuanto al derecho a la vida, merece especial atención la cuestión de la vida del nasciturus y los posibles casos de despenalización del aborto.

Pero, lo que estaba previsto que se contemplase en el artículo 417 bis, es decir, su despenalización en determinados casos, finalmente no se incluyó en la reforma, sino en una ley posterior en 1985, que contemplaría la llamada tesis de las indicaciones -médica, ética y eugénica-; y que no entró en vigor hasta la resolución del recurso ante el Tribunal Constitucional en 1985.

Finalmente, y como consecuencia del artículo 15 de la CE se tipificó en la Reforma Parcial y Urgente de 1983 en el artículo 204 bis, el delito de tortura.

La Constitución en su artículo 18 protege el honor y la intimidad. Dice textualmente *“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”*

El contenido del mencionado precepto, honor, intimidad, la propia imagen, el domicilio y el secreto son conceptos muy parecidos pero no idénticos. Coinciden pues en que el bien jurídico que en todos ellos la norma tutela, es la intimidad de la persona. Y los derechos que el artículo 18 de la CE proclama sólo podrán ser suspendidos en casos como el estado de excepción y de sitio y con las circunstancias previstas en los artículos 55 y 116 de la Constitución.

El derecho a la intimidad es uno de los llamados “derecho de la personalidad”. Y el derecho a la propia imagen es una manifestación concreta del derecho a la intimidad.

Por domicilio debe entenderse “morada” -art. 490 CP-. Y aun cuando el artículo 18 de la CE sólo se refiere de modo expreso al secreto de comunicaciones, sin embargo incluye otras clases de secretos, por cuanto afectan al derecho a la intimidad. En este sentido el derecho a la protección de datos aparece recogido en el artículo 18.4 CE, como limitación al uso de la informática; cuestión que resulta innecesaria visto el contenido del párrafo primero del mencionado artículo 19 de la CE.

Era desde todo punto de vista, urgente que la Reforma de 1983 contuviese realidades constitucionales -CE 1978-, que lógicamente los anteriores textos punitivos silenciaban.

En este sentido el artículo 161 de la Reforma extiende la punición de las amenazas e injurias “al Regente o Regentes, al Gobierno, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas”.

El artículo 14 de la CE dice textualmente “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

El Principio de igualdad proclamado en el precedente artículo de la CE dio entrada a un nuevo delito de “discriminación” ya que ni la raza, ni el nacimiento, ni el sexo, ni las creencias, etc., pueden determinar diferente trato entre las personas.

En este sentido se tipifica el artículo 165 del Código Penal de 1983, un tipo básico de discriminación cometido por particular que denegare una prestación a la que una persona tuviere derecho por razón de origen, sexo,

situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato.

El bien jurídico es el interés del Estado en evitar la discriminación constitucionalmente proscrita.

Además otros preceptos -art. 173.4-, al definir lo que se consideran asociaciones ilícitas, declara rotundamente “*aquellas que son asociaciones que promueven la discriminación racial o inciten a ella*”.

La Sección tercera del Capítulo II del Título II, aun no se había acomodado a un principio como el contenido en el artículo 16, 3 CE: “*Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones*”. Además de declarar la aconfesionalidad del Estado, declara la libertad de conciencia y el respeto por igual a todas creencias religiosas. En consecuencia, la única solución era la de adoptar, como así se hizo, la supresión del antiguo artículo 206 del Código Penal que daba una total prioridad a la religión católica y de él se desprendía, como así era, la idea de confesionalidad. Decía textualmente el antiguo artículo 206 “*Los que con violencia, vías de hecho, amenaza o tumulto, impidieren, interrumpieren o perturbaren las funciones, actos, ceremonias o manifestaciones de la Religión Católica, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas, si el delito se hubiere cometido en las iglesias, capillas o sitios destinados al culto; y con la de arresto mayor y la misma multa, cuando se cometiere en cualesquiera otros lugares (C.P., 567.2º)*”.

La protección del medio ambiente es un mandato constitucional -artículo 45 CE-. Y su protección jurídico penal es a su vez una obligación nacida del propio artículo 45.3 CE.

Ello obligó al Legislador de 1983, en el artículo 347 bis) a tipificarlo por primera vez.

Artículo 45 CE “*1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones*

penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”.

Artículo 347 bis CP “Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas al que, contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosque, espacios naturales o plantaciones útiles. Se impondrá la pena superior en grado si la industria funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o se hubiere desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico. En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores”.

El objeto protegido, como característica del mismo debe señalarse que afecta a la colectividad, siendo un claro ejemplo de lo que ha venido en denominarse “intereses difusos” como aquello que se hallan presentes a nivel de masa en ciertos sectores de la sociedad.

Estos son sólo algunos aspectos de la Reforma del Código Penal de 1983 que tras la Constitución de 1978, hacían inviable que siguieran vigente algunos preceptos del antiguo Código de 1973; y con la proclamación de determinados valores en la Carta Magna era indispensable la nueva aparición de preceptos que los protegiera.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Cazorla Prieto, Luis M y varios autores. Diccionario Jurídico. Aranzadi, Pamplona, Primera edición 2016.
- Cobo del Rosal, Manuel y Boix Reig, Javier. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I. Derecho Penal y Constitución. Edersa, Madrid 1982.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. Introducción a la parte general del Derecho Penal Español. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1979.
- Quintero Olivares, Gonzalo y Muñoz Conde, Francisco. La reforma penal de 1983. Ediciones Destino, Barcelona, Octubre 1983.
- Sainz Cantero, José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª Edición, Bosch, Barcelona 1990.
- Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/83 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (BOE 27 de Junio)
- Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Tomo I y II. Varios autores. Tirant lo blanch, Valencia 2009.

5.7. EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Olga Cardona Guasch

I.- UNAS NOTAS INTRODUCTORIAS

II.- ¿QUÉ QUEDA DE LA TRADICIONAL CONCEPCIÓN UNITARIA DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL?

1. LEYES EMANADAS DE CCAA QUE EN 1978 TENÍAN UN DERECHO COMPILADO

1. Acerca de la provisionalidad de los derechos forales

2. Acerca de la especialidad de los derechos forales

2.1. Manifestaciones de especialidad en la Constitución de 1978

2.2. Manifestaciones de especialidad en los textos normativos autonómicos

3. Acerca del fragmentarismo de los derechos forales

4. Significado actual de la expresión “derecho común”

4.1- El Código Civil como “derecho común”

4.2. La función de “derecho común” de los derechos forales

2. LEYES EMANADAS DE CCAA DONDE EN 1978 SUBSISTÍA UN DERECHO CONSUECUDINARIO NO COMPILADO

3. LEYES EMANADAS DE CCAA SIN DERECHO CIVIL FORAL O ESPECIAL

III.- A MODO DE CONCLUSIÓN

I.- UNAS NOTAS INTRODUCTORIAS

Entró en vigor el mismo día de su publicación oficial, el 29 de diciembre de 1978, y desde entonces las normas civiles se miraron en un espejo diferente. Nos estamos refiriendo a la Constitución y al impacto que ha tenido sobre el Derecho civil en España. La necesaria interpretación de las disposiciones preexistentes a la luz de sus principios, y la derogación de cuantas se opusieran a lo establecido en ella, ha afectado en realidad a todo nuestro Ordenamiento jurídico, sin excepción. En estas líneas analizaremos cómo ha influido la Constitución de 1978 en la realidad jurídico-civil española y en su delicado engranaje, habida cuenta de la diversidad normativa existente en nuestro país. ¿Ha significado una nueva manera de entender el Derecho civil?

Si tuviéramos que sintetizar en una sola palabra el panorama jurídico-civil en la España de hoy, no se nos ocurre otro sustantivo que *complejidad*. Y no es que nuestra Carta Magna viniese a enmarañar una situación clara o pacífica. La complejidad ha sido históricamente una constante en este ámbito. Ocurre, sin embargo, que, mientras algunas cuestiones espinosas del pasado han quedado más o menos superadas, han emergido otras nuevas, no menos dificultosas, a raíz del marco legal e institucional establecido en 1978. Ello por la ingente producción de normas civiles que no tiene en el Estado su único origen. La autonomía política de las regiones, erigidas en Comunidades Autónomas, ha determinado que sus cámaras legislativas aprueben leyes de contenido civil que, como veremos, hallan su legitimación en consideraciones de diversa índole. Pero es que, además, en este tiempo se ha producido otro hecho decisivo para España: su ingreso en la Comunidad Europea (Tratado de Madrid, 12 de junio de 1985, con efectos de 1 de enero de 1986), ha supuesto la “cesión” de potestad normativa a una institución supranacional (actualmente, Unión Europea), con clara vocación de armonizar los derechos privados de sus Estados miembros, fenómeno éste que, a priori, parece chocar con la dispersión normativa que se vive dentro de nuestras fronteras.

El estudio de la situación actual del Derecho privado español en toda su dimensión, desborda las pretensiones del presente trabajo. Por ello nos centraremos en el examen de una de sus facetas, como seguidamente pasamos a exponer.

II.- ¿QUÉ QUEDA DE LA TRADICIONAL CONCEPCIÓN UNITARIA DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL?

Nos proponemos averiguar qué queda de la tradicional concepción unitaria del Derecho civil español, habida cuenta de la pluralidad legislativa surgida al amparo de la Constitución de 1978, principalmente en lo atinente a la existencia de leyes autonómicas dotadas de contenido civil. A tal fin vamos a distinguir tres grupos o categorías de normas:

- 1) Leyes emanadas de Comunidades Autónomas que en 1978 tenían Compilación.
- 2) Leyes emanadas de Comunidades Autónomas donde en 1978 subsistía un derecho consuetudinario no compilado.
- 3) Leyes emanadas de Comunidades Autónomas sin derecho civil *foral o especial*.

1.- LEYES EMANADAS DE CCAA QUE EN 1978 TENÍAN UN DERECHO COMPILADO

Las leyes aprobadas por estas Comunidades Autónomas hallan su título de legitimación en el artículo 149.1,8ª CE, que les reconoce la posibilidad de conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil, y en su respectivo Estatuto de Autonomía que, correlativamente, ha asumido dicha competencia. Las normas civiles de estas regiones bien pueden considerarse herederas o continuadoras de los tradicionalmente denominados “derechos forales”, aunque, en puridad, el adjetivo “foral” no se avenga a algunos de ellos como el catalán o el balear, por no haberse concedido históricamente *fueros* en estos territorios sino cartas de población o de franquicia.

Interesa analizar las conexiones entre el Derecho civil estatal y el Derecho civil autonómico derivado de ese Derecho foral. Con la perspectiva que dan las cuatro décadas transcurridas desde la promulgación de la Carta Magna, nos preguntamos si esa pluralidad legislativa ha comportado el abandono de la concepción unitaria imperante en los últimos siglos: ¿queda algún vestigio de aquella visión del Derecho civil que consideraba los derechos forales como provisionales, excepcionales, especiales y fragmentarios?

1.- Acerca de la provisionalidad de los derechos forales

Recurriendo a la técnica del “flashback”, como en las tramas cinematográficas, nos remontamos a un siglo antes de aprobarse la vigente Carta Magna. A la sazón, no regía todavía en España un código civil. La llamada “cuestión foral” se convirtió en uno de los principales escollos con que se topó el proceso codificador, precisamente porque el objetivo de la codificación española partía de una concepción unitaria bajo cuyo prisma los derechos civiles territoriales eran tenidos por privilegios o excepciones de un pretendido Derecho común o general. Esta visión unitaria no era, sin embargo, monolítica; podían advertirse en ella diferentes tendencias, grados o intensidades: desde la que obviaba por completo el vigor de los derechos civiles territoriales hasta la que, a modo de “solución de urgencia”, permitió que finalmente el Código Civil viera la luz, en 1889, a base de comprometerse a augurar a aquéllos una vigencia sólo provisional. Es así como, conforme al artículo 5 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888,¹⁶¹ el artículo 12 del flamante Código¹⁶² se limitó a garantizar la conservación *por ahora* del Derecho foral en las provincias y territorios en que éste *subsistiera*. Si tenemos en cuenta el momento histórico en que surgió la norma, sabremos que la adopción de una tal medida sirvió para “desencallar” la codificación civil que, como hemos dicho, se había estado resistiendo durante todo un siglo. La conservación *por ahora* era una solución a medias que servía para salir del paso en el tortuoso camino codificador pero que, como todas las soluciones a medias, no hacía sino posponer la hora en que habría que afrontar nuevamente el problema de la diversidad normativa civil en España. Desde luego, el sesgo del artículo no daba pie a demasiadas esperanzas para los foralistas. Basta fijarse en el verbo “subsistir”, con el que el legislador decimonónico hacía alusión al vigor de estos Derechos.

Dando un nuevo salto en el tiempo, esta vez, hacia adelante, nos situamos en los años setenta del siglo pasado. A mediados de esa década cesó la

161. Artículo 5º: “Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3ª, relativa a las formas de matrimonio”.

162. Artículo 12: “Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las Leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título 4º del libro 1º. En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá como derecho supletorio tan sólo en defecto del que lo sea en cada una de aquélla por sus Leyes especiales”.

“amenaza” de provisionalidad que había estado planeando sobre los derechos genéricamente denominados “forales”. La reforma del Título Preliminar del Código Civil, operada en 1974, terminó con esa especie de transitoriedad que, desde 1889 se cernía sobre ellos, explicitada en el antiguo artículo 12, ya citado. Aun teniendo a éste como precedente normativo inmediato, el artículo 13 CC¹⁶³ surgido de dicha modificación legislativa, introdujo cambios trascendentales que, sin ningún género de duda, dejarían la senda marcada al constituyente. En primer lugar, porque se sustituyó el verbo “subsistan” por “estén vigentes”; en segundo término, porque se eliminó la críptica expresión “por ahora” y, en fin, porque se estableció que en lo sucesivo el Código Civil habría de regir “con pleno respeto a los derechos especiales o forales (...).”

Desde la óptica de un foralista cabe, pues, dejar sentado que la Constitución de 1978 no ha tenido el *mérito* de asegurar la pervivencia de los derechos civiles territoriales; y si nos ponemos en la piel de un defensor del centralismo jurídico, tampoco podríamos echarle la *culpa*. La garantía de futuro de aquéllos que, en definitiva, vino a significar su afirmación, como reconoce la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, es atribuible a la expresada reforma del Código Civil. En verdad, la aprobación de seis compilaciones en los quince años inmediatamente anteriores hacía muy difícil negar a esas alturas de siglo la pervivencia de unos derechos elevados a la categoría de ley, máxime si consideramos que las más tardías (Compilación del Derecho Civil de Aragón, 1967; Fuero Nuevo de Navarra, 1973) ya habían proclamado en sus respectivos articulados un sistema de fuentes propio. Sin embargo, no es menos cierto que las compilaciones habían sido ideadas a resultas de las Conclusiones del Congreso de Derecho Civil de Zaragoza de 1946 como mero instrumento o paso previo de una codificación general del Derecho civil español y que en ningún momento se había desistido abiertamente de ese objetivo. Que el horizonte de código único no sólo no se había abandonado por aquel entonces sino que aún se barajaba como eventualmente realizable, es un dato que queda evidenciado en el Preámbulo de la Compilación aragonesa -la penúltima en el tiempo y, como se ha dicho, una de las más completas-, donde se afirma sin ambages, a modo de conclusión: “La Compilación coope-rará así a la normal evolución de este venerable Derecho Foral, de tan honda raigambre y tan fecunda proyección. Y cabe esperar que podrá contribuir también a la labor preparatoria del Código Civil General”.

163. Artículo 13: “1. Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España.

2. En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales”.

En definitiva, no es atribuible a la Constitución de 1978 la eliminación de la nota de provisionalidad que pendía sobre aquellos derechos, puesto que su conservación había quedado avalada en los años previos. Lo que hace la Constitución es establecer la posibilidad de conservar el Derecho autóctono desde el mismo territorio, a través de las instancias regionales. Ello, merced a una nueva configuración del Estado español en el cual las provincias con afinidades y características comunes podrán erigirse en regiones dotadas de poder político.¹⁶⁴ El artículo 149.1,8ª CE legitima a aquellas Comunidades Autónomas donde a la sazón rija un Derecho civil propio, para legislar en orden a conservarlo, modificarlo y desarrollarlo.¹⁶⁵ “Recogiendo el guante”, el paso siguiente lo dará cada una de estas regiones al asumir en el Estatuto de Autonomía respectivo, dicha competencia. Y a partir de ahí se producirá un fenómeno determinante para entender la realidad jurídica española del presente: el Derecho civil autóctono, hasta entonces recogido en una norma estatal -como no podía ser de otro modo, por haber residido el poder legislativo exclusivamente en las Cortes Generales- pasará a integrar un ordenamiento distinto, el de la correspondiente Comunidad Autónoma que, además, estará legitimada para establecer sus fuentes, conforme a la letra del artículo 149.1,8ª C.E.

2.- Acerca de la especialidad de los derechos forales

En vista del nuevo contexto dibujado por la Constitución, cabe plantearse si hoy queda algo de aquella tradicional visión del Derecho civil, respecto del cual los derechos territoriales son tenidos como salvedades o excepciones. La especialidad está íntimamente ligada a la excepcionalidad, pues ambos caracteres tienen un componente relativo: se es especial respecto a algo y se erige en excepción lo que se aparta de lo común o general.

También en este punto interesa reseñar determinados acontecimientos anteriores a la promulgación de la Carta Magna, ciertamente significativos.

164. Artículo 143.1 CE: “En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos”.

165. Artículo 149.1,8ª CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...). 8ª.- Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo lo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

Nos referimos al hecho de que la Compilación aragonesa (1967) y el Fuero Nuevo de Navarra (1973), a diferencia de las compilaciones que les precedieron, prescindieron del adjetivo “especial” para identificar su respectivo Derecho. Este extremo podría entenderse como la antesala de una nueva manera de concebir las conexiones entre el Derecho civil estatal y los derechos civiles territoriales, en la que ya no cabría considerar a éstos como particularidades de un supuesto *derecho común*.

Sin embargo, no tenemos tan claro si la nota de especialidad que, históricamente, había acompañado a los derechos forales, quedó definitivamente abandonada en el nuevo marco trazado por la Constitución de 1978. Primeramente, por los términos en que la CE establece la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil propio; en segundo lugar, porque la conciencia de especialidad subyace todavía en los mismos textos legislativos autonómicos, como tendremos ocasión de comprobar.

2.1.- Manifestaciones de especialidad en la Constitución de 1978

La norma constitucional que hace referencia a los derechos civiles territoriales es el artículo 149.1,8ª. No está en nuestro ánimo realizar un comentario del precepto, entre otras razones, porque no desvelaríamos nada que no se haya dicho ya, ante las muchas opiniones que su intrincada redacción ha suscitado. Lo que interesa, para el tema que nos ocupa, es determinar si en la mentalidad del constituyente permanece todavía la idea de especialidad como algo inherente o consustancial a los derechos forales respecto del Derecho civil del Estado. Para averiguarlo vamos a detenernos en algunos aspectos de la norma.

1º.- Un dato destacable, a estos efectos, tiene que ver con la sistemática utilizada. La Constitución no aborda el tema de la competencia legislativa civil en clave de distribución “Estado – CCAA”, como sería lógico si afirmamos que el Derecho civil estatal y los derechos civiles territoriales coexisten en un plano de igualdad. Si hubiese sido consecuente con el planteamiento de igual a igual, habría contemplado la posible competencia autonómica sobre conservación, modificación, desarrollo y determinación de las fuentes del Derecho civil propio en el artículo 148 que, como sabemos, es el relativo a las competencias susceptibles de ser asumidas por las Comunidades Autónomas. Por el contrario, dichas funciones se explicitan en el artículo 149.1 CE, y me atrevería a decir que casi incidentalmente, ya que lo hace dentro de un precepto que tiene por objeto, justo lo contrario: fijar las materias exclusivamente estatales. El hecho de contemplar en esa sede la posible competencia autonómica en materia civil conduce a pensar que la

está concibiendo a modo de excepción. Este extremo ya es de por sí revelador de que a finales de los años setenta el constituyente seguía considerando los derechos civiles territoriales como especialidades.¹⁶⁶

Con ocasión de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del artículo 129 del Estatuto de Cataluña, reformado por L.O. 6/2006, de 19 de julio, la STC 31/2010 subraya este planteamiento, muy distante de un hipotético reparto competencial de la materia civil entre iguales. En efecto, y reiterando su doctrina (STC 88/1993), el Tribunal Constitucional declara: *“Por su parte, la reserva al Estado y “por el mismo art. 149.1,8, de determinadas regulaciones “en todo caso” sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquel (...)”*¹⁶⁷ *la Constitución le atribuye ya la “legislación civil”, sin más posible excepción que la “conservación, modificación y desarrollo” autonómico del Derecho civil especial o foral.”* (FJ 76)

2º.- La literalidad del artículo 149.1,8ª CE conduce a la misma conclusión. La posible competencia autonómica, contemplada en dicho precepto mediante una proposición encabezada por la locución adverbial “sin perjuicio de”, viene a tener el significado de excepción o matiz a la proposición principal de competencia estatal exclusiva sobre dicha materia. Abundando en el tenor literal de la norma, llama la atención el empleo del adjetivo “especiales” con que el constituyente califica los derechos civiles autóctonos. A priori tendríamos aquí la prueba evidente de la pervivencia de esa vieja concepción que identifica foralidad con especialidad. Sin embargo, para entender adecuadamente este término es preciso preguntarse por el significado global de la expresión en que aparece utilizado. Cuando el artículo 149.1,8ª habla de “derechos civiles forales o especiales”, ¿está aludiendo a

166. La opinión doctrinal según la cual los derechos civiles territoriales constituyen una especialidad frente al Derecho civil del Estado está todavía muy extendida. En realidad, los términos en que se conduce el artículo 149.1,8ª C.E. favorecen esta tesis: “Si conjugamos el contenido de los artículos 149.1,8ª C.E. y del 13 CC, encontramos que las cuestiones más relevantes en el orden civil son materia exclusiva del Estado, por lo que tendrán aplicación en todo el territorio nacional, sin que las Comunidades Autónomas con Derecho foral puedan entrar a legislar en dichas materias. Así podemos afirmar que la legislación civil es de carácter estatal, y esta premisa se considera un principio general, siendo los derechos forales una excepción al principio”. Cfr. DÍAZ PARDO, Gloria. “Derecho civil. Posible ruptura de los principios de unidad e igualdad del ordenamiento jurídico civil.” En *Autonomías y unidad del ordenamiento jurídico. La cuadratura del círculo*. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Esther. Dykinson, 2012, págs. 234- 235.

167. En dicho FJ 76 de la STC 31/2010, el Tribunal Constitucional reproduce parcialmente la fundamentación jurídica de la STC 88/1993, y de ahí el entrecomillado interno. Los puntos suspensivos son transcripción fiel de la STC de 2010 que, al reproducir la citada resolución de 1993, obvia determinados pasajes de la misma.

foralidad y *especialidad* como conceptos sinónimos o, si se quiere, como dos conceptos que van necesariamente unidos? Desde el punto de vista del ámbito territorial de aplicación, obviamente más limitado que el estatal, la respuesta debe ser afirmativa: lo foral es especial porque se predica de una parte del territorio español y no de su totalidad. Sin embargo, el empleo del calificativo “especiales”, justo a continuación de “forales”, obedece a una finalidad que nada tiene que ver con viejas etiquetas: favorecer que las Comunidades Autónomas con competencia en materia civil pudieran legislar en el futuro más allá de los límites de sus respectivos textos compilados.¹⁶⁸

3º.- Un tercer extremo que nos ayudará a desentrañar la filosofía que late en el artículo 149.1,8ª es compararlo con el precepto que en la Constitución precedente abordaba esta cuestión competencial: el artículo 15 de la CE de 1931. Ambas normas coinciden en atribuir exclusivamente al Estado la regulación de una serie de aspectos de carácter vertebrador.¹⁶⁹ Sin embargo, los presupuestos de que parten una y otra para establecer ese límite material infranqueable son bien distintos e, incluso, opuestos: en la Constitución de 1931 los aspectos reservados a la legislación del Estado se configuran como excepciones a un principio general de competencia civil autonómica. Ello es así porque la Constitución republicana establecía la premisa de que las regiones (todas, siempre que hubiesen aprobado su estatuto de autonomía y no sólo las que conservasen un Derecho civil propio) podían aprobar leyes civiles sin otros límites que el elenco de materias de reserva estatal. En nuestra Carta Magna no está tan claro que las Comunidades Autónomas donde exista Derecho foral puedan legislar sobre cualquier materia distinta de las específicamente reservadas al Estado “en todo caso” por el artículo 149.1,8ª.

168. Citando a ARCE JANÁRIZ, LALAGUNA relata el origen de este añadido: “Recuerda este autor [ARCE] el origen de la introducción del calificativo “especiales” con que se adicionó la locución “derechos civiles, forales” y se refiere a la enmienda in voce del diputado del Grupo Parlamentario comunista Solé Tura al número 8 del artículo 141 del texto de la Constitución elaborado por la Ponencia, utilizando como fundamento en su enmienda el siguiente argumento: “Si se citan sólo los forales, como dice ahora el texto, se utiliza de hecho un criterio restrictivo, puesto que si aceptamos que las Comunidades Autónomas van a tener en su nivel de desarrollo superior una legislación propia, hay que decir esto, para que no parezca que esta legislación puede reducirse al desarrollo de las actuales legislaciones forales”. Cfr: LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique. “Comentario al artículo 13”. *Comentarios al Código Civil*. Tomo I. Vol. 2º . Ederesa, 2004, pág. 246.

169. El artículo 15 de la Constitución de 1931 reservaba al Estado “la forma de matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España”. Por su parte, el artículo 149.1,8ª de la Constitución de 1978 reserva al Estado “en todo caso”: “las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes, y determinación de las fuentes del derecho ,con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

4º.- Esto último enlaza directamente con el discutido alcance de la función competencial de “desarrollo”, contenida en el artículo 149.1,8ª. La inteligencia del término “desarrollo” ha generado diferentes opiniones doctrinales o “teorías”, pero lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nunca ha avalado un significado del mismo equiparable en amplitud al que dibujaba el artículo 15 de la Constitución republicana.

Sin pretensiones de analizar exhaustivamente su significación, que daría para otro trabajo mucho más extenso que el presente, nos limitaremos a dejar reseñadas en este lugar las principales líneas marcadas por el máximo intérprete de la Norma Suprema, en lo que concierne al alcance de dicho concepto constitucional. La tesis maximalista que entiende por “desarrollo” a estos efectos, que la Comunidad Autónoma puede aprobar leyes civiles sin más límites que los aspectos reservados exclusivamente al Estado (los precedidos por la expresión “en todo caso” del art. 149.1,8ª), no ha sido acogida por el Tribunal Constitucional ni en sus primeros tiempos ni en los más recientes. Es así como se pronunciaba en los años ochenta (STC 123/1984, STC 94/1985 y 76/1988) e insistía en la década siguiente. *Vid.* al efecto, por ejemplo, la STC 88/1993, a cuyo tenor: *“Ya en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 149.1, 8ª, de la C.E., es aún necesario realizar otra puntualización a propósito de determinado argumento expuesto por las representaciones de la Comunidad Autónoma, según el cual la reserva “en todo caso” al Estado por aquel precepto, de determinadas regulaciones, vendría a suponer, a contrario, la permisión para las Comunidades Autónomas de desplegar sus competencias estatutarias para el “desarrollo” del Derecho civil, foral o especial, en todo el campo no cubierto por aquellas específicas reservas, por ajena que fuera la legislación a introducir en el ámbito regulado, cuando entró en vigor la Constitución, por el respectivo Derecho Civil. Esta interpretación de lo dispuesto en el artículo 149.1,8ª no puede ser, sin embargo, compartida por el Tribunal”* (FJ 1º). El máximo intérprete de la Constitución excluye expresamente la competencia legislativa autonómica ilimitada *ratione materiae* (FJ 3º, párrafo 3º STC 88/1993, de 12 de marzo).

Podría pensarse que, al haber confirmado la constitucionalidad del artículo 129 del Estatuto de Cataluña en la STC 81/2010, el Tribunal Constitucional avala la tesis maximalista. El precepto contempla la competencia autonómica en materia civil en los siguientes términos: “Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de Derecho civil con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del Derecho civil de Cataluña”. Ahora bien, la declaración de constitucionalidad se ha construido sobre una interpretación del precepto

que dista mucho del sentido que resulta de su letra y de la intención de su autor, ya que le ha atribuido un significado, no sólo no querido por el legislador autonómico, sino precisamente, el no querido por él. El Tribunal Constitucional se reafirma, en fin, en la tesis de las instituciones conexas, intermedia entre la restrictiva y la maximalista, contenida en los pronunciamientos de los años noventa del siglo pasado: *“El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral”* (STC 88/1993, FJ 3). El criterio de la conexión es el que en tiempos más recientes ha servido para declarar la constitucionalidad de otras leyes emanadas del Parlamento de Cataluña, aun a base de forzar dicha conexión. Es el caso de la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código Civil de Cataluña, cuya regulación de la propiedad temporal ha sido declarada acorde a la Constitución, en STC 95/2017, por apreciar el Tribunal su engarce con otras instituciones preexistentes en el Derecho catalán, tales como la enfiteusis o la sustitución fideicomisaria, constituyendo a su juicio, *“un supuesto de crecimiento orgánico del Derecho civil especial de Cataluña que resulta amparado por la competencia atribuida al legislador autonómico para el “desarrollo” de su Derecho civil especial”*. (FJ 11).

Todo ello nos lleva a concluir que, pese al nuevo marco establecido por la Carta Magna de 1978, en la etapa democrática se sigue considerando el Derecho civil propio, aunque ya de factura autonómica, como un derecho de excepción frente al estatal o *común*. De ahí que resulte muy significativo, -volviendo a la STC 88/1993- lo expuesto por el Magistrado Viver Pi-Sunyer en su Voto particular: *“La concepción de la que parte la mayoría que sustenta la sentencia continúa perpetuando la configuración del Derecho Civil del Estado como Derecho común o general y los Derechos civiles de las Comunidades Autónomas como Derechos especiales, formados por normas o institutos aislados y asistemáticos (...). “La sentencia concibe el artículo 149.1.8ª como simple “garantía de foralidad a través de la autonomía política”, es decir, como garantía de la capacidad de conservación, modificación y desarrollo únicamente del Derecho preexistente, que queda así configurado, como ya he apuntado más arriba, como un Derecho especial, más o menos residual, más o menos sistematizado, pero en todo caso enmarcado dentro de un Derecho común o general. Esta concepción encaja mal con una Constitución que rompe abiertamente con la tendencia seguida durante los dos últimos siglos -con excepción del período republicano- según la cual el*

reconocimiento de los Derechos forales era provisional, ya que el objetivo único era la unidad del Derecho civil para consagrar solemnemente el pluralismo legislativo en esta materia, fruto de la autonomía política (...)”

2.2. Manifestaciones de especialidad en los textos normativos autonómicos

Si acudimos a la normativa civil autonómica, constatamos, en principio, que el legislador ha querido despojarse de aquella vieja etiqueta. Para nosotros, el ejemplo más próximo de esta nueva configuración, lo hallamos en la Ley 8/1990 de 28 de junio, de Compilación del Derecho Civil de Baleares, mediante la cual nuestra Comunidad Autónoma adaptó el texto compilado de 1961 a los principios constitucionales. Una de las novedades introducidas por dicha reforma es la supresión del calificativo “especial” que hasta entonces había “adornado” el Derecho de las Islas Baleares.¹⁷⁰ La Exposición de Motivos de la Ley 8/1990 justifica esta eliminación en los siguientes términos: “Hoy día, tras la entrada en vigor de la Constitución, los derechos civiles de las distintas regiones o nacionalidades no suponen un derecho constituido por normas de excepción frente al Código Civil, sino sencillamente un derecho distinto: son el derecho común de vigencia prioritaria en sus respectivas circunscripciones territoriales”. Sin embargo, en esta misma declaración de intenciones hallamos, paradójicamente, un reflejo de especialidad: al proclamar el carácter *común* del Derecho balear y, a renglón seguido, su *vigencia prioritaria*, no está sino poniendo de manifiesto su naturaleza especial. Ya se sabe: “*lex specialis ...*”

En realidad, en distintos cuerpos legales autonómicos encontramos disposiciones relativas a la aplicación del Derecho civil propio que denotan esa conciencia de especialidad, precisamente, porque se detienen a proclamar de manera explícita la prioridad de su aplicación en el respectivo territorio. En este sentido se pronuncia actualmente el Título Preliminar de la Compilación balear que, entre lo que denomina “reglas generales” del Derecho civil de las Illes Balears, establece: “Las disposiciones del derecho civil propio son las normas de aplicación preferente” (artículo 1.3.1^a). Asimismo, el Código Civil de Cataluña, cuyo art. 111-5 dispone: “Las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras (...)”. En el caso de Navarra, la preferencia de aplicación del Derecho civil propio es declarada en sede estatutaria (art. 40.2 Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, aprobado por L.O. 13/1982, de 10 de agosto, modificada por L.O. 1/2001 y L.O. 7/2010).¹⁷¹

¹⁷⁰ La Compilación aprobada por Ley 5/1961, de 19 de abril se intitulada “Compilación del Derecho civil especial de Baleares”.

¹⁷¹ Art. 40.3 EAN: “El Derecho navarro, en las materias de competencias exclusiva de la Comunidad Foral y en los términos previstos en los apartados anteriores, será aplicable con preferencia a cualquier otro”.

Insistimos en que, al proclamar explícitamente la prioridad de aplicación, se está aludiendo a su carácter especial y, bien mirado, huelga realizar una proclamación de esta naturaleza puesto que será la norma de conflicto interregional la que haya de determinar dicha aplicación, cuando proceda. Sin perjuicio de las reglas de juego del Derecho interregional privado, si se quiere subrayar en sede autonómica tal aplicación preferente, basta con incluir una norma que establezca la supletoriedad del Derecho estatal.

En este concreto sentido, esto es, limitándose a llamar al Derecho estatal como supletorio, sin aludir expresamente a la aplicación prioritaria del propio, se conduce el vigente Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo que, tras enumerar jerárquicamente sus fuentes, se refiere al Derecho general del Estado como supletorio sólo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios generales que lo informan (art. 1), parecidamente a como lo hacía el artículo 1 de la Compilación. También, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, cuyo artículo 1.3 establece que en defecto de ley y costumbre gallegas, será de aplicación con carácter supletorio, el derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios generales del ordenamiento jurídico gallego. Por lo que atañe al País Vasco, la Ley 5/2015, tampoco realiza ninguna declaración expresa de vigencia prioritaria de su propio Derecho sino que se limita a establecer la supletoriedad del Código Civil y las demás disposiciones generales, en defecto de ley o de costumbre foral aplicable (art. 3.1), de modo muy semejante a como se pronunciaba su precedente normativo inmediato (art. 3.1 Ley 3/1992, de 1 de julio).

3.- Acerca del fragmentarismo de los derechos forales

El fragmentarismo ha sido otra nota caracterizadora de los derechos forales. Se trata de un dato objetivo que ha obedecido a una razón histórica: el cese abrupto de la posibilidad de crecimiento y renovación, con la consiguiente fosilización de aquéllos, a partir de un determinado momento o suceso (Decretos de Nueva Planta del siglo XVIII, en la mayoría de los casos; las guerras carlistas del siglo XIX, respecto a Navarra y las entonces denominadas “Provincias Vascongadas”).

Ha sido precisamente el fragmentarismo lo que ha propiciado la visión de los Derechos territoriales como particularidades o especialidades aisladas dentro de un “mar” estatal o común que había tomado como base el Derecho de Castilla. Al igual que hemos hecho al tratar los puntos precedentes, nos preguntamos aquí si la Constitución ha borrado ese carácter o, cuando menos, ha contribuido a difuminarlo.

Nuevamente tenemos que hacer referencia a acontecimientos anteriores a la Constitución que preludiaron un cambio de rumbo. Se trata de la aprobación, en 1967, de la Compilación aragonesa, y en 1973, del Fuero Nuevo de Navarra que, a diferencia de las otras compilaciones, establecieron en su articulado un sistema de fuentes del Derecho propio. Por consiguiente, en el caso de Aragón y de Navarra no podía decirse que la Compilación se limitase a compendiar instituciones. La fijación de un orden de prelación de normas equivalía a autoafirmarse como ordenamiento jurídico y, ello, con independencia de lo extenso que éste fuera.

La Constitución de 1978 no se muestra indiferente a este hecho. Lo evidencia la alusión expresa que en el artículo 149.1,8ª CE se hace a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas donde exista Derecho civil foral o especial aprueben leyes que determinen su sistema de fuentes. Y lo hace sin distinción, esto es, sin limitar o circunscribir esta potencial competencia sobre fuentes a las compilaciones que tuvieran a la sazón preceptos de esta naturaleza (sólo dos, según lo que acabamos de exponer).

En los años siguientes a la entrada en vigor de la Constitución Española, las Comunidades Autónomas con compilación, previa asunción de la competencia legislativa civil en sus respectivos Estatutos, la adaptaron a los principios constitucionales, en una empresa que tuvo un alcance y significado que trascendió de la mera necesidad de acomodarse a la Norma Suprema. En primer lugar, porque en esa actuación legislativa todas ellas transformaron el Derecho compilado, que era un derecho legal, pero estatal, en Derecho autonómico. En segundo lugar, porque en todos estos casos el legislador regional aprovechó la ocasión para establecer el respectivo sistema de fuentes. Por tanto, a finales del siglo XX los seis derechos compilados constituían “oficialmente” sistemas jurídicos que aspiraban a ser completos.

Cosa distinta es que en los años siguientes a esa incorporación del Derecho compilado al ordenamiento autonómico se hayan dado pasos reales para hacer efectiva tal aspiración o vocación de completitud. Ello dependerá de la intensidad con que cada una de estas Comunidades Autónomas haya ejercitado su competencia legislativa, especialmente en lo que atañe al *desarrollo* de su derecho. A la cabeza se encuentra Cataluña, seguida de Aragón, mientras que el “farolillo rojo” corresponde a Baleares. Entendemos que, aun habiendo hecho un uso escaso de dicha función, ya no cabe tildar su Derecho de fragmentario.

La preferencia de aplicación, proclamada por algunos de los cuerpos legislativos autonómicos, demostrativa de una cierta conciencia de especiali-

dad del Derecho propio, según lo anteriormente expuesto, tiene por objeto precisamente “ahuyentar” la idea de fragmentarismo, Dicho de otro modo, al establecer claramente la aplicación prioritaria del Derecho autóctono en un territorio donde éste concurre con el estatal, se potencia la consideración del Derecho foral como sistema u ordenamiento, de entidad comparable a aquél.

4.- Significado actual de la expresión “derecho común”

En sus diversas acepciones, incluida la que sirve para designar el histórico *ius commune*, la expresión apunta a una misma función: la de un derecho que, en última instancia, habrá de ser aplicado. En definitiva, alude a un derecho supletorio. En relación a los derechos civiles autonómicos derivados de los forales, cabe plantearse qué significado tiene en la actualidad la expresión “derecho común” si, de un lado y, como hemos visto, los derechos civiles territoriales se atribuyen -tímidamente- esta cualidad, pero de otro, acostumbra a identificarse el “derecho común” con el estatal, encarnado, fundamentalmente, en el Código Civil español.

4.1. El Código Civil como “derecho común”

Abundando en la idea de supletoriedad, resulta innegable que el Código Civil recibe la consideración de “derecho común” en dos planos distintos, territorial y material.

Desde una perspectiva territorial, el Código Civil es supletorio de los ordenamientos civiles españoles, tradicionalmente llamados *forales*. A esta concreta función aludía el artículo 12.2 CC anterior a la reforma de 1974 y, actualmente, el artículo 13 CC. También los diferentes cuerpos legales autonómicos, sucesores de las compilaciones, llaman al Derecho civil estatal para colmar sus lagunas (heterointegración), según lo visto anteriormente. Este hecho parte de una verdad incontestable: la menor extensión de los derechos civiles forales no sólo al tiempo de aprobarse el Código sino también al de promulgarse la Constitución. En los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor del texto constitucional esa función del Código Civil era lógica y necesaria. Los derechos civiles territoriales sólo habían tenido la oportunidad de ser recogidos en compilaciones y éstas, acaso salvando las más recientes, eran bastante escuetas. El Código tenía a la sazón un vasto campo en el que desplegar su papel integrador. Sin embargo, y precisamente al amparo de lo previsto en la Constitución, a medida que la Comunidad Autónoma con competencia en materia de Derecho civil propio la ejercita, van menguando los resquicios susceptibles de “rellenarse” con el recurso a ese derecho supletorio.

Con todo, entendemos que la expresión “derecho común” no se aviene con esta función de derecho supletorio, entre otras razones, porque los sectores de Derecho foral susceptibles de integrarse mediante el Código Civil serán distintos en cada uno de dichos ordenamientos, según la mayor o menor labor legislativa que haya desplegado la Comunidad Autónoma. De este modo, un precepto del CC que, con carácter supletorio se aplica a un supuesto de hecho sujeto a un ordenamiento foral por carecer éste de norma que lo contemple, acaso no resultaría aplicable a un supuesto de hecho idéntico pero sujeto a otro ordenamiento civil autonómico porque este último sí da respuesta a este tipo de casos. El diferente nivel de desarrollo de los derechos forales, cuarenta años después de la entrada en vigor del artículo 149.1.8ª CE, nos conduce a afirmar que la supletoriedad no es idéntica en todas las regiones con Derecho civil propio, ni en el volumen de supuestos en que habrá que recurrir al Derecho civil estatal ni en la tipología de estos. Por consiguiente, en esta concreta función, el Código civil español tiene poco de “común”.

Por el contrario, entendemos que el adjetivo “común”, se aviene a las normas estatales de aplicación directa a todo el territorio español (las de reserva estatal “en todo caso”, según el art. 149.1.8ª CE), con independencia del nivel de desarrollo de cada Derecho civil autonómico, por ser aquéllas idénticas en toda España.

Desde una perspectiva material, el Código Civil está llamado a integrar las normas contenidas en leyes sectoriales. Así lo establecía el antiguo artículo 16 CC y lo establece el artículo 4.3 vigente. En esta concreta función el Código Civil desempeña su papel de Derecho privado general para integrar otros sectores normativos del ordenamiento jurídico, fundamentalmente aquéllos que regulan parcelas cualificadas de la actividad privada, denominados por ello *derechos privados especiales*. Ahora bien, ese papel no lo tiene el CC en exclusiva, puesto que la norma de Derecho privado general llamada a integrar ese vacío puede ser perfectamente la disposición de un derecho foral cuando la norma de conflicto así lo determine.

4.2. La función de “derecho común” de los derechos civiles territoriales

La función de “derecho común” de los derechos civiles territoriales ya había sido reconocida en la etapa preconstitucional, y en concreto, respecto del Derecho catalán, en la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968. Por ello resulta cuando menos llamativo que, en el nuevo marco diseñado por la Constitución, sólo dos cuerpos legislativos autonómicos se atrevan a calificar explícitamente de “derecho común” las normas que

contienen. Se trata del Código de Derecho Civil de Cataluña (art. 111-4)¹⁷² y de la Compilación de Derecho Civil de Baleares (art. 1.3.2^a).¹⁷³ En realidad, la Compilación balear proclama ese carácter en su articulado desde hace poco,¹⁷⁴ a resultas de la reforma operada por Ley 2/2017, de 2 de agosto.

En cambio, el Código de Derecho Foral de Aragón, del Fuero Nuevo de Navarra, de la Ley de Derecho civil de Galicia, y de la Ley de Derecho foral del País Vasco carecen de una disposición semejante. Podría pensarse que si esa naturaleza común ya había sido declarada jurisprudencialmente en la etapa predemocrática, el legislador de estas regiones ha creído redundante o innecesario repetir esa declaración en el respectivo texto normativo. Sin embargo, y como acabamos de ver, sí se afana por proclamar en muchos de estos supuestos la aplicación preferente de su Derecho civil, siendo así que tal prioridad vendrá dada por el juego de las normas de conflicto, más que por una disposición contenida en la compilación, fuero o código de derecho civil propio. El carácter de derecho común es, pues, predicable de cualquiera de los ordenamientos civiles españoles y no hace sino subrayar la supletoriedad por razón de la materia. En los últimos tiempos se detectan signos que parecen reflejar la asunción de esta realidad por el legislador estatal. Ejemplo de ello es el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014¹⁷⁵ que, en el artículo 001-4,¹⁷⁶ llama como derecho supletorio de las normas estrictamente mercantiles (Código y usos de comercio), a la *“legislación civil, según su sistema de fuentes”*. La redacción es un trasunto del vigente artículo 2 del Código de Comercio, con la importante diferencia de que la llamada al derecho supletorio ya no se hace al *“derecho común”*. Esta expresión añeja queda sustituida en el Anteproyecto por *“legislación civil”* que, como mínimo, sugiere que cualquier derecho civil español, sea estatal o foral, está llamado a integrar el Derecho mercantil.

172. Artículo 111-4. *“Carácter de derecho común.- Las disposiciones del presente Código constituyen el derecho común en Cataluña y se aplicarán supletoriamente a las demás leyes”*.

173. Artículo 1.3. *“Reglas generales del derecho civil de las Illes Balears: (...) 2^a. Las disposiciones de los diferentes libros de esta Compilación constituyen el derecho común de las Illes Balears y se aplicarán, supletoriamente, a las demás leyes”*.

174. Antes de la reforma experimentada en 2017, el carácter de *“derecho común”* sólo se declaraba en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1990, de 28 de junio, sobre Compilación del Derecho civil de Baleares.

175. Recordemos que la materia mercantil es una de las competencias exclusivas del Estado, conforme al artículo 149.1.6^a CE.

176. Artículo 001-4. *“Jerarquía de las normas. 1. En las materias mercantiles que se rijan por la legislación específica en razón de la naturaleza de la persona o actividad, serán de aplicación supletoria las disposiciones de este Código. 2. A falta de normas de este Código, se aplicarán los usos de comercio y, en su defecto, las normas de la legislación civil, según su sistema de fuentes”*.

En definitiva, los derechos civiles tradicionalmente llamados “forales” -lo mismo que el estatal cuando así lo determine la norma de conflicto interregional en el caso concreto-, constituyen derecho común en el sentido de “Derecho privado general”. De todo ello resulta que “derecho común” no es antónimo de “derecho foral” ni resulta incompatible con él.

2.- LEYES EMANADAS DE CCAA DONDE EN 1978 SUBSISTÍA UN DERECHO CONSUECUDINARIO NO COMPILADO

Habida cuenta de que el artículo 149.1,8ª C.E. establece como presupuesto de competencia civil autonómica la preexistencia de un derecho civil *foral o especial*, sin mayores especificaciones, parece que no se está refiriendo solamente al compilado. En la expresión constitucional tiene cabida también el derecho consuetudinario, siempre que se acredite la vigencia del mismo al tiempo de promulgarse la Constitución. Sobre esta base el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos históricos valencianos (STC 121/1992)¹⁷⁷, y por lo mismo, inconstitucionales: la Ley 10/2007, de 20 de marzo, del Régimen económico matrimonial valenciano (STC 82/2016), y la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de hecho de la Comunidad Valenciana (STC 110/2016).

En principio, en tanto que norma creada directamente por la sociedad, la costumbre es predicable de cualquier lugar, con independencia de las dimensiones del territorio donde la práctica sea observada, siendo, por tanto, indiferente que se trate de una costumbre que rebase o no el ámbito nacional o que tenga un alcance espacial más limitado (comarcal, regional o local). Sin embargo, la cuestión se centra en unas CCAA muy concretas: las que han asumido estatutariamente la competencia normativa sobre su respectivo derecho consuetudinario. Se trata de las siguientes: Extremadura, en lo que concierne a la “conservación, defensa y protección del Fuero de Baylío e instituciones de derecho consuetudinario”, parafraseando el art. 9.1.3 EAE; Región de Murcia, que “prestará especial atención al derecho consuetudinario de la Región, con particular referencia a los tribunales consuetudinarios y tradicionales en materia de aguas” (art. 8 EARM), Principado de Asturias, que “impulsará la conservación y compilación del derecho consuetudinario asturiano” (art. 16 EAA) y Comunidad Valenciana (art. 49.1.2ª EACV), caso éste que, por sus perfiles singulares, detallaremos seguidamente.

¹⁷⁷. También en la STC 182/1992, donde se declara la constitucionalidad de la Ley gallega de arrendamientos rústicos.

De todas estas Autonomías, la Comunidad Valenciana parece constituir un supuesto “cualificado”. Ello por dos razones: en primer lugar, porque al asumir la competencia en materia civil, su Estatuto de Autonomía no la ha circunscrito únicamente al derecho consuetudinario, como habría sido lógico si partimos de la base de que, en 1978, dicha Comunidad Autónoma carecía de compilación y, por tanto, de derecho legal. La asunción de esta competencia se hace en términos muy amplios, sin ningún género de límite o acotación: “La Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano”. Así es como se expresaba el artículo 31 EACV y, actualmente, el artículo 49.1.2ª, tras su modificación por L.O. 1/2006, de 6 de abril. Sobre dicha norma estatutaria que no circunscribía el Derecho valenciano al estrictamente consuetudinario, el Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad de la ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos históricos.

En segundo lugar, el caso valenciano se distingue de las otras CCAA citadas porque en la asunción estatutaria de dicha competencia se atribuye al elemento histórico un peso específico. Y es que la reforma del EAV de 2006 se propuso la recuperación del antiguo Derecho foral, tal y como queda establecido en el artículo 7.1¹⁷⁸ y en la Disposición Transitoria 3ª.¹⁷⁹ Por consiguiente, la asunción de la competencia legislativa civil por la Comunidad Valenciana, no sólo no queda circunscrita al derecho consuetudinario sino que trata de resucitar el antiguo Derecho foral, abolido en 1713, en contra de la propia Constitución, aunque ésta sea invocada en dichas normas estatutarias.

Sin perjuicio de las singularidades que ofrece el caso valenciano, y volviendo en general, sobre el conjunto de Comunidades Autónomas que asumen estatutariamente competencias sobre su Derecho no escrito, son varias las cuestiones que se plantean:

1º.- En primer lugar, cabe preguntarse por la concreta acción legislativa que corresponde a la Comunidad Autónoma sobre este derecho propio. Esta función legislativa es de difícil caracterización, como respecto del Derecho valenciano ya advertía el Magistrado de la Vega Benayas en su Voto

178. Artículo 7.1 EAV: “El desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana. Esta reintegración se aplicará, en especial, al entramado institucional del histórico Reino de Valencia y su propia onomástica en el marco de la Constitución Española y de este Estatuto de Autonomía”.

179. Disposición Transitoria 3ª EAV: “La competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española”.

Particular a la STC 121/1992, al preguntarse por el auténtico contenido de la competencia de la Generalitat: ¿conservación o regulación *ex novo*?, alertando a tal efecto del peligro de haber abierto la caja de Pandora, dando pie a futuras regulaciones absolutamente nuevas. Algunas de esas regulaciones, a la sazón, eventuales, han acabado materializándose en el seno de dicha Autonomía, si bien han tenido escaso recorrido. Nos referimos a la Ley 10/2007, de Régimen económico matrimonial valenciano y a la Ley 5/2012, de Uniones de Hecho, declaradas inconstitucionales en SSTC 82/2016 y 110/2016, respectivamente.

Entendemos que la función competencial en relación al derecho consuetudinario propio tendrá, por consiguiente, un alcance muy limitado. Así parecen reconocerlo las mismas regiones de Extremadura,¹⁸⁰ Murcia y Asturias, tal y como se desprende de los términos en que sus respectivos Estatutos recogen dicha competencia: “conservación, defensa y protección” (EAE), “prestar especial atención” (EARM), “impulsar la conservación y compilación”¹⁸¹ (EAA), son expresiones estatutarias que, a lo sumo, alcanzan a identificarse con el concepto constitucional de *conservación* del artículo 149.1.8ª CE. Respecto a la Comunidad Valenciana, la cuestión resulta más dudosa, habida cuenta de los términos en que se expresa su Estatuto, al haber asumido la competencia no sólo en *conservación*, sino también en *modificación y desarrollo*.

2º.- La otra cuestión es determinar qué lugar ocupa en el sistema de fuentes del Derecho la costumbre que ha sido objeto de tratamiento por la Comunidad Autónoma. En relación a la costumbre valenciana que sirvió de base a la

180. Con referencia a Extremadura, la doctrina se plantea si, teniéndose constancia de una sola institución, la comunidad matrimonial universal, propia del Fuero de Baylío, ello justificaría la atribución a la Asamblea regional de competencia en materia civil para regular cualesquiera instituciones. En este sentido se pronuncia VERDERA, siguiendo a SOTO NIETO. Cfr. VERDERA SERVER, Rafael. “Incidencia de la costumbre en el derecho civil valenciano”. <http://vlex +1156351>.

181. Ciñéndose al tenor del precepto estatutario asturiano, indica REQUEJO que resulta indudable que su significado no se corresponde con “conservación, modificación y desarrollo”, del artículo 149.1.8ª CE ni del artículo 31.2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana (actualmente 49.1.2ª). “Conservar y compilar no puede traducirse en otra cosa que en la reunión y consolidación escrita de un cuerpo de costumbres, pero siempre en el entendido de que la operación normativa autorizada concluye ahí. La imagen más próxima a la que puede recurrirse para describir el fenómeno es la de refundición de textos por decreto legislativo (...). Al Principado de Asturias le cabe reunir, ordenar y sistematizar las costumbres que, sobre todo en el campo del Derecho civil y en el administrativo local, se acrediten como existentes al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución. Pero no hacer de la costumbre una ley. En primer lugar, porque conservación y compilación no tiene por qué verificarse precisamente por medio de una ley. En segundo término, porque, aunque se hiciera a través de una norma con valor legal, de ello no se sigue que el valor de la forma se comunique al contenido”. Cfr. REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. “Fuentes del ordenamiento jurídico del Principado de Asturias”. En *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Estudio sistemático*. ARCE JANÁRIZ, Alberto (Coord). Junta General del Principado de Asturias, 2003, pág. 113.

Ley 6/1986, de Arrendamientos Históricos, el Tribunal Constitucional dictaminó lo siguiente: “*El ejercicio de la competencia legislativa autonómica, atribuida por la Constitución y el Estatuto, supone una alteración sustancial en la posición de la norma en la jerarquía de fuentes, ya que la regla que, como costumbre, venía rigiendo sólo en defecto de ley aplicable, esto es, como fuente de carácter secundario e inoponible a los dictados del derecho común (art. 1.3 CC), al ser incorporada a la ley autonómica, se torna en ley especial de aplicación preferente a la legislación civil del Estado que deviene así, y en ese momento, derecho supletorio (art. 13.2 CC). (...) mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica el anterior derecho consuetudinario especial valenciano cambia pues de naturaleza, adquiriendo sus normas la condición de derecho legislado de aplicación preferente, en su ámbito propio, respecto del derecho civil común (art. 149.3 CE y arts. 13 a 16 CC), y ésa es precisamente la finalidad de la ley impugnada: dar rango de ley especial a reglas que hasta su adopción no habrían tenido existencia sino como costumbres de mera aplicación supletoria*” (STC 121/1992, FJ 2º). Por tanto, el derecho consuetudinario valenciano así recogido, pasa a tener rango de ley, de aplicación preferente a la estatal sobre la misma materia.

Menos probable es que la costumbre de Asturias, Murcia y Extremadura pueda “escalar” al puesto de la ley, dados los términos en que se expresan los correspondientes preceptos estatutarios relativos al derecho consuetudinario propio. “Prestar especial atención”, “impulsar”, “conservar” y “compilar” consisten en reducir a escrito, sin que ello implique dotar de rango legal a la norma consuetudinaria recogida en el texto autonómico. Por consiguiente, en estas regiones la costumbre escrita seguirá constituyendo fuente de segundo grado, rigiendo en defecto de ley aplicable y siendo, a lo sumo, preferente a la costumbre general que, sobre la misma materia, pueda existir. Aparte de evitar su olvido, la plasmación escrita de una tal costumbre tendrá la virtualidad de facilitar su prueba (no me atrevo a decir que alcance a eximir de tal carga al que la invoca, dado que pese a su reducción a escrito, continuará careciendo de rango legal).¹⁸²

182. En relación a la costumbre asturiana, REQUEJO: “La formalización de la costumbre en una norma escrita (su compilación) servirá a los fines de dotar de precisión y certeza a la costumbre compilada, contribuyendo así a su conservación, que es el objetivo al que el Estatuto obliga al Principado. Pero sin afectar a su valor jurídico y, en consecuencia, a su posición subordinada frente a la ley. La ley compiladora permitirá que el Juez excuse su prueba a la parte que alegue en juicio la costumbre compilada, pero no puede obligarle a aplicarla como si de una ley se tratara, pues no ha dejado de ser costumbre, por más que legislativamente autenticada. El órgano judicial, en suma, sólo la aplicará en defecto de ley aplicable (art. 1.3 CC), siendo irrelevante, a estos efectos, la existencia de una ley compiladora, que sólo es “aplicable” en tanto que vehículo normativo de expresión de una costumbre, a la que no dota de la aplicabilidad propia de las leyes. Como mucho, facilita su aplicabilidad como costumbre en la medida en que libera a quien la alega de la obligación de probarla”. REQUEJO, *Op. cit.*, pág. 113.

Rasgo común a estas Autonomías es que el legislador regional carece de toda legitimación para establecer un sistema de fuentes (fuentes, ¿de qué?). Ni siquiera el Estatuto de la C.A. Valenciana ha asumido formalmente dicha competencia. Ello comporta una diferencia esencial con respecto a las Comunidades Autónomas que contaban con un Derecho compilado al tiempo de promulgarse la Carta Magna: el derecho consuetudinario de Asturias, Murcia, Extremadura e, incluso, Valencia, no es en realidad un Derecho en el sentido de *ordenamiento jurídico*. La expresión “derecho” designa en estas regiones, prácticas relativas a instituciones jurídicas concretas y determinadas carentes de regulación legal, que se observaban en 1978 y se siguen observando en el presente. Excepción hecha del Fuero de Baylío, relativo a aspectos de la economía conyugal, el “derecho consuetudinario” a que aluden los Estatutos de estas Comunidades Autónomas consiste básicamente en costumbres del mundo agrario (arrendamientos rústicos, aguas, riego, costumbres de la huerta, etc.). En definitiva, se advierte un denominador común: la falta de un entramado jurídico susceptible de ser considerado como sistema u ordenamiento.

Por último, de todo ello se desprende que el derecho consuetudinario de todas estas Autonomías, incluida la valenciana, sí que reviste las notas de especialidad y fragmentarismo frente al Derecho civil del Estado porque no constituyen ordenamientos o sistemas jurídicos (esto es, derechos con vocación de ser completos), sino meras costumbres o instituciones aisladas que, a lo sumo, podrán ser recogidas en una norma escrita, dotada¹⁸³ o no de rango legal.

3.- LEYES EMANADAS DE CCAA QUE CARECEN DE DERECHO CIVIL FORAL O ESPECIAL

En tercer lugar, existen Comunidades Autónomas que, sin tener Derecho civil foral y ni tan siquiera haber asumido competencia en derecho consuetudinario, han aprobado leyes con innegable contenido civil. Actuación, ésta, que parece contradecir, al menos aparentemente, la exigencia “allí donde existan”, del artículo 149.1,8ª C.E. Sin embargo, el máximo intérprete de la Carta Magna ha confirmado en algunos supuestos la constitucionalidad de la norma autonómica que se proyecta sobre aspectos civiles. La conformidad

183. Parece que en el caso de la C.A. Valenciana, sí que la costumbre contenida en una ley emanada de las Corts está dotada de rango legal, en vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. No cabe decir lo mismo respecto de las otras regiones citadas, dado el limitado alcance con que sus respectivos Estatutos asumen la competencia sobre su propio derecho consuetudinario.

con la Norma suprema en tales casos no halla su fundamento en el artículo 149.1,8ª CE, sino en otros preceptos, concretamente, en las disposiciones del correspondiente Estatuto de Autonomía referidas a materias de competencia autonómica no civil. De este modo, cuando la ley autonómica tiene por objeto regular una de estas materias asumidas estatutariamente e incide, de modo colateral, en aspectos de Derecho civil, por lo general no se consideran invadidas las competencias estatales. A tales efectos, cabría distinguir diferentes tipos de “proyección” sobre la materia civil, a saber:

En unos supuestos la ley autonómica alude a figuras tradicionalmente incardinadas en el Derecho privado que, en puridad, son susceptibles de reconducirse al Derecho general, como por ejemplo, el fraude de ley. Tal sucedió con la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria. La STC 37/1987 declaró al respecto que no existía vulneración de la competencia estatal en legislación civil, pues para delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, hay que estar a las instituciones reguladas en la norma autonómica, más que a las técnicas utilizadas para realizar dicha regulación.¹⁸⁴

Se declara asimismo la constitucionalidad de aquellas normas emanadas del Parlamento regional que recaen sobre materia civil, sólo tangencialmente, a los efectos de desarrollar de forma adecuada la función legislativa en determinada materia de competencia autonómica. Nuevamente, la STC 37/1987 nos sirve de ejemplo, al declarar constitucionales los preceptos de la expresada ley andaluza que afectaban al derecho de propiedad, por entender que estaban supeditados a la materia agraria (de competencia autonómica), verdadero objeto de la ley impugnada: *“Y así ha sucedido y sucede también en el caso de la legislación agraria, cuyos objetivos conducen a una regulación de la propiedad de la tierra destinada a usos agrícolas que se superpone a la legislación civil propiamente dicha. Así las cosas, resulta también evidente que si la Comunidad Autónoma andaluza es titular de una competencia específica para legislar en materia de “reforma y desarrollo del sector agrario”, como efectivamente así es según dispone el art. 18.1.4ª de su Estatuto de Autonomía, dicha competencia incluye la posibilidad de legislar asimismo sobre la propiedad de la tierra y su función social, dentro del territorio de Andalucía (...).”* (FJ 8).

En los dos supuestos citados, relativos, eso sí, a la misma ley, vemos que el Tribunal Constitucional parte de la distinción entre dos tipos de materias:

184. *Vid.* comentario en DÍEZ-PICAZO, Antonio, “Las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”. En *Ensayos jurídicos*. Tomo I. Thomson Reuters. Civitas, 2011, págs. 355 y ss.

una, principal, que es de competencia autonómica y que constituye el verdadero objeto de regulación por el Parlamento regional, y otra, conectada con aquélla, que no tiene necesariamente por qué serlo (autonómica). Si esta otra materia es de orden civil, se tiende a considerar que no se invade la competencia del Estado. Es lo que ha dado en llamarse “derecho civil paralelo”, “oculto” o “funcional”.¹⁸⁵

En realidad, este fenómeno es predicable de la mayor parte de materias que presentan zonas colindantes entre el Derecho civil y el Derecho administrativo, como ocurre con lo relativo a las limitaciones del dominio y con las llamadas propiedades especiales, que se proyectan sobre materias cuya competencia ha sido asumida estatutariamente por las Comunidades Autónomas.¹⁸⁶ Otro tanto cabe decir respecto a la normación de ciertos tipos de personas jurídicas, tales como cooperativas, fundaciones y asociaciones, avalada por el Tribunal Constitucional (SSTC 173/1998, de 23 de julio; 341/2005, de 21 de diciembre y 135/2006, de 27 de abril). En estos casos el Tribunal parte de dos presupuestos: 1) que el Estatuto de Autonomía tiene asumida la competencia para regular este tipo de entidades; 2) que el Estatuto de Autonomía tiene competencia en determinados ámbitos (docente, cultural, benéfico, asistencial, etc.). A ambas premisas anuda la constitucionalidad de la ley autonómica cuando la persona jurídica objeto de regulación haya de desplegar sus funciones en dichos ámbitos. Es lo que ha dado en llamarse la regulación de cierta “dimensión horizontal” de carácter jurídico privado.¹⁸⁷

En cambio, no resulta tan fácil ese encaje constitucional en otros sectores como el de las parejas no casadas, cuya regulación ha sido abordada por buen número de Comunidades Autónomas carentes de derecho “foral”. En este sentido, la Ley del Parlamento de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, aduce en su Exposición de Motivos como título competencial la orientación familiar, materia ésta última, de competencia autonómica, conforme al art. 13.22 EAA. Otro tanto cabe decir de la Ley del Parlamento de Canarias 5/2003, de 6 de marzo para la Regulación de Parejas de Hecho, basada en el reconocimiento estatutario de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la asunción por los poderes públicos de la promoción de

185. ROCA TRÍAS, Encarna. “La postcodificación civil: la unidad de códigos, una política muerta”. *Anuario de Historia de Derecho Español*. Núm. LXXXII. Enero 2012, págs. 175 – 200.

186. *Vid.* al efecto, REDONDO TRIGO, Francisco. “Reflexiones sobre la reciente jurisprudencia mercantil y la supletoriedad o no del Derecho autonómico a la luz del Anteproyecto de Código Mercantil. La supresión del concepto “Derecho común” por el legislador civil”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 745. Septiembre, 2014, págs. 2612 y ss.

187. *Cfr.* ACEDO PENCO, Ángel. *Introducción al Derecho privado*, pág. 40. Ed. Dykinson, 2013.

las condiciones necesarias para su libre ejercicio (art. 5 E.A. Canarias). Deducir de competencias autonómicas tan genéricas la constitucionalidad de dichas normaciones resulta muy cuestionable. Podríamos afirmar que cuando dichas leyes se limitan a regular aspectos que se proyectan hacia la Administración, tales como prestaciones sociales, permisos de residencia, adquisición de nacionalidad y beneficios fiscales,¹⁸⁸ no se entienden invadidas las competencias del Estado. Por el contrario, sí se traspasa la línea cuando las leyes de estas CCAA no “aforadas” repercuten directamente sobre las relaciones jurídico-privadas. Para muestra, cabe citar la STC 81/2013, que declara inconstitucionales los artículos 5 y 4 de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho, por referirse dichos preceptos a aspectos económicos de la pareja, al estilo de un régimen económico matrimonial.

III.- A MODO DE CONCLUSIÓN

Cuarenta años después de promulgarse la Constitución, asistimos a un considerable crecimiento del Derecho civil en España no sólo imputable a la labor legislativa del Estado. Al amparo de la Carta Magna de 1978, han proliferado normas autonómicas de indudable proyección civil, sobre la base de diferentes fundamentos o títulos de legitimación, cifrados en unos casos, en la existencia de un derecho civil propio con vocación de ser completo; en la subsistencia de un derecho consuetudinario o, sencillamente, en la asunción estatutaria de muy diversas materias cuya regulación repercute en mayor o menor medida, en el Derecho privado. Aun quedando englobados todos ellos bajo la categoría genérica de “ordenamiento autonómico”, sólo el primero de estos derechos constituye *Derecho civil*, en mayúsculas, como sistema u ordenamiento jurídico que, aunque de menor extensión, es de entidad comparable al Derecho civil del Estado. Cosa distinta es que el Derecho civil de estas Comunidades Autónomas haya logrado desprenderse de la nota de especialidad que, tradicionalmente, ha “adornado” al Derecho foral, de que trae causa.

188. Cfr. PARRA LUCÁN, Miguel Ángel. “Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia”. En *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*. Consejo General del Notariado, Tomo I. 2012, pág. 290.

5.8. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA

María Pilar Ferrer Vanrell

Sumario

Introducción

I. LA FAMILIA EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL.

1. Precedentes y génesis del artículo 39 de la Constitución Española, en su aspecto de protección constitucional a la familia.

1.1. Precedentes

1.2. Génesis del artículo 39 de la Constitución de 1978.

1.2.1. Génesis del art. 39 CE.2.

1.2.2. La aprobación de la Constitución Española.

2. Los artículos 39 y 32 de la Constitución Española de 1978.

II. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

1. El artículo 39 de la Constitución Española de 1978 y la institución de la familia.

1.1. La protección constitucional del artículo 39 CE.

1º. Análisis de los cuatro apartados del art. 39 CE

2º El desarrollo derivado del art. 39 CE.

1.2. La familia como objeto de protección constitucional

1.2.1. Interpretación del concepto de familia que manda proteger la Constitución.

1.2.1.1. Los debates parlamentarios, como criterio de interpretación del concepto de familia.

1.2.1.2. El artículo 10.2 CE como criterio de interpretación auténtica del concepto de familia constitucional.

- 1º. Los textos internacionales ex art. 10.2 CE
- 2º. El concepto de familia en los instrumentos internacionales, como criterio interpretador de la “familia constitucional”.
- 1.2.2. Análisis de la existencia o no de la “familia constitucional”.
 - 1º. ¿Familia o familias?
 - 2º. La “familia constitucional” y la “familia”
- 1.3. La familia protegida por la Constitución (art. 39.1 CE). Su concepto.
 - 1.3.1. La familia en su concepto sociológico.
 - 1.3.2. Concepto jurídico de familia.
 - 1º. El parentesco.
 - 2º. Su concepto jurídico.
- 2. Concepto constitucional de familia.

Introducción.-

La Constitución Española de 1978, aprobada por las Cortes Generales el 31 de octubre de 1978, fue refrendada por el pueblo español el 6 de diciembre; sancionada y promulgada por el Rey el día 27 y publicada el 29 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311), fecha que entró en vigor. Como norma jurídica (art. 9,1 y 53,1 CE), ha sido, desde su entrada en vigor, y sigue siendo hoy, en su cuadragésimo aniversario, la norma fundamental del Estado.

La realidad social no es la misma, pero la Constitución sigue prestando el mismo servicio a la sociedad, en buena medida, por la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

En este breve estudio, abordaré el tratamiento que hace la Constitución Española sobre la familia. Analizaremos la familia separando dos conceptos que, en ocasiones, distorsionan, que es la estructura o forma de constituir la familia, y el modo de protección en atención a la forma de constituirse.

Si analizamos los debates de los constituyentes al tiempo de la redacción de los artículos 32 y 39 CE, de sus antecedentes legislativos, puede parecer que la Constitución pretendía otorgar una distinta protección a la familia en relación a la forma como se había constituido. No parece exacto distinguir

entre “familia” y “familias”¹⁸⁹, porque entraña desigualdad, que está prohibida por el art. 14 de la Constitución Española. La familia no está definida en la Constitución, sólo determina su modo de protección.

Dos artículos son esenciales en relación al tema propuesto, el artículo 39 CE y, en menor medida, como explicaremos más adelante, el art. 32 CE. Los artículos concordantes, de la Carta Magna, son, por una parte, sus artículos. 9.2; 10.2; 14; 20,4; 27,3; 32, CE; por otra, desde un concreto ámbito de poner fundamentos o bases a la protección a la familia, sus arts. 35.1 y 41 CE.

El artículo básico para este estudio es el 39 CE, que determina que los poderes públicos aseguran la protección a la familia.

El artículo 39 CE, tiene su encaje sistemático en el Capítulo Tercero “De los principios rectores de la política social y económica”, del Título Primero de la Constitución “De los derechos y deberes fundamentales”. Al estar colocado en el Título Primero, el Defensor del Pueblo (art. 54 CE) es el Alto Comisionado para la defensa de los derechos recogidos en este Título I. Este encuadre sistemático significa también que: a) por una parte son principios informadores de la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos (*ex* art. 53,3 CE); b) por otra, tales principios sólo podrán ser desarrollados por ley (*ex* art. 86,1 CE), por lo que queda prohibida la regulación por Decreto-Ley.

El estudio se divide en dos partes; 1) en la primera analizaremos la materia en la historia del constitucionalismo español. Cómo llegó la familia a la Constitución, sus precedentes; y, seguidamente, el *iter* legislativo del art. 39, la génesis del vigente artículo 39 CE que comentamos. 2) En segundo lugar el concreto estudio de la familia como objeto de protección en la vigente Constitución de 1978.

I. LA FAMILIA EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL.

1. Precedentes y génesis del artículo 39 de la Constitución Española, en su aspecto de protección constitucional a la familia.

En la historia del constitucionalismo español, la protección a la familia no aparece en las Constituciones del siglo XIX. En este apartado nos

¹⁸⁹. Lo distingue, entre otros, ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia, Familias y Derecho de Familia*. ADC 1990, pág. 1065 y 1087.

detendremos en dos momentos; por una parte, intentaremos encontrar los precedentes próximos de la protección constitucional a la familia, o por las Leyes Fundamentales en el período de la Dictadura franquista; por otra, la génesis del vigente artículo 39 CE, en cuanto a protección a la familia; es decir, cómo formuló el anteproyecto de Constitución Española de 1978 esta protección y, a través de su tramitación parlamentaria, cómo se ha materializado en el vigente texto constitucional tal protección.

1.1. Precedentes.

1º El Proyecto de Constitución Federal de la 1ª República Española de 1873

En este proyecto de Constitución redactada, principalmente, por D. Emilio Castelar que no llegó a aprobarse por las Cortes, aparece la palabra matrimonio, sin definirlo, sólo se remite a las leyes civiles para su inscripción, concretamente se refería a la Ley del Registro Civil de 1870. El proyectado artículo 37, del Título II decía:

Artículo 37. Las actas de nacimiento, de matrimonio y defunción, serán registradas siempre por las autoridades civiles.

2º El Proyecto de Constitución de 6 de julio de 1929

Por primera vez, en la historia del constitucionalismo español, se menciona la familia en el Proyecto de Constitución de la Monarquía española de 6 de julio de 1929, la *non nata* de Primo de Rivera, que pretendía sustituir la Constitución liberal de 1876. En su artículo 24 decía:

Artículo 24. El matrimonio y la vida familiar estarán bajo la especial protección del Estado.

Las leyes protegerán la maternidad contra todo género de actos y propaganda a ella opuestos, ampararán la infancia y defenderán a la juventud contra la explotación, la ignorancia y el abandono moral.

La educación e instrucción de la prole serán facultad y obligación natural de los padres, sin perjuicio de los derechos y deberes supletorios del Estado.

Este artículo 24 (*non nato*) une familia y matrimonio y los coloca bajo la especial protección del Estado; además, determina que el Estado, mediante

leyes, protegerá distintos momentos que aparecen dentro de la familia, la maternidad, la infancia y la juventud; como también declaraba la primacía de los padres en la educación e instrucción de sus hijos, siendo para aquéllos una facultad y a la vez una obligación; en tanto que el Estado asumía el derecho y el deber supletorio, como no podía ser de otra forma, ya que, de otra manera, podría desembocar en supuestos de desamparo.

3º Constitución de 9 de diciembre de 1931.

La Constitución de la II República de 9 de diciembre de 1931 (Gaceta de Madrid, núm. 344, de 10 de diciembre de 1931) contempla, por primera vez en el constitucionalismo español (ya que la Constitución de 1929 no entró en vigor), la familia en su artículo 43, colocado sistemáticamente en el Capítulo II “Familia, economía y cultura”, del Título III “De los derechos y deberes de los Españoles” que decía:

Artículo 43. La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa.

Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución.

Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él.

Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad.

No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna.

El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la Declaración de Ginebra” o tabla de los derechos del niño.

En este artículo 43 de la Constitución de 1931, la familia también se une al matrimonio, y determina que son obligaciones de los padres, la alimentación, la educación y la instrucción a sus hijos, siendo el Estado el obligado subsidiario, como ya decía el proyecto de 1929. También dispone

que los padres tienen los mismos deberes para con los hijos habidos fuera del matrimonio y se permitirá la investigación de la paternidad, sin que pueda consignarse la legitimidad o no de esta filiación.

El Estado prestará asistencia a enfermos, ancianos, madres y niños. Respecto de los niños, hace suya la Declaración de Ginebra de 1924, que es la primera declaración de los derechos del niño que trataba, exclusivamente, de derechos del menor, sin mencionar a la familia o familias sustitutas. La Declaración constaba de cinco puntos:

1) El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

2) El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.

3) El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

4) El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.

5) El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

4º Leyes Fundamentales. El Fuero de los Españoles.

En los años de la Dictadura franquista, el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, modificado por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, aprobado por Decreto 779/1997, de 20 de abril (BOE nº 95 de 21 de abril de 1967), de las Leyes Fundamentales, dedicaba los artículos 22 y 23, del Título I, del Capítulo II, a la familia.

Artículo 22. *El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva.*

El matrimonio será uno e indisoluble.

El Estado protegerá especialmente a las familias numerosas.

Artículo 23. *Los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos. El Estado suspenderá el ejercicio de la patria potestad o privará de ella a los que no la ejerzan dignamente, y transferirá la guarda y la educación de los menores a quienes por ley corresponda.*

1.2 Génesis del artículo 39 de la Constitución de 1978.

Para interpretar el artículo 39 de la Constitución, en relación al planteamiento que hace de la familia, analizaremos la generación de dicha disposición legal.

1.2.1. La génesis del artículo 39 CE.

El análisis de la génesis del artículo 39 de la Constitución nos lleva a tener que referirnos al artículo 32 del texto constitucional. La referencia a la familia, en los precedentes constitucionales próximos (1929 y 1931), se concreta en un solo artículo, que une la referencia al matrimonio y a la familia y el alcance de su protección. Por esta razón y por la propia gestación de los vigentes artículos 32 y 39 CE, tenemos que hacer referencia a ambos.

1.2.1.1. Los artículos 27 y 34 del anteproyecto de 5 de enero de 1978.

En el Boletín Oficial de las Cortes nº 44, de 5 de enero de 1978, se publica el anteproyecto de la vigente Constitución española. El artículo 27 del anteproyecto corresponde al vigente artículo 32 CE y el artículo 34, al vigente artículo 39 CE.

Como demuestra el texto del anteproyecto, su artículo 27 (hoy 32 CE) determinaba la forma de constituirse la familia. En tanto que el artículo 34 (hoy 39) su forma de protección. Ambos artículos en la Constitución de 1931, como precedente constitucional, estaban unidos en su art. 43. El texto del artículo 27 proyectado decía:

Artículo 27 del Anteproyecto de la Constitución de 1978.

1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia.

2. El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos.

Por otra parte, el texto del art. 34 del Anteproyecto, que está encuadrado en su Capítulo Tercero “Principios rectores y derechos económicos y sociales”, decía:

Artículo 34 del Anteproyecto de la Constitución de 1978.

1. Los poderes públicos aseguran la protección económica, jurídica y social de la familia, en particular, por medio de prestaciones sociales, de disposiciones fiscales y de cualquier otra medida adecuada.

2. La madre y los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, disfrutarán de la protección oficial del Estado y de todos los poderes públicos.

3. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él, sin perjuicio del respeto a la institución familiar.

De una primera lectura, tanto del art. 24 del Anteproyecto *non nato* de 1929, como del art. 43 de la Constitución de 1931, antecedentes constitucionales del vigente art. 39, la familia se fundaba en el matrimonio.

En el anteproyecto de la vigente Constitución de 1978, la familia también se fundaba a partir del matrimonio. El artículo 27 proyectado (vigente art. 32 CE), unía el matrimonio a la constitución de la familia; el artículo decía: “(...) el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear (...) relaciones estables de familia”.

Es cierto que, el propio artículo añade que en situaciones de generación de hijos, fuera del matrimonio, estos hijos tenían protección. A las madres y a los hijos, éstos iguales ante la ley, como no podía ser de otra forma en cumplimiento al derecho de igualdad (art. 14 CE), el Estado les aseguraba su protección. Los padres, respecto de los hijos habidos fuera del matrimonio tenían los mismos deberes para con ellos, aunque debían respetar la institución familiar. Esto demuestra, claramente, que para el legislador la generación, fuera del matrimonio, no era institución familiar.

Se ha querido ver, en el artículo 34 del anteproyecto (antecedente del art. 39 CE), el instituto de la familia, que no está definida ni en el proyectado art. 34 CE ni en el art. 39 del texto vigente. El artículo 27 proyectado (hoy art. 32 CE) es el que determina que la célula creadora de la familia es el matrimonio: “crear y mantener (...) relaciones estables de familia”; en tanto que el art. 34 proyectado (vigente art. 39 CE) determina la protección del Estado

respecto a la familia constituida de acuerdo con el proyectado art. 27 (hoy 32). Por otro lado, el apartado 2 del proyectado art. 34 determina, también, la protección a las madres e hijos, protección distinta a la que dispensa a la familia (apartado 1), ya que, de no ser así, estaríamos ante una repetición del apartado primero; así como, en el apartado 3, la obligación de los padres para con los hijos habidos fuera del matrimonio, son relaciones de generación distintas a la familia, porque el mismo texto proyectado advierte que estos deberes deben cumplirse “sin perjuicio del respecto a la institución familiar”.

El anteproyecto de la Constitución de 1978 dedica dos artículos a la familia: uno, art. 27 donde determina como se constituye la familia; y el art. 34 en el que dispone la protección que se dispensará a la familia y, también, a otras situaciones en la que existan madres e hijos. En los precedentes al anteproyecto de la Constitución de 1978 (Proyecto de 1929 y Constitución de 1931), se dedicaba sólo un artículo al matrimonio y la familia.

1.2.1.2. Tramitación parlamentaria de los artículos 27 y 34 del anteproyecto de la Constitución.

Analizaremos la evolución de ambos artículos hasta llegar al texto definitivo de los vigentes artículos 32 CE y 39 Ce.

1) Redacción según Informe de la Ponencia de 12 de abril de 1978.

1º. Artículo 27 del Anteproyecto de 1978.

En el Boletín Oficial de las Cortes, nº 82, de 17 de abril de 1978, siendo Presidente del Congreso de los Diputados D. Fernando Álvarez de Miranda, se insertó el texto del Informe de la Ponencia (y, en anexo, se insertó el texto del anteproyecto), que había sido designada al efecto y que estudió las enmiendas presentadas al anteproyecto de Constitución. El texto del artículo 27 quedó redactado, una vez introducidas las modificaciones efectuadas por dicho Informe¹⁹⁰, dando una nueva redacción al apartado 1 del propio art. 27, con el siguiente texto:

190. “Conforme a la enmienda nº 779 del Grupo de Unión de Centro Democrático, la Ponencia, con el mantenimiento de los votos particulares y enmiendas por los representantes de los Grupos de la Minoría Catalana, Socialista y Comunista, da una nueva redacción a este apartado, aceptando también la idea fundamental contenida en la enmienda nº. 35 del Sr. De la Fuente de la Fuente y la enmienda nº 736 del Sr. Ortí Bordás y no aceptando, por mayoría, las enmiendas nº 64 del Sr. Letamendía Belzunce, nº. 125 del Grupo de la Minoría Catalana, nº. 479 del Grupo Mixto, nº 607 del Grupo Vasco, y nº 697 del Grupo Comunista, así como tampoco las enmiendas nº. 2 del Sr. Carro Martínez, nº 691 del Sr. López Rodó y nº. 756 del Sr. García Garrido”.

Artículo 27

Apartado 1. *“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia”.*

El apartado 2 del texto del artículo 27, quedó redactado según el texto del Informe de la Ponencia¹⁹¹, sin modificación alguna respecto al texto del anteproyecto, como sigue:

Apartado 2. *“El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.*

2º. Artículo 34 del Anteproyecto de 1978

El artículo 34 del anteproyecto, a su paso por la Ponencia, corresponde al artículo 35 del Informe. El texto del artículo 35, una vez introducidas las modificaciones efectuadas por dicho Informe¹⁹², da una nueva redacción al apartado 1, con el siguiente texto:

El artículo 35

Apartado 1. *“Los poderes públicos aseguran la protección económica, jurídica y social de la familia”.*

El texto del apartado 2 del art. 35, también quedó modificado en el Informe¹⁹³:

191. “La Ponencia, por mayoría, con el mantenimiento de los votos particulares y enmiendas por los representantes de los Grupos Socialista, Minoría Catalana y Comunista, mantiene el criterio que se contiene en la redacción del anteproyecto y, en consecuencia, no acepta las enmiendas n.º 3 del Sr. Mendizábal Urjarte, n.º 35 del Sr. de la Fuente de la Fuente, n.º 63 del Sr. Fernández de la Mora, n.º 72 del Sr. López Bravo, n.º 125 del Grupo de la Minoría Catalana, n.º 479 del Grupo Mixto, n.º 607 del Grupo Vasco, n.º 691 del Sr. López Rodó, n.º 697 del Grupo Comunista, n.º 736 del Sr. Ortí Bordis y n.º 756 del Sr. García Garrido. Tampoco se aceptan las propuestas de nuevos apartados contenidas en las enmiendas n.º 125 del Grupo de la Minoría Catalana, n.º 451 del Sr. Güell de Sentmenat, n.º 897 del Grupo Comunista y n.º 736 del Sr. Orti Bordás”.

192. En este apartado, la Ponencia, con la oposición de los representantes de los Grupos Socialista, Minoría Catalana y Comunista, da una nueva redacción, aceptando, en parte, la enmienda n.º 2 del Sr. Carro Martínez. No se acepta por la Ponencia la enmienda n.º 64 del Sr. Letamende Belzunce, la enmienda n.º 35 del Sr. de la Fuente de la Fuente, la enmienda n.º 92 del Sr. Mendizábal Uriarte, cuya propuesta, no obstante, se considera incluida en la redacción contenida en el apartado 2 del art. 9 del texto, y la enmienda n.º 699 de la señora Calvet Puig.

193. Conforme a las propuestas contenidas en las enmiendas n.º 22 del Sr. Jimbo P y n.º 779 del Grupo de Unión de Centro Democrático, la Ponencia da una nueva redacción a este apartado, no aceptando las enmiendas n.º 2 del Sr. Carro Martínez y n.º 587 del Sr. Rosón Pérez, aceptando, en parte, en la nueva redacción las enmiendas n.º 5 de la Sra. Fernández-España, n.º 699 de la Sra. Calvet Puig y n.º 739 del Sr. Mayor Zaragoza

Apartado 2. *“Los poderes públicos aseguran la protección integral de los niños, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”.*

En cuanto al apartado 3, el Informe de la Ponencia también modificó¹⁹⁴ la redacción del anteproyecto, en el siguiente sentido:

Apartado 3. *“Los padres deben prestar a sus hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, alimentos, educación, instrucción y toda asistencia durante la minoría de edad”.*

El Informe de la Ponencia¹⁹⁵, introduce en el artículo 34 del anteproyecto un nuevo apartado, en el que se somete al cumplimiento de la Declaración de los Derechos del Niño, de Naciones Unidas de 1959. Recordemos que la Constitución de 1931, en su artículo 43, introducía el sometimiento a la Declaración de Ginebra de 1924. El apartado 4 queda redactado con el siguiente texto:

Apartado 4 (nuevo). *“Los poderes públicos aseguran especialmente el cumplimiento de la Declaración de los derechos del niño proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959”.*

Continuó la labor parlamentaria, y el Informe de la Ponencia pasó a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. El debate se prolongó durante 24 sesiones y el Dictamen de la Comisión, las enmiendas que se mantenían y los votos particulares, pasaron al Pleno, donde se defenderían.

2) Redacción aprobada en el Pleno de las Cortes de 11 de julio de 1978.

1º. La redacción del artículo 27 del Informe de la Ponencia, que pasa a ser el art. 30.

En la Sesión Plenaria nº 36 de 11 de julio de 1978 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 107), el artículo 27 pasó a ser aprobado como artículo 30, con el siguiente texto:

194. “La redacción de este artículo sobre la base de la propuesta del Grupo Socialista, no aceptando la enmienda nº 2 del Sr. Carro Martínez y aceptando, en parte, en la nueva redacción, las enmiendas nº 137 del Grupo de la Minoría Catalana, nº 611 del Grupo Vasco y nº 770 del Grupo de Unión de Centro Democrático”.

195. “De acuerdo con las propuestas de las enmiendas nº 481 del Grupo Mixto al art. 28, nº 45 del Sr. Gómez de las Rocas, todas las enmiendas sobre los derechos del niño a los diferentes apartados del art. 34 y nº 612 del Grupo Vasco, la Ponencia redacta sobre la base de la enmienda nº 138 del Grupo de la Minoría Catalana un nuevo apartado 4”.

Artículo 30

1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio.

2. La ley regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

2º. Redacción del artículo 35 del Informe de la Ponencia.

En la Sesión Plenaria nº 36 de 11 de julio de 1978 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 107) el artículo 35, al no existir ni oposición ni enmienda (se votó junto con los artículos 34 y 36 que tampoco sufrieron modificación), mantuvo la redacción del Informe de la Ponencia; tan sólo se dio una mejor redacción al apartado 4, sin modificar el fondo.

Artículo 35

1. Los poderes públicos aseguran la protección económica, jurídica y social de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

3. Los padres deben prestar a sus hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, alimentos, educación, instrucción y toda asistencia durante la minoría de edad.

4. Los niños gozarán de una protección especial de la sociedad y de los poderes públicos de acuerdo con los textos internacionales que velan por sus derechos.

3) Modificaciones propuestas en los debates del Senado y aprobadas por el Pleno del Senado en sesión de 13 de octubre de 1978.

El Proyecto pasó al Senado para debatir el texto del Congreso, entre los días 25 de septiembre y 5 de octubre. Se presentaron unas modificaciones al texto del Pleno del Congreso. La sesión de 13 de octubre de 1978 (Boletín Oficial de las Cortes, nº 161), propuso las siguientes modificaciones.

1º. Artículo 32. Se propuso la modificación de la redacción del apartado 1, del artículo 27, que ahora es el artículo 32 con la siguiente redacción:

Artículo 32

1. El hombre y la mujer, a partir de la edad fijada por la ley, tienen derecho a contraer matrimonio, basado en la igualdad jurídica de los cónyuges.

2º. Artículo 39. A la redacción del artículo 35, ahora art. 39 CE, se propuso una nueva redacción a sus apartados 2,3 y 4.

Artículo 39

2. Los poderes públicos aseguran así mismo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad, y a los subnormales en todo caso.

4. Los niños y los subnormales gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

4) El Dictamen de la Comisión Mixta, Congreso-Senado. La nueva redacción de los artículos 32 y 39 CE.

Debido a las discrepancias entre los textos que se aprobaron en el Congreso de los Diputados y en el Senado, se constituyó la Comisión Mixta de Diputados y Senadores, de acuerdo con lo preceptuado en la Ley para la Reforma Política, bajo la Presidencia de D. Antonio Hernández Gil, Presidente de las Cortes, para llegar a un acuerdo sobre un texto único, que debería someterse a su aprobación por los Plenos del Congreso y el Senado.

La Comisión Mixta se reunió en distintas sesiones, de carácter secreto, para llegar a un texto único. Se publicó el Dictamen de la Comisión Mixta (Boletín Oficial de las Cortes nº 170 y en el nº 172 de 30 de octubre la corrección de errores, que en nada afectaba a los artículos 32 y 39), en sesión de 28 de octubre de 1978, y el texto de los artículos 32 y 39 quedaron redactados del siguiente tenor:

Artículo 32

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos

Artículo 39

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

1.2.2. La aprobación del texto constitucional.

El texto constitucional fue aprobado por ambas Cámaras. En sesión de 31 de octubre de 1978.

1º. Aprobación en el Congreso de los Diputados

Como consta en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (nº 130), en la Sesión Plenaria nº 52, celebrada el martes, 31 de octubre de 1978, bajo la presidencia del Excmo. Sr. D. Fernando Álvarez de Miranda y Torres, se aprobó el texto de la Constitución Española (de acuerdo con el texto del Dictamen de la Comisión Mixta que se había publicado en el Boletín Oficial de las Cortes nº 170, del 28 de octubre de 1978).

El Presidente abrió la sesión a las once y cuarenta minutos, anunciando que la asistencia, en la tribuna de honor, de una Delegación del Parlamento Europeo. Después de pronunciar unas palabras indica que la votación del texto constitucional será nominal y pública. El resultado fue: votos emitidos 345; ausencias, cinco. Votos a favor 325; en contra, 6; abstenciones, 14.

2º. Aprobación en el Senado

En la Sesión Plenaria nº 42, celebrada el 31 de octubre de 1978, bajo la Presidencia del Excmo. Sr. D. Antonio Fontán Pérez, como consta en el Diario de Sesiones del Senado nº 68, se aprobó por el Senado el texto de la Constitución Española (de acuerdo con el texto del Dictamen de la Comisión Mixta, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes nº 170, del 28 de octubre de 1978). El Presidente abrió la sesión a las diez y veinticinco minutos de la mañana y dio la palabra a D. Antonio Hernández Gil, que presidió los trabajos de la Comisión Mixta para exponer el Dictamen. Después del debate de acuerdo con el art. 127.2 del Reglamento, el Presidente manifiesta que se va a proceder a la votación nominal y pública que arrojó el siguiente resultado. Votos emitidos 239; votos a favor, 226; votos en contra, 5; abstenciones, 8.

Los Presidentes de ambas Cámaras comunicaron al Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil, Presidente de las Cortes, el resultado de la votación. Éste declaró aprobado el Dictamen de la Comisión Mixta y se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes, nº 177, de 6 de noviembre de 1978.

3º. Referéndum y sanción del Rey.

El Proyecto de Constitución Española se sometió a Referéndum el 6 de diciembre de 1978, aprobado por el 87,78% de votos.

Su Majestad el Rey sancionó la Constitución en el Palacio de las Cortes el 27 de diciembre de 1978 y se publicó en el Boletín Oficial del Estado nº 311, el 29 de diciembre de 1978, entrando en vigor el mismo día de su publicación.

2. Los artículos 39 y 32 de la Constitución Española.

Una vez vistos los precedentes y la génesis del artículo 39, dedicado a la familia, que unía en un solo artículo familia y matrimonio, la vigente Constitución Española lo desdobló en dos artículos, colocados sistemáticamente en el Título Primero “De los derechos y deberes fundamentales”. El art. 32, tiene su encuadre en el Capítulo II, “Derechos y libertades”, en su sección

segunda “De los derechos y deberes de los ciudadanos”. El art. 39, en el Capítulo Tercero “De los principios rectores de la política social y económica”. El matrimonio está colocado como un derecho constitucional, en tanto que a la familia la ha relegado a un ámbito de política económica, social y jurídica.

La redacción de ambos artículos, aprobados por la Constitución Española de 1978, es la siguiente:

Artículo 39

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Artículo 32

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos

II. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

1. El artículo 39 de la Constitución de 1978 y la institución de la familia.

La lectura del artículo 39 CE y, también, del art. 32 CE, ya que ambos iniciaron su *iter* legislativo haciendo referencia a la familia, no procuran su

definición. Esto no significa que la Constitución no tenga un concepto de familia, sino que necesariamente lo tendremos que averiguar a través de la labor hermenéutica desde la propia Constitución.

El art. 39 CE, asegura que los poderes públicos ofrecerán distintos ámbitos de protección a unas determinadas personas que están unidas por relaciones de generación y por relaciones que conocemos como familiares.

La protección constitucional del art. 39 CE se constriñe al ámbito de política económica, social y jurídica. Quizá la Constitución se ha quedado corta. Ha otorgado un puesto prevalente al matrimonio (Capítulo II) y ha relegado a la familia (Capítulo III). El hecho de separar matrimonio de familia, que en la Constitución de 1931 iba unido en su art. 43, dentro del Capítulos “de los derechos y deberes de los españoles”, ha provocado esta degradación. En el art. 39 CE existen otros derechos tan o más importantes que el matrimonio, especialmente visto su desarrollo legislativo, que podría degradarse y pasar de un derecho constitucional a un derecho propio del ámbito del derecho de familia. Podrían calificarse como derechos constitucionales, entre otros, el derecho a la maternidad, el derecho de la infancia, el derecho a la verdad biológica de los hijos, del art. 39 CE.

Al redactarse la Constitución, el artículo 32 tuvo su entrada en el anteproyecto al considerarse como el núcleo creador de la familia. En el art. 27 del anteproyecto decía, en su apartado 1 *“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia”*. Y, más claramente, en la redacción según Informe de la Ponencia de 12 de abril de 1978, el apartado 1 del art. 27, decía: *“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia”*.

En este sentido, el art. 39 confirma la distinción, al referirse a hijos y madres, colocando en dos sectores diferenciados a los nacidos de matrimonio o fuera de él; así como respecto de las madres, en atención al estado civil. Significa que, la Constitución, parte de esta doble concepción existente en el momento de su redacción, la privilegiada, que es la matrimonial y la carente de algunos derechos como es la no matrimonial; por esto manda, en relación al derecho proclamado en el art. 14, la igualdad de ambos supuestos, prohibiendo la discriminación.

Las cuestiones sugeridas en el art. 39 CE deben encauzarse desde un doble planteamiento:

1) Por una parte, la “protección constitucional”. El tratamiento de la protección por parte de los poderes públicos, mandando proteger a la familia desde el ámbito económico, jurídico y social; y también (“asimismo”) manda proteger a ciertas personas que pueden ser o no miembros de una familia, “hijos y madres”, por ej. hijos abandonados por las madres o que entregan sus hijos para futura adopción; como también, la protección a los “niños”, pertenezcan o no a una familia; incluso aquellos que no tengan determinada su filiación. Por esta razón, la Constitución utiliza el término “asimismo”¹⁹⁶, indicando que estas personas también deben ser protegidas por los poderes públicos.

2) Por otra, el art. 39 no define el concepto de familia, seguramente por considerar que es un concepto prejurídico, esto es, un hecho social que el derecho toma en consideración para atribuirle unas consecuencias jurídicas, la “*fattispecie*”. Tendremos que definir lo que es la familia en cada momento que el derecho lo tome en consideración para aplicarle su protección. Nos ocuparemos, más adelante, del concepto de familia a la que manda proteger, que calificaremos como “familia constitucional”.

1.1. La protección constitucional del art. 39 CE .

El art. 39 CE contiene cuatro apartados que requieren interpretarse para determinar el objeto de la protección constitucional y su alcance por parte de los poderes públicos y demás obligados.

El art. 39 CE despliega una doble protección, por una parte, a la familia (apartado 1) y, por otra, ampara situaciones de vínculos paterno-filiales con independencia de su determinación legal (apartado 2 y 3). El apartado 4, que se introdujo en el debate del Pleno del Senado, otorga protección a la infancia, según los Acuerdos Internacionales sobre los derechos de los niños.

1º. Análisis de los cuatro apartados del art. 39 CE:

1) El apartado 1, manda a los poderes públicos la protección económica, social y jurídica a la familia. El alcance de esta protección significa que los poderes públicos quedan obligados a otorgar una protección completa a la familia, desde todos los ámbitos, el económico, el social y el jurídico; esta amplia protección ha determinado un amplísimo desarrollo legislativo.

196. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, José Luís. “La Familia en la Constitución Española”. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20, núm. 58. Enero-abril 2000.

2) El apartado 2, también (“asimismo”) ordena proteger, de forma “integral”, por parte de los poderes públicos, a los hijos y a las madres.

El término “asimismo” que utiliza el apartado 2 nos sitúa en un doble ámbito de protección, por una parte, la protección constitucional por parte de los poderes públicos que deben dispensar a la familia y que alcanza al ámbito económico, social y jurídico (ap.1); y, por otra parte, el apartado 2, también (“asimismo”) ordena proteger a los hijos y a las madres en la medida determinada, la protección “integral”

Manda, a los poderes públicos, dispensen una protección “integral” a los hijos, con independencia de que su filiación sea matrimonial o no matrimonial, por esto fue necesario un desarrollo legislativo para evitar toda discriminación con el fin de asegurar la igualdad (art. 14 CE). Además, la norma manda proteger a las madres, sea cual fuere su estado civil, porque también merecen esta protección “integral” por el hecho de serlo. Es una norma de protección a la maternidad, que para hacerlo efectivo necesitó y necesita, también, el desarrollo mediante leyes contra la discriminación, como también en el ámbito laboral, entre otros aspectos.

La protección “integral” a los hijos incluye la investigación de la paternidad¹⁹⁷ con la finalidad de adecuar la verdad jurídica a la verdad biológica; así pasó al art. 127 Cc por ley 11/1981, que quedó derogado por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. El vigente art. 767 LEC, admite toda clase de pruebas para determinar la paternidad y la maternidad. Están obligados, al cumplimiento de esta protección a los hijos, los padres y también los poderes públicos. El TC ha ido dictando criterios doctrinales sobre la exigencia de la investigación de la paternidad, entre otras, STC 273/2005, de 27 de octubre.

3) El apartado 3 impone al padre y a la madre la obligación de protección “asistencial” a sus hijos menores de edad y cuando legalmente proceda (mayores de edad, discapacitados), con independencia de que sean hijos matrimoniales o no. Los padres no pueden hacer dejación de sus obligaciones de alimentar, en el amplio sentido de la palabra (art.142 Cc), ni en el ámbito afectivo ni patrimonial; siempre deben prestar todo tipo de asistencia necesaria para los hijos.

La distinción de los obligados a prestar protección queda determinada en los apartados 2 y 3. El apartado 2 manda a los poderes públicos prestar protección “integral” a hijos y madres. El apartado 3º, la obligación de

197. En la sesión de 13 de octubre 1978 d el Pleno del Senado, a raíz de una enmienda presentada por el Senador Villar Arregui se introdujo el derecho a la investigación de la paternidad.

protección “asistencial” a los hijos es del padre y de la madre; significa que los obligados primeros son los padres y los poderes públicos cumplirán en defecto de los padres, es decir, subsidiariamente. Esta subsidiariedad incluye también velar por el cumplimiento de la asistencia por parte de los padres, protegiendo siempre “el interés del menor”. El art. 39, 3 no ha incluido, claramente, la subsidiariedad del Estado, como hacía el art. 43 de la Constitución de 1931 que decía claramente “*Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución*”.

4) Por último, el art. 39 incluyó un apartado 4, determinando la protección a la infancia según los Acuerdos Internacionales, durante el debate del pleno del Senado de 13 de octubre de 1978, y el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado dio la redacción final. En el Informe de la Ponencia¹⁹⁸, se redactó el nuevo apartado 4 que somete al cumplimiento de la Declaración de los Derechos del Niño, de Naciones Unidas de 1959, en el siguiente sentido: “*Los poderes públicos aseguran especialmente el cumplimiento de la Declaración de los derechos del niño proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959*”. En la redacción final desaparece la referencia a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

En 1978, la protección internacional a la infancia aún no se fundamentaba en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, aunque ya se había iniciado la propuesta para tal protección; por esta razón, seguramente, desaparece del texto definitivo la referencia a la Declaración de 1959. Polonia, en 1978 (al tiempo de la redacción de nuestra Constitución), presentó una iniciativa a Naciones Unidas para adoptar un cuerpo de normas protectoras de la infancia. Se creó una Comisión de trabajo que culminó con la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de Naciones Unidas 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Al momento de introducir el apartado 4, los Acuerdos Internacionales iban referidos a la Declaración de los Derechos del Niño de 1924¹⁹⁹, aprobada por la Sociedad de Naciones, llamada la Declaración de Ginebra; y a la Declaración de los Derechos del Niño, aprobado por la Organización de Naciones Unidas en 1959, que contenía un catálogo de 10 principios.

198. “De acuerdo con las propuestas de las enmiendas nº 481 del Grupo Mixto al art. 28, nº 45 del Sr. Gómez de las Rocas, todas las enmiendas sobre los derechos del niño a los diferentes apartados del art. 34 y nº 612 del Grupo Vasco, la Ponencia redacta sobre la base de la enmienda nº. 138 de1 Grupo de la Minoría Catalana un nuevo apartado 4”

199. La Constitución de 1931, en su artículo 43, introducía el sometimiento a la Declaración de Ginebra de 1924.

2º. El desarrollo legislativo derivado del art. 39 CE.

La protección del art. 39, por su encuadre sistemático, es un principio informador de la legislación positiva (*ex art. 53.3 CE*), por esta razón tuvo, tiene y tendrá un gran desarrollo en el derecho positivo.

La protección económica y social ha determinado las modificaciones legislativas que se han producido y las pendientes de legislar en materia penal, laboral, administrativa, social, tributaria etc; entre ellas, la modificación del Código penal por LO 10/1995, de 22 de noviembre; la ley 39/1999, de 5 de noviembre sobre conciliación de la vida familiar y laboral; la ley 42/2003, de 18 de noviembre, de familias numerosas; la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género; Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Dependencia; LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; respecto a las pensiones de viudedad Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Las principales modificaciones de la materia civil y procesal civil, además de las dos primeras e importantes leyes modificativas del Código civil, ya citadas, la ley 11/1981 de 13 de mayo y, la ley 30/1981 de 7 de julio, hubo una extensa modificación de la materia civil adaptando las instituciones civiles al principio de igualdad y a las necesidades de la sociedad actual. Citaremos, entre otras:

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos; La ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio; Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el CC y la LEC, en materia de separación y divorcio; Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional; Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Las modificaciones que introdujo, en esta materia, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

1.2 La familia como objeto de protección constitucional.

La familia tiene garantizada la protección de los poderes públicos por mandato de la Constitución; por esta razón será necesario saber qué entiende por familia a la que manda proteger. O dicho de otra forma, qué es familia desde el ámbito jurídico-constitucional.

La Constitución, al hablar de la familia, se está refiriendo a una estructura jurídica, no social. Las comunidades de afecto, de convivencia, no son aspectos que atañen a la Constitución, aunque en la familia exista afecto y convivencia, porque la Constitución no se ocupa de este ámbito, sino de aquellas estructuras que son “la familia” y, por ello, merecen su protección.

Estas afirmaciones las basamos en la propia interpretación del Tribunal Constitucional cuando, en la Sentencia 45/1989, de 20 de febrero (esta Sentencia fue a propósito de la Ley de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que perjudicaba tributariamente a la familia), en su FJ7, después de decir “(...)sino también con los que se deducen del concepto de familia y matrimonio que alienta en los artículos 39 y 32 y que es incompatible con una concepción de grupo en la que sólo es «sui iuris» la cabeza y «alieni-iuris» todo el resto de sus integrantes, siquiera sea únicamente a efectos fiscales»; más adelante, en este mismo FJ7, el TC determinó que “(...) partimos del supuesto que cualquier norma que incida sobre la vida de la familia debe ser respetuosa con la concepción de ésta que alienta en la Constitución, (...)”.

Por esta razón, la Constitución tiene un concepto de “familia constitucional” (la que “alienta”, en términos del TC) que deberemos averiguar aplicando criterios de interpretación.

En 1978, que entra en vigor la Constitución, la familia tiene su fundamento básico en la relación conyugal y el parentesco, de donde surgen las relaciones familiares como conjunto de derechos y obligaciones de carácter familiar. La familia por excelencia era la matrimonial. Hoy, pasados cuarenta años, las relaciones de familia surgen no sólo a partir del matrimonio, sino de relaciones convivenciales de pareja, de situaciones de monoparentalidad, de familias reconstituídas, entre otras formas de creación de una familia.

1.2.1. Interpretación del concepto de familia que manda proteger la Constitución.

Encontrar el concepto de familia que protege la Constitución (art. 39CE), nos conduce a realizar una labor hermenéutica mediante los criterios de interpretación que ofrece la propia Constitución y el art. 3.1 Cc.

El criterio literal, poco aporta o mucho, porque el art. 39 no la califica, por lo que tendremos que saber que significa el término literal de familia. Si no es suficiente, se tendrá que acudir al criterio histórico, centrandolo en la investigación en los antecedentes legislativos, para determinar lo que entendió el legislador constituyente al referirse a la familia. Los debates legislativos en las Cortes constituyentes ofrecerán indicios del concepto de familia constitucional; una vez entendida la idea que tuvo el legislador al dictar la norma, la encauzaremos hacia las nuevas circunstancias o realidad social del momento que la norma se tiene que aplicar.

El proceso hermenéutico nos conduce, en primer lugar al análisis de los debates parlamentarios.

1.2.1.1. Los debates parlamentarios, como criterio de interpretación del concepto de familia.

En la sesión plenaria del Senado, de 28 de septiembre de 1978, se propuso que en el apartado 1º del art. 32 CE y el apartado 1 del art. 39 CE, se definiera la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”.

Esta propuesta se retiró²⁰⁰ al entender que ya estaba incluida en el artículo 10.2 CE. En el debate en el Senado, se dijo: “el apartado 2 del artículo 10, ya aprobado, contiene la suficiente garantía (...) que la institución familiar, (...), está perfectamente incorporada al texto constitucional desde el momento en que se han considerado como fuentes de interpretación del contenido de los derechos constitucionales la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los acuerdos y tratados ratificados por España”.

Sin contravenir esta afirmación, se aprobó el art. 39 de la Constitución. El propio Tribunal Constitucional, como máximo intérprete, dice que el art. 10.2 CE manda interpretar los preceptos constitucionales a luz de los derechos consagrados en la Declaración Universal de los derechos Humanos y los

200. Núm. 61 Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria núm. 35 celebrada el jueves, 28 de septiembre de 1978. Así lo explica el senador Gutiérrez Rubio: “Sin embargo, las razones que ha aducido nuestra compañera la señora Landáburu, unidas a las razones que ha expuesto también esta misma tarde el señor Osorio, creo que son suficiente motivo como para formular en este momento la retirada del voto particular. (...) porque creemos que lo que nosotros pretendíamos está ya acogido en el texto de la Constitución. El apartado 2 del artículo 10, ya aprobado, contiene la suficiente garantía (...) que la institución familiar, (...), está perfectamente incorporada al texto constitucional desde el momento en que se han considerado como fuentes de interpretación del contenido de los derechos constitucionales la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los acuerdos y tratados ratificados por España. Entendemos que bajo esta garantía y confiando, precisamente, en el efecto que de este apartado 2 del artículo 10 de la Constitución, ya aprobado, se deriva, tenemos base suficiente para retirar el voto particular, como así lo hacemos”.

Acuerdos y Tratados Internacionales ratificados por España. En este sentido lo declaró la STC 36/1991, de 14 de febrero, en su FJ5, “(...) No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”.

1.2.1.2. El art. 10.2 CE como criterio de interpretación auténtica del concepto de familia constitucional.

El propio legislador constitucional ofrece la interpretación del concepto de familia constitucionalmente protegida, en su artículo 10.2 CE. La familia es lo que determina “la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España”.

Estos textos internacionales, a los que remite el art. 10.2 CE, para que puedan ser criterio de interpretación, deben ser acuerdos y tratados ratificados por el Estado Español, por esto han de cumplir los requisitos del art. 96.1 CE, es decir, que formen parte del ordenamiento jurídico interno al haber sido incluida “oficialmente” su publicación.

1º. Los textos internacionales ex art. 10.2 CE.

Analizaremos el concepto de familia que ofrecen los principales instrumentos internacionales

1) La Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A), en su art. 16, dispone:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976), art. 23.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

3) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado y ratificado por la Asamblea General en Resolución 2.200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor el 3 de enero de 1976), art. 10.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos

nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

4) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por la Asamblea General en su resolución 63/117, de 10 de diciembre de 2008, entrada en vigor, 5 de mayo de 2013), art. 23.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

5) Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General en su resolución 4/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990).

En el Preámbulo de la Convención, dice “(...) *Convencidos* de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad (...)”.

2º. El concepto de familia en los instrumentos internacionales, como criterio interpretador de la “familia constitucional”.

En el *iter* legislativo en las Cortes Constituyentes y de sus precedentes, el matrimonio es el elemento generador de la familia.

El criterio de interpretación auténtica que ofrece el art. 10.2 CE, del término familia constitucional que manda proteger el art. 39 CE, sólo la califica como el “elemento natural y fundamental de la sociedad” y por tal razón es digna de protección “social, económica y jurídica” por parte del Estado y de la sociedad.

Ahora bien, la degradación de la familia al art. 39 del Capítulo III, durante el *iter* legislativo, deja a la familia al margen de la interpretación según los criterios del art. 10.2 CE, ya que el objeto de interpretación del art. 10.2 son los derechos fundamentales y libertades públicas del Capítulo II.

Los Tratados y Acuerdos internacionales ligan la constitución de la familia al matrimonio, como elemento generador de la misma. El matrimonio está colocado en la el art. 32 CE., por tanto, en el Capítulo II.

¿Significa que sólo el matrimonio es el elemento creador de la familia, o bien existe “familia” creada por otras estructuras, distintas al matrimonio?.

Esta cuestión nos conduce a dos conceptos distorsionadores, por una parte la estructura o forma de constituir la familia, y por otra el grado o modo de protección otorgado por los poderes públicos, en atención a su forma de constitución. Si la protección constitucional a la familia no es la misma, en relación a su estructura constitutiva, estaríamos ante una desigualdad, porque familia sólo hay una, aunque difiera en la forma de constituirse.

Esto no impide que debamos seguir averiguando si la familia protegida constitucionalmente abarca, también, la generada por otras estructuras constitutivas.

1.2.2. Análisis de la existencia o no de la “familia constitucional”.

Para seguir avanzando en el concepto de familia constitucionalmente protegida tendremos que averiguar si las distintas formas de constituirse dan lugar a poder hablar de “familia”, o bien de “familias”, en cuyo caso nos conduciría a la desigualdad, principio reprobado por la Constitución (art. 14 CE).

Faltando la definición de lo que la Constitución entiende por familia, a la que sólo define (del art. 10.2 CE) como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, será necesario acudir a la concepción que la propia sociedad tiene de la misma.

El concepto sociológico de familia y, también, su concepción jurídica, nos permitirán interpretar el objeto de la protección constitucional.

Este problema de la falta de concreción constitucional de la familia, como grupo de personas a proteger por los poderes públicos, la ha puesto de relieve la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. En el 30º período de Sesiones (1990), en la Observación nº 19, a propósito del art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales, que la define como “elemento natural y fundamental de la sociedad” dice que varía “de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”. Es decir, se está refiriendo a su concepto sociológico. En su punto 5, añade que “5. El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos (...)”. En consecuencia, en este documento nº 19, se exhorta a los Estados Partes que propongan una definición de la familia y, además, les indica que determinen si es que existe más de una concepción de familia (nuclear o extendida) y cuál es el grado de protección con el que cuentan. De igual modo, la Observación nº 19, hace referencia a otros tipos de familia como las parejas de hecho o la familia monoparental²⁰¹, solicitando a los Estados que indiquen las medidas legislativas o prácticas nacionales por las que se reconoce o tutela a estas estructuras de familia.

Estos términos, indicando que concreten el alcance de la protección a la familia creada por otras estructuras distintas al matrimonio, son indiciarias de que puede otorgarse distinta protección en atención a la estructura creadora de la familia.

1º. ¿Familia o familias?.

Hablar de “familias”²⁰², es hablar de desigualdad. La Constitución manda amparar a la familia, art. 39.1 CE. Significa que familia sólo hay una; se constituya como se constituya, porque los elementos generadores de la familia son plurales. La estructura o forma de constituirse es independiente de la existencia o no de “una familia”; esto no significa que puede ocurrir que “una familia” reciba un distinto grado de protección, de acuerdo con las

201. David, Olivier y otros, *Les familles monoparentales en Europe*, Université Rennes, 2. Mars 2004. (Dossier nº 54).

202. ROCA TRÍAS, Encarna, “nos encontramos con un modelo en plena evolución” porque “no existe familia sino “familias, lo que va a llevar a un sistema de modelos plurales, determinados previamente por la consideración que el grupo social tenga en cada momento de lo que deba considerarse como familia”, *Familia, Familias y Derecho de Familia*. ADC 1990, pág. 1065 y 1087. En mi opinión, familia siempre es una, aunque su elemento generador sea plural.

leyes dictadas en desarrollo de la Constitución, en función de su estructura creadora.

2º. La “familia constitucional” y “la familia”.

Si constatamos que hay desigualdad en la protección a la familia, en función de la estructura o forma de constituirse, tendremos que concluir que la Constitución, en su artículo 39, le otorga una distinta protección. En tal caso, estaremos ante “la familia constitucional”, que es la que manda proteger; y “la familia” *tout court*, que la Constitución permite proteger de forma distinta porque no se ha constituido por los cauces del matrimonio (art. 32 CE del Título I, cap. II, sec.2ª), que es un derecho constitucional.

Del mismo artículo 39 CE y del estudio que le precede sobre los debates parlamentarios de los constituyentes, podremos responder a la pregunta si la Constitución ampara, por igual, la familia, con independencia de su estructura constitutiva.

Si las leyes, en desarrollo de la Constitución, y el Tribunal Constitucional que es su intérprete, permiten distintos grados de protección a la familia por parte de los poderes públicos, determinará la existencia de la familia constitucionalmente protegida y la familia no amparada por la Constitución al gozar de menor protección. El TC, en la famosa Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, se pronunció diciendo que no son realidades equivalentes el matrimonio y la convivencia extramatrimonial y, por esto, cabe otorgar, por parte de los poderes públicos, una protección distinta y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales²⁰³.

Si la familia debe tener la misma protección, con independencia de su estructura creadora, se debería declarar la inconstitucionalidad de las leyes que no le otorguen la misma protección. Si, por el contrario, el Tribunal Constitucional permite esta desigualdad, estaremos ante la distinción de “familia constitucional”, que es la que manda proteger (ex art. 39 CE), y la “familia” (“no constitucional”) que la Constitución permite que reciba una menor protección por parte de los poderes públicos.

203. En su FJ2 dice “no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales”. La reforma del art. 174 LGSS ha permitido que pueda solicitarse la pensión de viudedad por parejas convivenciales siempre que se cumplan los requisitos que exige la norma.

1.3. La familia protegida por la Constitución (art. 39.1 CE). Su concepto.

Si existe, o no, la “familia constitucional” que es la protegida por mandato del art. 39.1 CE, es necesario conocer el concepto de familia, al ser el objeto de su protección.

La familia es una realidad anterior a la propia Constitución, requerirá un estudio desde el ámbito sociológico y el jurídico, para finalizar con el concepto de “familia constitucional”.

La familia es una realidad social que el derecho puede tomar o no en consideración. Si el derecho se ocupa de ella y le deriva derechos y obligaciones, estaremos ante la familia como supuesto de hecho o *fattispecie*. El derecho toma una realidad social a la que le atribuye consecuencias jurídicas.

1.3.1. La familia en su concepto sociológico.

Sociológicamente, la familia está en función del contexto social de cada momento. La familia dependerá de su contexto cultural, religioso, económico, histórico.

En tiempos pasados la familia tenía carácter patriarcal, la familia era extensa; desde mitad del XX, apareció la familia nuclear.

Son muchas las estructuras familiares actuales, apartaremos el estudio antropológico y nos ceñiremos al ámbito actual. La familia, hoy, es el resultado de diversas estructuras o circunstancias que han concurrido para su creación.

La generación puede parecer el carácter creador o determinante de la existencia de una familia, aunque puede existir, también, familia sin hijos.

La familia está ligada a una gran variedad de estructuras que se producen por circunstancias diversas. Entre ellas podemos distinguir:

a) La familia extensa, compuesta por padres o ascendientes, hijos o descendientes, cónyuges o parejas estables, colaterales. En tiempos pretéritos, era la familia patriarcal; hoy este tipo de organización familiar no se produce en el mundo desarrollado, es fruto del pasado, pero puede existir una familia extensa, sin la connotación de patriarcal porque no existe una relación de poder propia de la patriarcal. Por efecto de la crisis económica, en España, ha resurgido la familia extensa, al convivir en una unidad familiar ascendientes

y descendientes y sus cónyuges o parejas; aún en zonas rurales (por ej. en Galicia) existe este modelo de familia, no patriarcal.

Dentro de esta familia extensa, se puede incluir una modalidad más actual que es la familia compuesta por varias familias nucleares ligadas por parentesco, la familia polinuclear. Esta estructura puede surgir por motivos de rupturas de familias nucleares; hijos casados o que viven en pareja, con hijos comunes y que rompen su matrimonio o su convivencia y pasan a vivir con sus padres o bien, con su padre y pareja, o bien, con su madre y pareja; y, a su vez pueden convivir junto a nuevas parejas. Conviven dos o tres generaciones formando cada una de ellas su familia nuclear.

b) Familia nuclear. Aunque hemos iniciado la clasificación partiendo de la familia extensa, deberíamos haber comenzado con la familia nuclear, que es la más generalizada en nuestro tiempo.

La familia nuclear puede ser biparental, monoparental o bien, homoparental.

La familia nuclear biparental es la formada por padre y madre e hijos, ya sean biológicos o adoptados (excepcionalmente por hijos por gestación subrogada). Es el modelo clásico de nuestra sociedad. Esta familia puede convertirse en monoparental, por el fallecimiento del padre o la madre, por divorcio o separación; o bien porque desde su inicio se constituyó monoparental, generalmente una madre soltera con hijos biológicos o adoptivos; o, más raramente, un padre, ya sea adoptivo o un padre biológico por contrato de gestación subrogada.

Más excepcionalmente, la familia nuclear puede ser homoparental, que es la formada por dos padres o dos madres, con hijos propios de uno de los progenitores, adoptados, acogidos o, consecuencia del contrato de gestar para otro, aunque lo prohíba el art. 10 de la LTRHA, mediante la inscripción en el Registro Civil²⁰⁴.

También incluimos en la familia nuclear, la familia recompuesta o reestructurada, que es la que puede estar formada por una pareja, y los hijos de uno de ellos o de cada uno de ellos, y, si es el caso, los hijos comunes de la pareja.

204. FERRER VANRELL, M.Pilar, “El llamado superior “interés del menor” de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro”, en *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la Infancia y a la adolescencia*, (dirigido por LLEDÓ YAGÜE, F; FERRER VANRELL, M.P; TORRES LANA, J.A; ACHÓN BRUÑÉN, M.J.), EDITORIAL Dykinson, Madrid 2018, (pp.73-100). Ver también, Instrucción de 14 de febrero de 2019 y su derogación.

Finalmente, puede existir familia nuclear sin hijos, porque aún no los han tenido, porque no pueden tenerlos y, pasado el tiempo, acuden a la adopción; bien porque, pasado el tiempo se incorpore un miembro a la familia formada por la pareja, sea un ascendiente, sea un colateral, que conviva con la pareja.

La pareja matrimonial o la no casada legalmente constituída, sin hijos, debe considerarse familia, porque es un núcleo con estructura potencialmente familiar. A mayor abundamiento, la ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, en el párrafo 2 de la EM dice “(...) estas circunstancias pueden implicar una diferencia sustancial con el nivel de vida de otras familias con menos hijos o sin ellos (...)”; la ley califica a la pareja sin hijos como familia. Por otra parte, el art. 67 del Código civil dice “Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”, el matrimonio comporta la creación de la familia.

Estos grupos convivenciales, creados por el matrimonio o por otras estructuras, son familia desde el ámbito sociológico. Hoy, la sociedad admite y considera familia distintas uniones, con o sin hijos. Mañana, está por ver cuál es el concepto sociológico de la familia porque, hoy, la familia es “líquida”, siguiendo al sociólogo y filósofo Zygmunt Bauman que acuñó el término “modernidad líquida, en el sentido que “lo líquido no se fija en el espacio ni se ata al tiempo, se desplaza con facilidad, no es posible detenerlo fácilmente” incluso “disuelven a otros o se filtran a través de ellos empapándolos”, frente a lo “sólido” que es propio de una sociedad “predecible y controlable”. Para Bauman la modernidad cambió las reglas.

La familia “líquida”, es cambiante, como la costra volcánica, se endurece y se funde de nuevo. En apariencia es dura y estable, pero tiene la fragilidad propia de la costra volcánica, como explica Bauman.

Esta volatilidad de las distintas estructuras de la familia, nos conduce a estudiar si existe un concepto jurídico de familia.

1.3.2. Concepto jurídico de familia

La familia desde la perspectiva de la realidad social, si el derecho la toma en consideración hará derivar derechos y obligaciones; o dicho de otro modo, si el derecho vincula al hecho social familia, la *fattispecie*, unas consecuencias jurídicas, ha creado una norma jurídica; el concepto de la *fattispecie*, lo da la realidad social, porque es un hecho que, simplemente, el derecho ha tomado en consideración; el derecho a este hecho le liga consecuencias jurídicas.

No es fácil dar un concepto de familia, como supuesto de hecho de una norma jurídica, en unos momentos en que la realidad social y jurídica es tan cambiante. En todo caso, será la propia norma jurídica que, en atención a la estructura creadora de la familia, le dará unos determinados efectos jurídicos, así por ej., los derechos que surgen en materia de pensión de viudedad del matrimonio o de la constitución de pareja convivencial legalmente constituida; o los derechos hereditarios en ambos supuestos; o bien, la relación de parentesco entre cada uno de los miembros y los parientes del otro.

La base de la familia es la generación. La relación de parentesco nos da la pertenencia a una familia. Los lazos de consanguinidad atribuyen, a los consanguíneos, la calificación de “familiar” y por esto nacen relaciones familiares de las que derivan derechos y obligaciones entre sus miembros.

1º. El parentesco (art. 915 y ss Cc), puede ser en línea recta o colateral.

1) El parentesco en línea recta o directa es indefinido, existe parentesco entre las personas que descienden unas de otras. Así, los ascendientes y descendientes son familia y entre ellos existen derechos y obligaciones, por ejemplo, el derecho de alimentos (arts. 143.2º Cc); la línea recta tiene derecho a suceder sin limitación de grado (arts. 930 a 942 Cc).

2) La línea colateral está en referencia a la procedencia de un tronco común. El parentesco, en la línea o familia colateral, se extiende, jurídicamente, hasta el cuarto grado (art. 954 Cc), en el derecho a suceder. En derecho de alimentos, sólo existe el deber entre hermanos (art. 143.3º Cc).

3) Entre cónyuges no existe relación de parentesco, sino relación matrimonial, de la que derivan los mismos derechos de los parientes, en materia de alimentos (art. 143.1º Cc); y en materia de sucesiones (art. 943 Cc). El matrimonio también crea una línea de parentesco, entre cada cónyuge y los parientes del otro, es el parentesco por afinidad. La reforma de 1981 suprimió la afinidad como el impedimento para contraer matrimonio. Se ha mantenido el parentesco por afinidad, en el art. 754 Cc., como límite dispositivo para el testador; tampoco podrán ser testigos en los testamentos (arts. 681 y 682 CC).

4) Entre los miembros de la pareja de hecho tampoco existe parentesco, existe una relación convivencial *more uxorio* que guarda semejanza con la relación matrimonial, y tendrá distintas consecuencias dependiendo de cada una las leyes autonómicas, ya que el Estado no ha regulado la pareja conviviente. Por ej, en Baleares, la Ley 18 /2001, de parejas estables, en su

art. 13 le otorga a la pareja estable los mismos efectos sucesorios que tiene el matrimonio.

El parentesco por afinidad, entre cada uno de los miembros de la pareja de hecho y los familiares del otro, no existe, al faltar una regulación nacional, aunque dependerá de la regulación autonómica. En Baleares, la Ley 18/2001, de parejas estables, en su art. 3 determina que no existe parentesco entre cada uno de los miembros de la pareja y los parientes del otro.

Aunque haya desaparecido el parentesco por afinidad, casi totalmente, del Código civil (en el derecho canónico sigue siendo impedimento para contraer matrimonio); en otras ramas del derecho se mantiene vigente, incluso respecto de las parejas convivenciales *more uxorio*, como es en el derecho penal; en el laboral; en la ley orgánica del Poder Judicial; en el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas; en las leyes de reagrupación familiar de extranjeros; en normas de dependencia, entre otras.

2º. Su concepto jurídico.

El parentesco por sí sólo no es lo mismo que la familia. Los unidos por parentesco son familia o familiares, pero no es la familia a la que nos referimos, o a la que se refiere la Constitución. El parentesco junto a la convivencia en una unidad familiar, es una familia. La familia nuclear está constituida por padres e hijos (sean biológicos o adoptivos). Conceptos sociológicos.

La familia es el fundamento del derecho de familia y en torno a ella se desarrollan todas las instituciones que le afectan. El derecho de familia regula las relaciones jurídico-familiares, entre ellas, matrimonio, patria potestad, adopción, acogimiento familiar, tutela, guarda, defensor judicial, pero no existe un solo precepto que defina la familia, porque la familia es una realidad social.

Por otra parte, no solamente es el derecho de familia el que regula cuestiones familiares, sino que otras ramas del derecho inciden también en ella; la familia desde el ámbito laboral, el penal, el tributario, el internacional y un largo etcétera. Por ejemplo, a efectos de reagrupación familiar, la ley determina quienes son la “familia” que tiene derecho a reagruparse.

Desde el ámbito constitucional y visto el estudio de sus precedentes y antecedentes, no sería difícil concluir que la familia a la que hace referencia la Constitución es la que se funda en el matrimonio entre hombre y mujer, artículos 32 y 39 CE, vistos los debates en las Cortes Constituyentes. Esta

familia de 1978 que se fundaba en el matrimonio heterosexual²⁰⁵ queda ya alejada de la familia de hoy, tras la aprobación de la ley 13/2005, de 1 de julio²⁰⁶, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Incluso, hoy, no es necesario que el elemento fundador o creador de la familia sea el matrimonio.

En este sentido, la existencia de relaciones jurídico-familiares tampoco son determinantes de una familia unida por lazos parentesco, sino que puede ser consecuencia de distintas estructuras de uniones convivenciales, de las que la ley hace derivar relaciones familiares; por ej. las leyes autonómicas sobre parejas de hecho legalmente constituídas. Como también de otras estructuras de uniones convivenciales, por ejemplo, el acogimiento de personas mayores, como se regula en la *Llei catalana 22/2000, de 29 de desembre, d'acolliment de persones grans*, que crea una unidad familiar por el pacto de acogimiento entre una persona sola, pareja casada o convivencial, o familia monoparental que por razones de edad o discapacidad quedan acogidas por una persona o pareja que los aceptan “en condicions semblants a les relacions de parentiu (...)”, dice su art. 1. Por este pacto, se crean relaciones jurídicas *quasi* familiares de la que surgen derechos y deberes e, incluso, otorgan a los acogedores, unos derechos propios de las relaciones familiares, como son los derechos hereditarios, así los arts. 8 y 9 de la citada ley, determina que los acogedores tienen derecho a una cuarta parte de la herencia; una *quarta* semejante a unos “derechos legitimarios”.

2. Concepto constitucional de familia.

Hemos afirmado que la Constitución no define la familia, que es el objeto de protección por parte de los poderes públicos y principio rector que tendrá que informar la legislación positiva. Interpretar el concepto de familia del art. 39.1 CE no nos debe conducir, simplemente, a aplicar el criterio sociológico o el criterio jurídico, ya tratados; sino el criterio constitucional que se concreta en la siguiente cuestión: la familia que la Constitución manda proteger es la *fattispecie* o realidad social de lo que entendemos por familia a la que la ley liga unas determinadas consecuencias jurídicas.

205. FERRER VANRELL, María Pilar, “El modelo constitucional de la institución del matrimonio” en *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del siglo XXI* Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid 27-28 de junio de 2005. Ed. Carlos LASARTE. Coedición IDAFNE, UNED Y EL DERECHO EDITORES. Madrid 2006, pp. 450-460.

206. FERRER VANRELL, María Pilar, “Las nuevas situaciones convivenciales como fuente de relaciones de carácter familiar: el concepto de familia”. *Revista Jurídica del Notariado*, n° 55, 2005, pp. 45 a 72.

La familia que mandó proteger el legislador constituyente vistos, especialmente, los antecedentes legislativos era la familia matrimonial²⁰⁷; ahora bien, la doctrina del Tribunal Constitucional, como intérprete de la Constitución, ha sido vacilante; en unas sentencias se decanta por la familia matrimonial como la célula merecedora de la protección por parte de los poderes públicos, así lo declaró en la Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre²⁰⁸, en su FJ2º dice: que “no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales” y la razón es porque a su entender (FJ3º) “el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art.32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay derecho constitucional expreso a su establecimiento”. En el mismo sentido, en Sentencia de 14 de febrero de 1991, determinó que el matrimonio goza de reconocimiento constitucional expreso en el artículo 32 CE, por esto implica un régimen jurídico diferenciado no aplicable a las parejas no casadas. Incluso, posteriormente, en Auto del TC de 9 de marzo de 2004²⁰⁹ reproduce, en su FJ 3º, la doctrina constitucional en los términos siguientes: “las amplias atribuciones del legislador para configurar legalmente el derecho a la pensión y establecer las condiciones que han de acreditarse para causar derecho a la misma, entre ellas la del vínculo matrimonial legítimo, sin que suponga una vulneración de los preceptos constitucionales, puesto que la unión de hecho no es una realidad equivalente al matrimonio y de realidades distintas puede el legislador extraer consecuencias distintas reconociendo una superior protección a las uniones bajo vínculo matrimonial legítimo, dentro de su amplia libertad de decisión”.

Por el contrario, en otras resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional argumenta que la Constitución ampara otras formas de estructura familiar

207. MARTÍNEZ CALCERRADA, Luís, «La familia en la Constitución Española», *Revista de Derecho Privado*, 1981, dice : “la familia retratada —en la Constitución— es la legal o jurídica, es decir, la familia normal prevalente en nuestra sociedad, surgida por el matrimonio”, pág. 972.

208. Esta Sentencia 184/1990 es la primera que inicia una doctrina de no considerar discriminatoria la situación legislativa que permite denegar la pensión de viudedad al supérstite de una pareja de hecho. Le siguen las STC 29/1991; 30/1991; 31/1991; 35/ 1991; 38/1991; 77/1991,66/1994; Auto TC 232/1996, ATC 204/2003; entre otros, que exigen el vínculo matrimonial para la pensión de viudedad. Este razonamiento del TC, de entender que matrimonio y pareja convivencial son realidades distintas, se ha ido repitiendo en otras Sentencias, además de las por ej. la de 28 de febrero de 1994 y la de 17 de febrero de 1998, entre otras, como en el Auto TC 204/2003, que en su FJ3º, dice “sin que las uniones no matrimoniales —que no constituyen una institución constitucionalmente garantizada— gocen de esa protección”.

209. Auto por el que se declara la inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el juzgado de lo Social nº 25 de Barcelona, sobre el artículo 174.1 de la Ley General de Seguridad social, que exige el requisito de vínculo conyugal para acceder a la pensión de viudedad, y reproduce, en su FJ 3º, la doctrina constitucional.

distintas a la matrimonial, así en la Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre (FJ5º), que reitera en Sentencia 47/1993, de 8 de febrero (FJ2º), mantiene que la Constitución “no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio” y que no existe ninguna “constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura, en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales, esa modalidad de vida familiar; existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural”.

Esto nos conduce a distinguir el modelo familiar, de la protección familiar constitucional, como conceptos distintos. La familia sólo es una, aunque se asiente en estructuras o modelos distintos; la protección por parte de los poderes públicos²¹⁰ puede variar según los modelos creadores de la familia. El modelo familiar constitucional es el basado en el matrimonio²¹¹, y la protección constitucional debe alcanzar, también, a otras estructuras creadoras de la familia, porque en nuestro ordenamiento jurídico no existe un concepto cerrado de familia²¹², al ser la familia un concepto prejurídico tomado de la realidad social.

Los valores de 1978 respecto a la familia y al matrimonio eran uniformes. La familia, como elemento social, ha evolucionado como la propia sociedad; se ha ido adaptando en función de los cambios sociales y así se constata en las leyes²¹³ publicadas en desarrollo del art. 32 (la ley 13/2005) y del art.39 CE.

En desarrollo del art. 39 de la Constitución, se dictó la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas. El art. 2 de esta

210. Ver entre otros, DÍEZ PICAZO, L. *Familia y Derecho*, en Familia y Derecho. Cívitas. Madrid 1984, pág.21.

211. ROCA TRÍAS, E., *Familias, familia y Derecho de Familia*. ADC 1990, pág.1057, entiende que “la Constitución protege una familia histórica, en un momento concreto, lo que no significa que se excluya, a este nivel, la posibilidad o incluso la necesidad de proteger a familias formadas de otra forma o con caracteres distintos a las que existen en un momento histórico determinado”.

212. En opinión de GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, dice: “ni tampoco un único tipo de familia que sea el modelo al que deba ajustarse el grupo social merecedor de de dicho *nomen*”. *El concepto de familia en los textos legales del derecho catalán*. La Ley, 1996-1, pág. 795.

213. El FJ 4 D), del Dictamen del Consell Consultiu de Catalunya al *Projecte de llei de modificació de la LLei 9/1998, del Codi de Família, de la LLei 10/19998, d'unions estables de parella i de la LLei 40/1991, del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, en matèria d'adopció i tutela*. (BOPC de 17 de gener de 2005, n°136), argumenta esta idea al decir “(...) en la direcció d'adaptar-se als canvis socials i d'obrir els possibles entorns familiars objecte de protecció, el Tribunal Constitucional ha desvinculat n'l'article 39.1 CE del 32 CE, en el que es reconeix el dret de l'home i la dona a contraure matrimoni. De forma que el matrimoni no té perquè ser exclusivament el nucli d'un ambient familiar objecte de protecció constitucional, sinó que aquest pot reure en un individu o en una parella estable, malgrat que el constituent no es va plantejar en el moment de debatre la Constitució altres unitats familiars. Això darrer no obsta l'evolució d'aquesta interpretació autèntica cap a una hermenèutica de caràcter finalista que seguís de proa les transformacions de la societat (com el mateix Tribunal ha sostingut en l'esmentada STC 26/1987, de 27 de Febrer, FJ4)”

ley, define lo que es la familia numerosa a efectos de la protección por parte de los poderes públicos.

“Artículo 2. Concepto de familia numerosa. 1. A los efectos de esta ley, se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes. 2. Se equiparan a familia numerosa, a los efectos de esta ley, las familias constituidas por: a) Uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar. b) Dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados, o, al menos, uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes. c) El padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal. En este supuesto, el progenitor que opte por solicitar el reconocimiento de la condición de familia numerosa, proponiendo a estos efectos que se tengan en cuenta hijos que no convivan con él, deberá presentar la resolución judicial en la que se declare su obligación de prestarles alimentos. En el caso de que no hubiera acuerdo de los padres sobre los hijos que deban considerarse en la unidad familiar, operará el criterio de convivencia. d) Dos o más hermanos huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con el tutor, acogedor o guardador, pero no se hallen a sus expensas. e) Tres o más hermanos huérfanos de padre y madre, mayores de 18 años, o dos, si uno de ellos es discapacitado, que convivan y tengan una dependencia económica entre ellos. 3. A los efectos de esta ley, se consideran ascendientes al padre, a la madre o a ambos conjuntamente cuando exista vínculo conyugal y, en su caso, al cónyuge de uno de ellos. Se equipara a la condición de ascendiente la persona o personas que, a falta de los mencionados en el párrafo anterior, tuvieran a su cargo la tutela o acogimiento familiar permanente o preadoptivo de los hijos, siempre que éstos convivan con ella o ellas y a sus expensas. 4. Tendrán la misma consideración que los hijos las personas sometidas a tutela o acogimiento familiar permanente o preadoptivo legalmente constituido (...).”

Esta ley se está refiriendo a una familia nuclear, padres e hijos, comunes o no; si faltan los padres, son familia, a efectos de la ley, los hermanos convivientes con sus tutores o en acogimiento familiar; incluso padres, que constituyen dos familias distintas, si han tenido hijos comunes y los tienen que alimentar, tienen la consideración de familia a efectos de la ley.

La ley contempla distintas situaciones familiares, tal como está constituida la familia hoy, con independencia de su estructura creadora, sea

el matrimonio u otro tipo de unión convivencial, como supuesto de hecho de la protección que deben recibir por parte de los poderes públicos, si cumplen los requisitos que exige la ley.

La acelerada mutación social ha afectado a la familia que, hoy, es heterogénea en su estructura.

El matrimonio se ha devaluado en un doble sentido: 1) por una parte, no es el único elemento fundador de la familia que merece protección por parte de los poderes públicos; y, 2) por otra, el supuesto de hecho previsto en el art. 32 CE se ha ampliado, al dar cabida al celebrado entre personas del mismo sexo (por Ley 13/2005) aun cuando el Tribunal Constitucional, en Auto 222/1994, de 11 de julio había dicho: «la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)». El mismo TC, declaró constitucional la Ley 13/2005 en STC de 6 de noviembre de 2012, dando por constitucional y, amparado por el art. 32 CE, el matrimonio entre dos personas con independencia del sexo. Esto dificulta, en cierta medida, el reconocimiento de la familia como núcleo de generación que parece consagrar el art. 39; situación que, por otro lado, tampoco es contradictoria, ya que el matrimonio entre personas del mismo sexo (en especial de dos varones, porque la mujer puede engendrar a través de técnicas de reproducción humana asistida) son núcleos generadores de familias a través de contratos de “gestar para otro”, prohibidos en el derecho español (art. 10 LTRHA), pero que permiten su inscripción en el Registro Civil, desde la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010²¹⁴. Como también pueden acudir a la adopción de menores. Además, el mismo matrimonio es, de por sí, familia.

La estructura creadora de la familia está en continua y convulsa evolución social, es la “familia líquida”²¹⁵ a la que el legislador constitucional manda proteger por parte de los poderes públicos. Por esto, las leyes en desarrollo del art. 39 CE determinarán, en cada momento, el ámbito su protección de la estructura generadora de la familia.

214. Posteriormente (se ha obrado con mucha ligereza por parte de la DGRN y por parte del Ministerio de Justicia), la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, dejó sin efecto la Instrucción, también, de la DGRN de 14 de febrero de 2019, volviendo a la aplicación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Ver un comentario sobre la Instrucción de 14 de febrero de 2019 GARAU SOBRINO, Federico, *Conflictus Legum*, de 18 de febrero de 2019. También, ver comentario a la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 FERRER VANRELL, María Pilar “La discutible constitucionalidad de la Instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución”, *En Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n° 1, Enero 2013.

215. Como se ha expuesto al tratar del concepto sociológico.

V.- OTROS TRABAJOS EN, O PARA, LA ACADEMIA DURANTE EL CURSO 2018-2019

1. XVI PREMIO PASCUAL GONZÁLEZ

PECULIARIDADES DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES DE BALEARES CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES ES EMPRESARIO

Anselmo Martínez Cañellas

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA COMPETENCIA ESTATAL PARA LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEL EMPRESARIO CASADO.
 - 2.1. Concepto constitucional de “legislación mercantil.
 - 2.2. Competencia exclusiva del Estado en la regulación del régimen económico matrimonial del empresario casado.
3. LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL BALEAR COMO DERECHO COMÚN SUPLETORIO DEL CÓDIGO DE COMERCIO.
 - 3.1. El Derecho civil foral o especial como Derecho común.
 - 3.2. La Compilación de Derecho Civil Balear como Derecho común mercantil en Baleares.
 - 3.3. La aplicación del CC como supletorio de segundo grado en Baleares, la directa por remisión y la directa por ser competencia estatal.
 - 3.4. Conclusión.
4. LAS NORMAS MERCANTILES SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y EL RÉGIMEN SUPLETORIO EN BALEARES.
 - 4.1. El régimen económico matrimonial legal supletorio: separación de bienes.
 - 4.1.1. Facultad del empresario casado para disponer de sus bienes propios.
 - 4.1.1.1. Sobre el concepto de bienes propios.
 - 4.1.1.2. Relevancia de la titularidad formal.
 - 4.1.1.3. Prueba de la titularidad privativa.

- 4.1.2. Delegación de la administración de los bienes propios del otro cónyuge.
 - 4.1.3. Facultad del empresario casado para disponer de los bienes propios de su cónyuge.
 - 4.1.4. La revocación de los consentimientos expresos (art. 10 CCo) y su oponibilidad (art. 11 CCo).
 - 4.1.5. La copropiedad de los bienes a falta de prueba de la titularidad privativa.
 - 4.1.6. El régimen aplicable a los bienes comunes.
 - 4.1.7. Responsabilidad de los bienes comunes, cuando estos forman parte de una empresa.
 - 4.1.8. Liquidación del régimen por nulidad, separación o divorcio.
 - 4.2. La modificación del régimen económico matrimonial y su oponibilidad.
 - 4.2.1. Eficacia de la modificación del régimen económico matrimonial realizada mediante capitulaciones matrimoniales.
 - 4.2.2. La modificación del régimen económico matrimonial por nulidad, separación o divorcio de los cónyuges.
 - 4.3. Algunas particularidades de los efectos patrimoniales del matrimonio cuando uno de los cónyuges es empresario.
 - 4.3.1. Las deudas empresariales como cargas del matrimonio o de la familia.
 - 4.3.2. El trabajo del cónyuge no empresario para el cónyuge empresario como contribución a las cargas del matrimonio.
 - 4.3.3. El ajuar familiar como bienes comunes no sujetos a las deudas del empresario.
 - 4.3.4. Reglas de afección de la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario.
 - 4.4. La contratación entre un empresario y su cónyuge y las presunciones de su gratuidad total o parcial.
 - 4.4.1. Contratación y donaciones entre cónyuges.
 - 4.5. El concurso del empresario individual y cómo afecta la normativa concursal al régimen económico matrimonial de Baleares.
 - 4.5.1. Integración de los bienes de ambos cónyuges y del cónyuge no concursado en la masa activa.
 - 4.5.2. Las presunciones concursales de gratuidad de las transmisiones entre cónyuges.
5. CONCLUSIONES.
6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN.

La normativa mercantil, en los arts. 6 a 12 del Código de Comercio (en adelante, CCo), regula el régimen económico del matrimonio en el que al menos uno de los cónyuges (o pareja estable) sea comerciante (empresario (o emprendedor)¹. Se trata de normas que, pensadas para regímenes de comunidad, pero que no se limitan a ellos, pudiendo aplicarse algunas de ellas a regímenes de separación, como el de los artículos 3 a 5 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares (en adelante, CDCB), sobre el régimen económico conyugal de la Isla de Mallorca, que son aplicables asimismo a la isla de Menorca (art. 65 CDCB), junto con los arts. 66 y 67 CDCB referentes al régimen económico conyugal de las islas de Ibiza y Formentera. Todo ello teniendo en cuenta la Ley 7/2017, de 3 de agosto, que los modifica.

En estos casos, la normativa mercantil se solapa con la normativa civil,² con la particularidad de que la normativa mercantil es competencia estatal, mientras que la civil, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Por ello, es esencial determinar el alcance del concepto constitucional “legislación mercantil”, competencia estatal exclusiva, para después concretar el Derecho civil supletorio del mercantil, que es el Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas con competencia.

Seguidamente analizaremos el régimen de separación de bienes de Baleares, desde un enfoque mercantilista, es decir, teniendo en cuenta que, cuando uno de los cónyuges es empresario, el régimen económico matrimonial de Baleares es supletorio.

Finalmente, trataremos algunas cuestiones legales que suscita la contratación entre cónyuges y la presunción de su gratuidad, relacionándola con las presunciones muctianas concursales (arts. 77 y 78 de la Ley 22/2003, concursal (en adelante, LC)).

1. En este trabajo, utilizaremos indistintamente los conceptos de comerciante y empresario mercantil individual, tal y como hace la doctrina. BROSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil*. Volumen I. Tecnos. Madrid, 2016. p. 99.

2. La Exposición de motivos de la Ley 7/2017, de 3 de agosto, sobre modificación de la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears, así lo reconoce en su Exposición de motivos. Concretamente, en el punto IX, al referirse a la reforma que realiza en materia de régimen económico matrimonial y demás temas de contenido económico matrimonial *ex lege*, hace referencia a la Ley concursal para justificar una reforma de los efectos económicos del matrimonio que permita mejorar la posición del cónyuge no titular de la vivienda familiar en caso de concurso, “desde nuestra competencia”, si bien no concreta el alcance de dicha competencia, parece dejar a salvo la competencia estatal en materia mercantil desarrollada en dicha Ley concursal.

2. LA COMPETENCIA ESTATAL PARA LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEL EMPRESARIO CASADO.

Para empezar, es relevante determinar el contenido y alcance de las normas mercantiles y civiles sobre régimen económico matrimonial, porque las competencias en materia de “legislación mercantil” son exclusivas del Estado (art. 149.1. 6º de la Constitución Española, en adelante CE), mientras que las competencias en materia de regulación del régimen económico matrimonial en Baleares corresponden a la Comunidad Autónoma de les Illes Balears (arts. 149.1.8 º CE y 30.27 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears), en adelante EAIB).

2.1. Concepto constitucional de “legislación mercantil”.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), ha ido estableciendo criterios interpretativos que permiten una delimitación del concepto constitucional de “legislación mercantil”.

Según el Alto Tribunal el concepto no es claro, lo que obliga a un encuadramiento casuístico de cada institución analizada, que no tiene por qué tratarse unitariamente, pudiendo tener aspectos que sean objeto de competencia estatal y otros de competencia autonómica.³

Las normas de carácter mixto (en tanto que contengan elementos de competencia estatal y de competencia autonómica) son analizadas artículo por artículo, según la materia regulada y el elemento predominante del mismo.⁴ Este criterio ha sido tratado para delimitar el contenido de “legislación mercantil” o “Derecho mercantil” como competencia exclusiva del Estado (por su carácter de Derecho privado), contrapuesto a reglas de Derecho público sobre las que la competencia es autonómica.⁵

La competencia exclusiva del Estado sobre legislación mercantil, entendida como uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado,⁶ se deriva

3. STC 14/1986, de 31 enero, sobre la norma que regula la Hacienda Vasca. Fundamento jurídico (en adelante, FJ) 7.

4. STC 88/1986, 1 julio, FJ, 5.

5. *Siendo oscilantes los criterios para trazar los límites entre la legislación mercantil y la correspondiente a otras ramas del Derecho* (STC 14/1986, 16 noviembre, FJ 7; STC 88/1986, 1 julio, sobre la regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales en Cataluña. FJ 5).

6. STC 133/1997, 16 julio, sobre el Reglamento de desarrollo de la Ley el Mercado de Valores. Sobre la Unidad del mercado.

la unicidad del orden económico nacional, prevista en la Constitución. Tal unidad, no significa uniformidad, ya que la existencia de las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica del Estado y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse en un equilibrio entre ambos principios, siempre que: la regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad, cuando éstas han sido asumidas en el Estatuto de una Comunidad Autónoma;⁷ que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del de los existentes en el resto del Estado, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, y, que quede a salvo la igualdad básica de todos los españoles.⁸

Respecto del contenido de dicha competencia, el TC afirma que regula la actividad libre del empresario mercantil,⁹ la condición de comerciante, la capacidad para el ejercicio del comercio,¹⁰ a la creación y el régimen jurídico de los establecimientos mercantiles,¹¹ las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales;¹² los derechos y obligaciones que afectan dicha actividad en el marco de las relaciones privadas,¹³ concretamente la forma en que nacen y se extinguen, y el contenido necesario de los derechos y las obligaciones a que el ejercicio de la actividad de los empresarios puede dar lugar;¹⁴ el contenido contractual de la operación

7. STC 225/1993, 8 julio, sobre la Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del comercio y superficies comerciales, FJ 3.

8. Para evaluar si la normativa vulnera o no los mandatos constitucionales pertinentes a la unidad de mercado, es necesario precisar su cobertura competencial, la intensidad de la diversidad que introducen, y su ordenación y proporcionalidad al fin que persiguen (SSTC 16 noviembre 1981, 28 enero, 30 noviembre 1982 y 28 abril 1983, y STC 88/1986, 1 julio, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales en Cataluña, FJ 6).

9. STC 37/1981, FJ 3; STC 275/2000, de 16 noviembre, contra el reglamento estatal de cooperativas de crédito; STC 26/2012, de 1 marzo, sobre la Ley de comercio balear.

10. STC 71/1982. La STC 225/1993, 8 julio, sobre Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del comercio y superficies comerciales.

11. SSTC 71/1982 y 225/1993, 8 julio, sobre Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del comercio y superficies comerciales.

12. STC 26/2012, 1 marzo, sobre la Ley de comercio balear. STC 37/1981, FJ 3. STC 133/1997, 16 julio, sobre el reglamento de desarrollo de la LMV. SSTC 37/1981, 14/1986, y 96/1996, 30 mayo, STC 37/1981, FJ 3. STC 37/1981 de 16 noviembre, sobre la Ley del Parlamento Vasco 3/1981, sobre Centros de contratación de cargas en transportes terrestres de mercancías.

13. SSTC 88/1986 y 62/1991.

14. STC 37/1981 16 noviembre, FJ 3; STC 275/2000, 16 noviembre, contra el reglamento estatal de cooperativas de crédito; STC 26/2012, 1 marzo, sobre la Ley de comercio balear.

mercantil que contempla,¹⁵ contenido *inter privados*,¹⁶ el establecimiento de las condiciones generales de contratación,¹⁷ las modalidades de contratos,¹⁸ la delimitación de su contenido típico,¹⁹ las condiciones de validez de los contratos privados,²⁰ o el Derecho de sociedades.²¹

2.2. Competencia exclusiva del Estado en la regulación del régimen económico matrimonial del empresario casado.

Según lo expuesto, la competencia estatal exclusiva sobre legislación mercantil ampara la existencia de una normativa estatal sobre régimen económico matrimonial específica cuando uno de los cónyuges es comerciante, pues el concepto constitucional de legislación mercantil incluye la regulación del concepto de comerciante, su capacidad y su régimen de responsabilidad frente a terceros. Y ello con base en el principio de unidad de mercado que, no obstante, permite a las Comunidades Autónomas la regulación de un régimen diverso que resulte proporcionado, mantenga la igualdad básica de los españoles, y no introduzca un “*novum*” en las relaciones contractuales privadas.

Las normas sobre régimen económico matrimonial del empresario casado, que se regulan en los arts. 6 al 12 CCo,²² y concordantes, se refieren

15. STC 157/2004, 21 septiembre, sobre la Ley de comercio navarra.

16. El TC realiza en todas sus sentencias sobre la materia, una distinción cuidadosa, artículo por artículo, entre, de un lado, la regulación de las relaciones *inter privados* y, de otro lado, la regulación de la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales -mediante, por ejemplo, actividades de policía administrativa (STC 71/1982, FJ 16) o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario (STC 62/1991, FJ 4); SSTC 37/1997 y 133/1997 de 16 julio, sobre reglamento de desarrollo de la LMV.

17. STC 26/2012, 1 marzo, sobre la Ley de comercio balear, STC 71/1982 y STC 225/1993 de 8 julio RTC/1993/225 Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, 29 diciembre, de Ordenación del comercio y superficies comerciales.

18. STC 71/1982, STC 71/1982 y STC 225/1993, 8 julio, sobre Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, 29 diciembre, de Ordenación del comercio y superficies comerciales.

19. STC 37/1981.

20. STC 62/1991.

21. La STC 14/1986, 31 enero, sobre la regulación de la Hacienda Vasca, FJ 9, es especialmente aclaratoria, al señalar la inconstitucionalidad de la sociedad pública vasca especial, por tener esta un contenido claramente mercantil (con cita del art. 149.1.6 de la C.E.), por tratarse de una sociedad mercantil en su actividad externa, que ha de relacionarse con toda clase de sujetos, con creación de la indeterminada serie de relaciones jurídicas con terceros, propia e indeclinable de este tipo de personas jurídicas.

22. Redactadas conforme a la Ley 14/1975, 2 mayo («B.O.E.» 5 mayo), sobre reforma de determinados artículos del CC y del CCo sobre la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges.

exclusivamente al régimen de responsabilidad del cónyuge comerciante y de su consorte frente a terceros relacionados con la empresa del cónyuge comerciante. Regulan los consentimientos expresos, aparentes o presuntos de vinculación de bienes del cónyuge no comerciante o de los bienes comunes a la responsabilidad derivada de las deudas del cónyuge comerciante, contraídas en el ejercicio del comercio, así como la oponibilidad frente a terceros de modificaciones del régimen económico constante matrimonio.

Otras normas mercantiles afectan también al régimen del comerciante casado, tales como las referidas a las obligaciones y contratos mercantiles no solo de este con terceros, sino también con su cónyuge, si estas pueden afectar a su solvencia frente a terceros, realizadas en fraude de acreedores, o en caso de insolvencia, en perjuicio de la masa. El principio de unidad de procedimiento y de unidad de mercado justifica el carácter mercantil de las normas concursales que se refieren al régimen económico matrimonial cuando uno de los cónyuges es comerciante, lo que más adelante analizaremos.

Es cierto que este régimen de responsabilidad frente a terceros también viene regulado en las normas civiles, tanto del CC, como de Derecho foral o especial, que, de hecho, son más completas, ya que regulan además las relaciones jurídicas internas entre los cónyuges. Esta regulación interna de carácter civil y, en su caso, autonómico, no supone una ruptura del principio de unidad de mercado y, si lo fuera, entendemos que es proporcionado, no constituye un *novum* en la relación de los cónyuges con los terceros, pues es de larga tradición, y no infringe el principio de igualdad de los españoles, que también en el régimen del CC pueden optar por regímenes de comunidad o de separación de bienes.²³

El principio de especialidad, reconocido como principio general del derecho y como principio interpretativo constitucional, permite que las normas mercantiles, estatales, puedan prevalecer sobre las normas civiles, siempre que dichas normas mercantiles pretendan cumplir la finalidad especial para la que han sido redactadas, en este caso, la regulación uniforme de las relaciones externas de responsabilidad patrimonial del empresario casado y, eventualmente, de su cónyuge, frente a las deudas contraídas por el empresario en el ejercicio del comercio, en protección del principio de unidad de mercado en todo el territorio español.

23. En este sentido, el ATC (pleno). 156/2008, 12 junio, acuerda levantar la suspensión de la Ley valenciana 10/2007, sobre régimen económico matrimonial valenciano, que la abogacía del Estado entendía contraria al art. 149.1. 8º CE, señaló que un cambio de régimen económico matrimonial legal supletorio de gananciales a uno de separación de bienes, no implica, en sí mismo, un perjuicio a los acreedores.

3. LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL BALEAR COMO DERECHO COMÚN SUPLETORIO DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Si bien es cierto que el régimen jurídico patrimonial del comerciante (empresario) casado se rige, en toda España, por las normas mercantiles, y más concretamente, por lo dispuesto en el CCo, el régimen mercantil es incompleto, por lo que es necesario integrar las numerosas lagunas con las normas propias del Derecho común. Así lo establece el art. 2.1 CCo, cuando dice: *“Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común”*. Por Derecho común debemos entender Derecho civil.

3.1. El Derecho civil foral o especial como Derecho común.

La doctrina y la jurisprudencia se han planteado si por Derecho civil, como Derecho común supletorio de la materia mercantil, debemos entender el CC, o si debemos considerar que, allí donde existan derechos civiles propios, forales o especiales, deben ser estos los que deban considerarse como Derecho común, siempre que, conforme a las normas de conflicto interregional, sean estos los aplicables.

En un primer momento, previo a la fase compilatoria de los Derechos civiles forales o especiales, la jurisprudencia identificó como Derecho común el contenido en el CC.²⁴

Después de la STS, 28 junio 1968, una vez iniciado el proceso compilador de los derechos civiles forales o especiales, el TS cambió su orientación, admitiendo como Derecho común el Derecho civil foral o especial allí donde fuera de aplicación. El caso versaba sobre contratación entre cónyuges, afianzamiento de la mujer al marido. El TS aplicó el art. 322.1 de la Compilación catalana de 1961, que consideraba nulo todo afianzamiento de la mujer al marido (salvo que ella fuera comerciante, que no era el caso).

24. El CCo de 1829, ya establecía la remisión al “Derecho común” en sus arts. 234 y 263, precedentes del actual art. 50 CCo, y en el 581, precedente del art. 943 CCo. Originariamente se planteaba la duda de si por Derecho común debía entenderse en Derecho Romano, que lo era en Cataluña y Baleares, o Derecho de Castilla, que lo era en el resto de España. La STS 26 mayo 1866 consagró la identificación del Derecho común contenida en el CCo de 1829 con el Derecho civil de Castilla, y no al Derecho Romano. La STS 27 diciembre 1888 interpretó que las referencias al Derecho común, realizadas en el CCo de 1885, también debían identificarse con el Derecho civil de Castilla. Una vez en vigor el CC, y derogado, en consecuencia, el Derecho civil de Castilla, las SSTs 29 diciembre 1889, 8 julio 1892, 22 abril 1915, 23 noviembre 1917, consideraron que el CC había pasado a ser el Derecho común del CCo. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. “El término Derecho común en el Código de comercio”. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 22, Nº 4, 1969, pág. 842-852.

Este criterio se consolidó como jurisprudencia tras la STS 16 febrero 1987, que trataba, precisamente, de un supuesto referente a la aplicación del Derecho civil navarro como Derecho común supletorio de los arts. 4, 6 al 12 y 21 CCo. Concretamente, aplica los arts. 7 y 8 CCo sobre presunción de consentimiento del cónyuge no empresario a la responsabilidad de las deudas del cónyuge empresario contraídas en el ejercicio de dicho comercio, entendiendo aplicables dichos preceptos a los bienes de conquistas navarros, pudiendo sólo evitarse dicha consecuencia mediante el pacto en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil.

En el mismo sentido se han pronunciado el TSJ Navarro,²⁵ el TSJ Balear, el TSJ Catalán, y la AP Navarra.²⁶ Aunque existen argumentos que permiten el retorno de la interpretación original,²⁷ en el presente análisis seguiremos la doctrina abrumadoramente mayoritaria.

Así, existiendo una norma mercantil que contradiga lo dispuesto en la normativa civil, incluida la de derecho propio, foral o especial, será la norma mercantil la preferida,²⁸ siempre que la cuestión litigiosa tenga carácter mercantil (tal y como es la responsabilidad frente a terceros del patrimonio del empresario y, en los casos previstos por el CCo, del patrimonio del cónyuge del empresario).

A este respecto, el problema de conflictos de jurisdicción que podría plantearse cuando se interpone un recurso de casación por infracción de

25. SSTSJ Navarra 3/1999, 2 marzo; 13/2000, 28 junio; 8/2001, 19 marzo; 1/2012, de 13 de febrero; 2/2012, de 16 de febrero; 10/2014, 8 septiembre. Lo aplican principalmente al concepto de Derecho común del art. 943 CCo, sobre prescripción, considerando aplicables supletoriamente la ley 39 del Fuero Nuevo de Navarra sobre prescripción en un plazo de 30 años para las acciones personales que no tengan establecido otro plazo especial de prescripción; y a los supuestos del art. 2 y 50 CCo, que se refieren asimismo a la supletoriedad del "Derecho común" en general y en las normas sobre obligaciones mercantiles en particular.

26. STJ Navarra 171/2015, 18 mayo.

27. Así lo ha hecho la SAP Barcelona (Sección 14a), 159/2016, 6 mayo, que, aplica el plazo prescriptivo del art. 1964 CC frente a las reglas sobre caducidad y prescripción del CCat, al entender que, por Derecho común en cualquier ámbito regulado por el Derecho mercantil, debe entenderse el CC, ante la inexistencia en este de Derechos especiales o forales en este ámbito, y dada la competencia exclusiva del Estado en materia mercantil.

28. SSTJ Navarra 13/2000, 28 junio; 16/2004, 28 mayo; 18/2004, 28 septiembre; SAP Barcelona (Sección 16a) 574/2013, 10 diciembre. Sobre la inaplicabilidad de las normas forales navarras o civiles catalanas a los contratos de seguro, al existir normas específicas de prescripción en las normas estatales sobre seguros, que califican como materia mercantil. En el mismo sentido, SSTS 534/2013, 6 septiembre, y 23/2015, 4 febrero, favorables a la doctrina de la Audiencia de Barcelona y contraria a la jurisprudencia catalana mayoritaria hasta ese momento (de Tarragona, Lérida y Gerona, que cita) que afirmaba la preferencia del plazo prescriptivo del CCat. SAP Lérida 348/1998, 1 julio, sobre aplicación preferente del 344 CCo que prohíbe la rescisión por lesión en sede mercantil, frente al 323 de la Compilación catalana que regula la rescisión por lesión *ultra dimidium*. En el mismo sentido, para una operación de aportación social, STS, 3 diciembre 1981.

una norma de Derecho civil foral o especial de una determinada Comunidad Autónoma, aplicada como supletoria en un litigio mercantil, ante el TSJ de dicha Comunidad Autónoma, ha sido resuelto por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en el sentido de atraer la competencia hacia sí mismo, dada la preponderancia del elemento mercantil sobre el civil supletorio.²⁹

3.2. La Compilación de Derecho Civil Balear como Derecho común mercantil en Baleares.

La Comunidad Autónoma de las Illes Balears asumió las competencias en materia de Derecho civil descritas en el art. 149.1.8 ° CE a través del art. 10.22 Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de las Illes Balears, reformado en el actual 30.27 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears.

Esta competencia normativa fue ejercida en reiteradas ocasiones desde el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la CDCB.

Concretamente, la última modificación de la CDCB operada por Ley 7/2017, de 3 de agosto, el art. 1 CDCB, confirma que la CDCB es el Derecho común de las Illes Balears (art. 1.3.2^a), que se aplicará supletoriamente a las demás leyes (art. 1.3.3^a), estableciendo una jerarquía normativa presidida por la Compilación, seguida por la costumbre y cerrada por los principios generales del Derecho civil propio (art. 1.2 y 1.3.3^a).

En consecuencia, las normas de la CDCB son supletorias de primer grado del CCo, lo que supone que, por ejemplo, dado que el concepto de bien privativo del art. 9 CCo no tiene regulación mercantil, deba interpretarse en el sentido de la CDCB, en el que prepondera el principio de titularidad formal.

Por otra parte, la existencia de una laguna en la CDCB no implicará necesariamente acudir al CC como Derecho supletorio, siempre que del Derecho civil balear pueda obtenerse un principio general que colme la laguna. Así, la jurisprudencia balear ha entendido que, las normas de la CDCB sobre régimen económico matrimonial son aplicables por analogía al régimen económico de las parejas estables, reguladas por la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Islas Baleares (en adelante, LPE).

²⁹. ATS (Sala de lo Civil, Sección 1a), 19 julio 2017, contradictorio con la doctrina sentada previamente por la STJ Navarra, (Sala de lo Civil y Penal) 3/1999, 2 marzo.

En este sentido, la jurisprudencia del TSJ descarta la aplicación del CC como supletorio del régimen de separación de bienes balear. Como señala la STJ Baleares, 3 septiembre 1998, *“el estudio del Título I del Libro I de la Compilación de Derecho Civil de Baleares (en la redacción dada al mismo por la Ley del Parlamento Balear 8/1990, 28 Junio) permite concluir que dicho Título contiene una regulación completa, coherente y armónica de los efectos patrimoniales de los matrimonios sujetos al Derecho Civil de Mallorca: Una regulación que, dejando a salvo el derecho y la libertad de los cónyuges para pactar, antes o después de la celebración del matrimonio, el régimen económico que más les conviene, se asienta y fundamenta, para los demás, en el sistema de absoluta separación de bienes, con las concretas consecuencias que del mismo se derivan, que están debidamente reguladas y matizadas en el texto de la Compilación”*. Como consecuencia, no es aplicable el art. 1437 CC, sobre separación de bienes, a pesar de que su contenido sea idéntico, ni la doctrina y jurisprudencia que lo interpreta, salvo para consideraciones de derecho comparado.

Principios generales que pueden deducirse también de los diferentes libros de la CDCB, puesto que son todos ellos los que, según el art. 1.3. 2^a CDCB, *“constituyen el derecho común de las Illes Balears y se aplicarán, supletoriamente, a las demás leyes”*. Es por ello que consideramos que, en caso de lagunas en el Derecho de Mallorca o Menorca, podemos aplicar supletoriamente las normas de Derecho de Ibiza que no contradigan los principios específicos del Derecho de Mallorca o de Menorca, y viceversa.

3.3. La aplicación del CC como supletorio de segundo grado en Baleares, la directa por remisión y la directa por ser competencia estatal.

El CC tiene una aplicación supletoria residual, para integrar las lagunas del Derecho civil Balear,³⁰ y siempre que no contradiga sus principios (art. 1.3.5^a CDCB). Esta supletoriedad de segundo grado del CC, viene garantizada por el art. 149.3 CE, y también la recoge el art. 13 CC. Un ejemplo de ello es la regulación en Mallorca de las capitulaciones matrimoniales, que es prácticamente inexistente. En este caso, sin perjuicio de la aplicación directa de normas sobre capitulaciones referentes a los instrumentos y registros públicos, también resultan aplicables supletoriamente las normas del CC sobre capitulaciones matrimoniales.

30. *“El ordenamiento civil territorial se contempla como un derecho temporalmente no completo, sino con lagunas, que se cubren con el derecho estatal, una vez se han agotado los mecanismos que nos proporciona la Compilación para la autointegración.”* FERRER VANRELL, Pilar. *“Lección 6: La aplicación del Derecho civil de Baleares. El sistema de integración de las normas”*, en FERRER VANRELL, Pilar (Coord.). *Lecciones de Derecho civil Balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. 3^a Ed. Palma de Mallorca. 2004, p. 78.

Distinta a la aplicación supletoria del CC es su aplicación por remisión expresa de la CDCB. La aplicación por remisión significa la declaración expresa de aplicabilidad de una o más normas estatales, que no requiere pasar por el filtro de los principios generales de derecho civil propio. El legislador, al llamar expresamente a una o varias normas estatales para que se apliquen, está utilizando una técnica legislativa, una forma de ejercicio de la potestad de legislar y la Compilación hace estos llamamientos de manera estática, es decir, al contenido normativo vigente al tiempo de la promulgación de la CDCB.³¹

Por el mecanismo de la remisión, una norma balear, es decir, una norma “propia” y “principal”, declara que una norma estatal es aplicable en Baleares, pero no la convierte en “derecho propio”, sino que continúa siendo una norma estatal, por lo que es indispensable la aplicación de la Disposición Final Segunda de la Compilación,³² a fin de impedir que los cambios en la norma estatal repercutan en el Derecho balear, por vía de la remisión”.³³

Esta remisión estática puede generar dudas sobre cuál es la versión de la norma a la que se remite, por lo que sería conveniente que el legislador la evitara. Un ejemplo de esta remisión lo encontramos en el art. 3.5 CDCB, al tratar la revocación de las donaciones entre cónyuges.

Cuando la remisión se produce de un libro a otro de la CDCB, la remisión es también aplicable en los términos de la Disposición Adicional Segunda, “puesto que cada Libro constituye “Derecho especial” de cada isla, por lo que el cambio o modificación en el derecho remitido, podría afectar al derecho remitente”.³⁴

Finalmente, el CC es directamente aplicable en los ámbitos en los que no existe un Derecho civil Balear que conservar, modificar o desarrollar, y a las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales,

31. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 6: La aplicación del Derecho civil de Baleares. El sistema de integración de las normas”, *Op. Cit.* 4, p. 81.

32. DF Segunda CDCB. “*Las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del CC se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de esta Ley*”.

33. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 6: La aplicación del Derecho civil de Baleares. El sistema de integración de las normas”, *Op. Cit.*, p. 81.

34. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 6: La aplicación del Derecho civil de Baleares. El sistema de integración de las normas”, *Op. Cit.*, p. 82.

normas para resolver los conflictos de leyes (art. 149.1.8.^a CE), tal y como ocurre con algunas normas sobre capitulaciones matrimoniales.

3.4. Conclusión

De acuerdo con todo ello, el régimen económico matrimonial del empresario casado se regula por las normas mercantiles, en especial, los arts. 6 a 12 CCo, teniendo en cuenta que, ante las abundantes lagunas de dicho régimen, se aplicarán como supletorias de primer grado las normas sobre régimen económico matrimonial del Derecho Civil Balear (arts. 3 a 5 CDCB referidos a Mallorca y Menorca y 66 a 68 CDCB referidos a Ibiza y Formentera), cuando el Derecho civil balear sea aplicable de acuerdo con las normas de Derecho interregional, siendo el CC supletorio solo en defecto de posible integración del Derecho civil Balear, siempre que su aplicación no contradiga los principios del mismo (salvo en los casos de aplicación por remisión de la CDCB y en aquellos de materias no reguladas por la CDCB).

4. LAS NORMAS MERCANTILES SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y EL RÉGIMEN SUPLETORIO EN BALEARES.

Pasamos seguidamente a analizar los artículos de la Compilación Balear que tratan los efectos patrimoniales del matrimonio y los regímenes económico matrimoniales, pero desde un punto de vista mercantil.

Sobre las normas aplicables a Mallorca y Menorca, contenidas en los arts. 3 a 5 CDCB, podemos señalar que el artículo 3 recoge los contenidos fundamentales del régimen económico matrimonial de separación de bienes propio de Mallorca y Menorca, que es el aplicable en defecto de capitulaciones matrimoniales, mientras que el art. 4 regula los efectos patrimoniales del matrimonio, es decir, “los temas de contenido económico *ex lege* (es decir, imperativo) del matrimonio (por tanto, los efectos económicos del matrimonio), que son contenido previo, esencial, a cualquier régimen”,³⁵ que deben darse independientemente del régimen económico matrimonial que rijan las relaciones entre los cónyuges, sea el de separación de bienes, o cualquiera que haya sido adoptado en capitulaciones matrimoniales. Interpretaremos estos artículos a la luz de los artículos 6 a 12 CCo, lo que, como veremos, nos planteará ciertas dudas interpretativas, a las que propondremos soluciones.

35. Punto II de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2017.

Estos arts. 3 y 4 CDCB han sido reformados por Ley 7/2017, de 3 agosto, por lo que, en su análisis, incidiremos en las reformas realizadas por esta Ley.

El art. 67 CDCB contiene las reglas sobre efectos patrimoniales del matrimonio y régimen legal supletorio de separación de bienes para Ibiza y Formentera, prácticamente coincidente con el de los arts. 3 y 4 CDCB, que, por otra parte, actúan como normas supletorias del art. 67 CDCB.

4.1. El régimen económico matrimonial legal supletorio: separación de bienes.

De acuerdo con el art. 3.1 CDCB, el régimen aplicable en defecto de capítulos o capitulaciones matrimoniales es, en Mallorca y Menorca, el régimen de separación de bienes: *“El régimen económico conyugal será el convenido en capítulos, formalizados en escritura pública, antes o durante el matrimonio y, en defecto de estos, el de separación de bienes”*. Para Ibiza y Formentera, el art. 67. 1. Párrafo primero, *in limine* señala que: *“En defecto de “espòlits”, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes (...)”*.³⁶

4.1.1. Facultad del empresario casado para disponer de sus bienes propios.

Para Mallorca y Menorca, el punto 2 del art. 3 CDCB señala que: *“En el régimen de separación de bienes cada cónyuge estará facultado para realizar cualesquiera actos o negocios de dominio, administración, disfrute y disposición de sus bienes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente”*, referido a los efectos patrimoniales del matrimonio, y que comentaremos más adelante. Para Ibiza y Formentera, el artículo 67.1 CDCB establece que: *“En defecto de “espòlits”, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes, que reconoce a cada cónyuge el dominio, el disfrute, la administración y la disposición de los bienes propios”*.

Cuando uno de los cónyuges es empresario, ambos artículos deben interpretarse a la luz del art. 6 CCo, *in limine*, con el que son plenamente compatibles. Según este: *“En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e*

³⁶. Se trata de una regla tradicional en el Derecho civil Balear y que ya se reconoció en el art. 3.1. de la Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares, donde habla de régimen de *“absoluta separación”* de bienes.

hipotecar los unos y los otros”,³⁷ En realidad, no es más que una manifestación del art. 1911 CC, y tienen el límite de los bienes inembargables, sobre los cuales, cualquier embargo trabado será nulo de pleno derecho (art. 609 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

4.1.1.1. Sobre el concepto de bienes propios.

En cuanto a los bienes propios, el art. 6 CCo establece el principio general del sistema legal de responsabilidad patrimonial por deudas del cónyuge empresario, señalando que el cónyuge comerciante tiene plena capacidad para enajenar o gravar (si bien dice solo “hipotecar”, debemos entender que permite también actos de menor relevancia)³⁸ sus bienes propios.

Según la doctrina mercantil, el término “bien” incluye todo lo que pueda servir a la satisfacción de los acreedores, por lo que incluye bienes y derechos.³⁹

La doctrina también ha defendido que se trata de un artículo pensado para el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales de los arts. 1344 y siguientes del CC,⁴⁰ y supletorio en la mayor parte de España.⁴¹ En el régimen de gananciales, “bienes propios” son los llamados por el CC “bienes privativos”, como contrapuesto a “bienes gananciales”.⁴² Según esta doctrina, mayoritaria entre los mercantilistas, bienes propios son los privativos que lo fueran en el momento de celebración del matrimonio,

37. Se trata de una responsabilidad solo respecto de los acreedores empresariales del cónyuge empresario. Así lo establece al decir “quedarán obligados a las resultas”. Por ello, entendemos que es una norma claramente mercantil, preferente a las normas civiles en tanto reguladora de relaciones de los cónyuges (uno de ellos empresario) con terceros acreedores.

38. Según ILLESCAS, las facultades de enajenar e hipotecar comprenden también las de dar en préstamo, depositar y todas aquellas que suponen actos de menor relevancia que la enajenación, en virtud del principio general tradicional del derecho según el cual “quien puede lo más, puede lo menos”. ILLESCAS ORTIZ, Rafael. “El ejercicio del comercio por persona casada tras la Ley de 2 de mayo de 1975”, en AA.VV. *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Ed. Civitas. Madrid. 1978. P. 308.

39. GARCIA VILLAVARDE, Rafael. “El ejercicio del comercio por persona casada”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 165-166. Julio – Diciembre, 1982, p. 504.

40. GARCIA VILLAVARDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 504. Nota 26.

41. BROSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Op. Cit.* p. 102. ROJO, Ángel. “Ejercicio de la actividad mercantil por persona casada”, en URÍA, R./ MENENDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Civitas. 1999. p. 88. Supletorio en todos aquellos territorios sometidos en materia económico matrimonial al CC (arts. 13.1 y 1316 CC) y también en Galicia (art. 171 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia).

42. El término “propio”, en el sentido de privativo, se emplea por los arts. 1349, 1358 y 1373 CC. GARCIA VILLAVARDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 504.

los que haya adquirido a título gratuito, y los adquiridos a costa o en sustitución de los bienes privativos mencionados (art. 1346 CC).⁴³ Si ello fuera así, el concepto de bienes propios del Código de Comercio seguiría el régimen de atribución de subrogación real, que resulta determinante de la titularidad de los bienes en el régimen de la sociedad de gananciales.⁴⁴

No obstante, esta doctrina no ha tenido en cuenta la aplicabilidad de los arts. 6 a 12 CCo a regímenes económico matrimoniales distintos al de gananciales. En efecto, la referencia a los bienes propios es también predicable a otros regímenes económico matrimoniales, diferentes a los gananciales, bien sean de comunidad, como el navarro de conquistas, bien sean los regímenes de separación de bienes, como el del CC, el catalán, el aragonés, o el balear.

Esta aplicabilidad a otros regímenes es relevante, pues el Código de Comercio no define en momento alguno el concepto de “bienes propios”, por lo que deberemos acudir al Derecho común para integrar dicha laguna, es decir, a los Derechos civiles propios allí donde existan. Y dichos Derechos civiles propios tienen sus propias normas reguladoras del régimen económico matrimonial, y su propia definición de “bienes propios”.

Concretamente, en Baleares, bienes propios son “*aquellos que le pertenezcan al establecer el régimen de separación y aquellos que adquiera por cualquier título mientras este esté vigente*” (art. 3.3 CDCB). Definición que es aplicable tanto en Mallorca y Menorca, como en Ibiza y Formentera, pues el artículo 67 CDCB no define el concepto de bienes propios, por lo que cabe la aplicación supletoria del punto 3 del Art. 3 CDCB, para el régimen de separación de bienes de las Pitiusas.

En cuanto a los bienes adquiridos con las resultas del comercio, en los regímenes de separación de bienes no son comunes, sino propios del empresario, por lo que siguen el régimen propio de estos, y solo requieren del consentimiento del empresario para su vinculación a las deudas empresariales, y serán solo susceptibles de enajenación o gravamen por el cónyuge empresario que sea titular de la empresa como bien privativo, de la misma manera que los demás bienes propios del empresario.

43. ROJO, Ángel. *Op. Cit.* p. 89.

44. Sobre que el régimen de subrogación real es el determinante de la titularidad de los bienes en la sociedad de gananciales, entre otros muchos: RAMS ALBESA, J./ MORENO MARTÍNEZ, J. A. *El régimen económico del matrimonio. (Comentarios al Código Civil: Especial consideración a la doctrina jurisprudencial)*. Ed. Dykinson. Madrid, 2005, p. 840.

4.1.1.2. Relevancia de la titularidad formal.

Los arts. 6 a 12 CCo tampoco definen el criterio de titularidad que tienen en cuenta. Estos pueden ser el de subrogación real, propio del régimen de gananciales del Código Civil,⁴⁵ el de la realización del hecho adquisitivo, o titularidad material, propio del régimen de separación del Código Civil (art. 1437 CC), donde no tiene relevancia jurídica la titularidad de la contraprestación,⁴⁶ o el de titularidad formal, propio del régimen de separación del art. 232-3.1 del Código Civil Catalán (en adelante CCCat),⁴⁷ en el que, una vez acreditada esta, es irrelevante indagar el origen de los fondos con los que se adquirió el bien para calificar dicho bien como privativo del titular formal.

Ante el silencio del Código de Comercio, nuevamente tendremos que acudir al Derecho común, es decir, el civil propio, lo que implica aplicar supletoriamente la Compilación de Derecho civil balear.

La CDCB no establece expresamente el criterio de atribución, simplemente señala que bienes propios son “*aquellos que le pertenezcan al establecer el régimen de separación y aquellos que adquiriera por cualquier título (...)*” (art. 3.3 CDCB). Por ello, resulta adecuado analizar la opinión de la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia.

Según ambas, en el régimen de separación de bienes, para determinar la titularidad del bien adquirido constante matrimonio se tiene en cuenta su titularidad formal, fundamentada en el título adquisitivo material. Una vez el cónyuge adquirente pruebe el título adquisitivo no tiene que demostrar la titularidad de la contraprestación, porque en el régimen de separación de bienes no juega la subrogación real, ya que se pretende evitar las normas de carácter comunitario.⁴⁸ La SAP Baleares, 11 diciembre 1997 (FJ 3), establece que una vez demostrado el título de adquisición por un cónyuge, “consta ya acreditado

45. ALVAREZ OLALLA, Pilar. *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*. Ed. Thomson Reuters- Aranzadi. Pamplona, 1996, p. 270.

46. ALVAREZ OLALLA, Pilar. *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*. Ed. Thomson Reuters- Aranzadi. Pamplona, 1996, p. 269.

47. Entendemos que esta afirmación es matizable. El art. 232-3.1 CCCat señala que “los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen al cónyuge que conste como titular. Si se prueba que la contraprestación se pagó con bienes o dinero del otro cónyuge, se presume la donación”. Por ello, debería estimarse suficiente la “mera prueba de la titularidad formal” (art. 232-3.2 *in fine* CCCat *a contrario*). Si bien, ello no prejuzga la posibilidad de acreditar que quien consta como titular realmente no lo es conforme al sistema general de adquisición de titularidades reales; aunque sí permite descartar que, a fin de declarar la pertenencia del bien al titular formal, se precise acreditar el carácter autofinanciado de la adquisición. ARNAU RAVENTOS, Lúdia. “Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación. Los artículos 232-3 y 4 del Código civil de Cataluña”. *Indret* 4/2011. Barcelona, octubre 2011, p. 4

48. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 21... *Op. Cit.* p. 229.

que el bien es de su propiedad, aunque el dinero con que se pagó no fuera solo de él, puesto que no parece regir el régimen de subrogación real”.

4.1.1.3. Prueba de la titularidad privativa.

En principio, la prueba de la titularidad de los bienes inmuebles, será de fácil acreditación, puesto que, normalmente, la titularidad formal constará en la escritura pública de adquisición, o en el Registro de la Propiedad.

Más complicada puede resultar la titularidad formal de los bienes muebles. En este sentido, un ordenado empresario dispondrá de los documentos contables, e incluso de inscripciones en el Registro de Bienes Muebles, que permitan acreditar la titularidad de los bienes de su empresa.

En cuanto a la titularidad de derechos, como las participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada, no ofrece dudas, al ser nominativas. Así, la SAP Baleares (Sección 5a), 272/2015, 4 diciembre, entendió que no cabe copropiedad, sino que se mantiene la titularidad de las participaciones de una sociedad limitada, única fuente de ingresos de la familia, a nombre de uno solo de los cónyuges, que además era el administrador, a pesar de que el objeto social fuera una actividad profesional, desarrollada solo por el otro cónyuge, que estaba contratado por la sociedad.

Cuando no consta la titularidad formal del bien, deberemos determinar a cuál de los cónyuges corresponde. Para ello, pueden ser relevantes criterios de atribución tales como la posesión a título de dueño, del art. 448 CC (especialmente útil para los bienes muebles, y muy relevante en el ámbito de la empresa); o la demostración de la procedencia de la contraprestación que se ha entregado para su adquisición (cuestión que en ningún caso alteraría la titularidad formal, en caso de que esta existiera, aunque sí podría ser determinante como demostrativa de una deuda del titular formal para con el cónyuge cuyos fondos fueron utilizados para realizar tal adquisición); o la confesión en juicio,⁴⁹ o la doctrina de los actos propios.⁵⁰

⁴⁹ Así, a falta de acreditación de la titularidad formal, la declaración en juicio de que el bien se adquirió por voluntad de ambos cónyuges en sustitución de otro que era titular de uno solo de los cónyuges, se entiende privativo y no común, pues el otro cónyuge no puede ir contra sus propios actos (SAP Baleares (Sección 4a) 657/2000, 13 octubre).

⁵⁰ La STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal) 2/1997, 28 octubre, consideró irrelevante la prueba de los datos y argumentos tendentes a demostrar la participación activa de un cónyuge en los negocios de su cónyuge empresario y por ende la existencia de una comunidad de bienes o sociedad irregular civil que, por aplicación de la presunción contenida en el art. 3.3 de la Compilación supusiera una efectiva y real titularidad «pro indiviso» de los bienes objeto de controversia, porque el cónyuge que la alegaba había aceptado con actos propios la titularidad de dichos bienes del cónyuge premuerto, por haber realizado el pago por la totalidad y no solo por el 50%, cuando los heredó de su cónyuge premuerto.

4.1.2. Delegación de la administración de los bienes propios del otro cónyuge.

Conforme al art. 3.4 CDCB:⁵¹ *“Cada cónyuge podrá conferir al otro, expresa o tácitamente, la administración de sus bienes, así como revocarla, condicionarla o restringirla.*

El cónyuge administrador tendrá las obligaciones propias del mandatario y deberá devolver, a la finalización del mandato, tan solo los frutos existentes y aquellos con los que se hubiera enriquecido”.

El título que legitima que el otro cónyuge se inmiscuya en la administración de los bienes del otro es el mandato: expreso o tácito, general o especial (art. 1710 CC), que no viene regulado por la Compilación, por lo que deberemos remitirnos a lo dispuesto en los arts. 1709 y siguientes CC, con carácter general.

El carácter de comerciante de uno de los cónyuges puede alterar las reglas propias del mandato, convirtiéndolo en mandato mercantil, es decir, contrato de comisión, cuando tenga por objeto la actividad empresarial (“un acto u operación de comercio”) y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista (art. 244 CCo), lo que implicará la aplicación de las reglas mercantiles, prioritarias sobre las de la Compilación, al menos en cuanto a las relaciones externas del matrimonio, es decir, en tanto que sus actos puedan afectar a terceros.

La delegación del cónyuge no empresario al cónyuge empresario no es mercantil, salvo que el cónyuge empresario sea comerciante dedicado a los contratos de comisión,⁵² pues el acto no será de comercio. Por el contrario, cuando la delegación es del cónyuge empresario al cónyuge no empresario, nos encontraremos ante un contrato de comisión (arts. 244 y ss. CCo), o mandato mercantil, en tanto sirva para administrar los bienes de la empresa (o los adquiridos con bienes de la empresa), pero no será comisión, sino mandato, en tanto administre bienes no empresariales.

Si el mandato de delegación del comerciante a su cónyuge es permanente, como suele ocurrir, hablaremos de que el no comerciante es gerente o factor del comerciante (arts. 281 y ss. CCo).

51. Numeración dada por la Ley 7/2017, anterior art. 4.2 del Decreto Legislativo 79/1990).

52. BROSSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil*. Volumen II. Tecnos. Madrid, 2015. p. 114.

La delegación de la administración de los bienes puede darse por capitulaciones matrimoniales (en cuyo caso sería permanente) o por otro medio, como un poder expreso, o bien tácitamente (más frecuente en los casos de delegación puntual), conforme al art. 1710 CC. Aún más, la delegación puede incluso no existir, cuando el cónyuge administrador actúe como factor notorio del cónyuge empresario, en el giro o tráfico del establecimiento mercantil, generando la confianza en terceros de que goza de dicho poder, con base en una apariencia del mismo que sea notoria para los terceros. En estos casos, el cónyuge empresario quedará vinculado por los actos que el cónyuge administrador haya realizado (artículo 286 CCo)

El carácter de mercantil, cuando el mandato lo otorga el cónyuge comerciante al no comerciante para actos propios de su empresa, pero no existe notoriedad de que lo hace, es relevante, sobre todo, cuando la comisión es indirecta, es decir, cuando el cónyuge comisionista contrate en nombre propio, no declarando quién sea el comitente. Y ello, porque quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, el cónyuge empresario, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí (art. 246 CCo), aunque, si el cónyuge administrador actúa como factor en el seno de la empresa, la responsabilidad pasará a ser solidaria de ambos cónyuges (art. 287 CCo). En estos casos, el principio de titularidad formal propio del régimen blear de separación de bienes se quiebra, puesto que la titularidad formal será del cónyuge no comerciante, pero este habrá actuado por cuenta del comerciante, debiendo atribuirse los bienes a este último.

A diferencia de lo dispuesto en el art. 1721 CC, que permite que el mandatario nombre sustituto si el mandante no se lo ha prohibido, cuando el mandato opere en el seno de la empresa, el cónyuge comisionista solo podrá delegar previo consentimiento del comitente, “a no estar de antemano autorizado para hacer la delegación” (arts. 261 y 296 CCo).

Cuando el cónyuge no empresario administra en el ámbito de la empresa de su consorte, debería cobrar por su gestión, (en realidad, eso también se dará si el que delega es el cónyuge no empresario al cónyuge empresario, y más si al cónyuge se le compensa por el trabajo en el hogar). El art. 277 CCo afirma que tiene derecho a cobrar, como comisionista, una comisión, y establece como referencia, a falta de pacto, el uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliere la comisión.

La duración será la que libremente determine el cónyuge mandante, sin que quepa pacto de irrevocabilidad (arts. 1732.1 y 1733 CC). En caso de fallecimiento del cónyuge no empresario, el mandato se entiende extinguido (art. 1732 CC y 280 CCo), pero en caso de fallecimiento del cónyuge empresario, el cónyuge administrador permanecerá encargado (arts. 280 y 290 CCo), hasta que sea revocado por los herederos del empresario fallecido, puesto que la empresa seguirá en funcionamiento y la función del mandatario o factor es el desarrollo de su actividad.

Una particularidad de la delegación de un cónyuge en otro es que, de acuerdo con la aplicación por analogía del art. 8.3 *Ley 18/2001*, de 19 de diciembre, de *Parejas Estables de las Illes Balears*, “*La extinción de la pareja estable implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros hubiere hecho a favor del otro*”.

Ahora bien, cuando dicha delegación se da en el seno de la actividad empresarial, es preferente la normativa mercantil, por lo que no se extinguirá hasta que se proceda a la revocación por parte del cónyuge empresario, que puede realizar en cualquier momento, aunque “poniéndolo en su noticia, pero quedando siempre obligado a las resultas de las gestiones practicadas antes de haberle hecho saber la revocación” (art. 279 CCo). En el caso de que el cónyuge administrador lo fuera en concepto de factor de la empresa, la venta de la misma también será causa de extinción de su poder (art. 291 CCo).

Si dicha delegación se hubiera hecho constar en el Registro Mercantil, solo podrá entenderse finalizada respecto a terceros de buena fe una vez la revocación del mandato o poder se hubiera hecho constar en el mismo (art. 291 CCo).

Finalizada la administración, el cónyuge deberá rendir cuentas (art. 1720 CC) salvo que se le dispense. El art. 3.4 CDCB establece una norma especial en la rendición de cuentas, puesto que “*el cónyuge administrador (...) deberá devolver, a la finalización del mandato, tan solo los frutos existentes y aquellos con los que se hubiera enriquecido*”. Se rompe así la regla general, que establece que todo lo que los bienes hayan producido son del cónyuge titular. El motivo de este alejamiento de las normas del mandato es que los bienes de los cónyuges están afectos al levantamiento de las cargas de la familia, por lo que: 1) los frutos que se han invertido en las necesidades comunes de la familia no requieren restitución, 2) los invertidos en interés del propietario, tampoco requieren restitución, 3) los que se han invertido en otros menesteres que no tienen el fundamento en las cargas familiares o en interés del propietario, tales frutos pertenecen al cónyuge propietario de la cosa madre (art. 353 CC). Los frutos que se restituyen son los existentes al tiempo de la restitución, es decir,

el sobrante.⁵³ Pero el cónyuge administrador también deberá restituir aquello que se gastó en otras atenciones que no fueran las comunes de la familia o en el interés del propietario (como en el caso que las dedicara a su empresa privada), siempre que el cónyuge administrador se hubiera enriquecido con ello (no, por tanto, en el caso de que no se haya enriquecido).

En realidad, la norma supone una inversión de la carga de la prueba del hipotético enriquecimiento sin causa, que pesa sobre el cónyuge mandante y no sobre el cónyuge administrador, que tiene a su favor la presunción de que lo gastado lo ha sido en atención a la familia, y que todos los frutos han sido consumidos en el levantamiento de las cargas del matrimonio, de tal manera que todos aquellos que no aparezcan en el momento de la rendición de cuentas han de presumirse consumidos en esas cargas, salvo prueba en contrario, por lo que será el cónyuge propietario de los bienes quien tendrá que demostrar, no sólo que los frutos han sido consumidos en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio, sino también que no han sido consumidos y que se encuentran existentes (STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1a) 2/2015, 23 noviembre).⁵⁴

Ahora bien, esta inversión de la carga de la prueba no se dará cuando el cónyuge administrador haya actuado como comisionista o como factor del cónyuge empresario. En este ámbito sí es necesaria la rendición de cuentas de lo que percibió para la comisión, de manera especificada y justificada, “reintegrando al comitente, en el plazo y forma que éste le prescriba, del sobrante que resulte a su favor” con el interés legal (art. 263 CCo). Y ello, no tanto para proteger los intereses del cónyuge empresario, como para la protección de sus acreedores empresariales, cuestión que entra de lleno en la competencia estatal de Derecho mercantil.

El que un cónyuge no empresario sea administrador de la empresa del otro, es habitual en el tráfico jurídico. Y puede tener trascendencia, por ejemplo, porque ello puede impedir que un contrato de arrendamiento sea resuelto por haberse cedido, sin permiso del arrendador, la posición de arrendatario al cónyuge no empresario, que en realidad era administrador de la empresa del cónyuge empresario (SAP Baleares 386/2001, 27 julio).⁵⁵

53. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 21... *Op. Cit.* p. 234.

54. En el mismo sentido, FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 21... *Op. Cit.* p. 234.

55. SAP Baleares 386/2001, 27 julio. Afirma el Tribunal que la introducción en el local arrendado de una persona extraña al arrendatario, sin la debida justificación que la legitime, determina la resolución del contrato; regla general que quiebra cuando la presencia en el local se debe a una relación de parentesco, cuando no se ha acreditado que la introducción haya estado acompañada de la transferencia del goce o disfrute del local, o cuando la persona

4.1.3. Facultad del empresario casado para disponer de los bienes propios de su cónyuge.

Cuando la delegación incluye facultades de disposición, y, en consecuencia, los bienes privativos del cónyuge del empresario puedan ser vinculados a las deudas de la empresa, se requiere el consentimiento expreso del cónyuge no empresario, conforme a lo dispuesto en el art. 9 CCo: “*El consentimiento para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante habrá de ser expreso en cada caso*”.

Por su propia naturaleza, este artículo es aplicable a todos los regímenes económico matrimoniales donde existan bienes privativos o propios, lo que incluye a los regímenes de separación de bienes.

El consentimiento expreso puede realizarse mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales o en documento público para que pueda tener acceso al Registro Mercantil, de cara a manifestar frente a terceros la mayor solvencia del empresario. Pero si los terceros logran acreditar la existencia del consentimiento expreso, aun cuando no se hubiere producido la elevación de dicho consentimiento a escritura pública o su posterior inscripción en el RM, verán ampliarse el marco patrimonial afecto.⁵⁶

Se trata de un consentimiento prestado *a priori*, antes de la realización de la operación vinculada a los bienes. No puede interpretarse, como hace GIRÓN TENA, en el sentido de que el consentimiento deba exigirse en cada ocasión que los terceros quieran satisfacer sus créditos con esos bienes, pues no casa con la técnica registral que implica el conocimiento de los terceros por anticipado de qué bienes quedan afectados al cumplimiento de las obligaciones.⁵⁷ El consentimiento *a posteriori*, es decir, que el cónyuge

introducida no ejerza en el local su propio negocio (...); agregándose también, que el simple cambio en la titularidad fiscal, o incluso en la denominación comercial, sin ir acompañada de otros factores, no es suficiente para justificar el traspaso, ya que la verdad fiscal puede no coincidir con la arrendaticia, y los aspectos fiscales y tributarios no pueden afectar a los derechos civiles o mercantiles adquiridos por las personas a las que se refiere. Mientras la esposa, supuesta tercera persona extraña introducida en el local, no se halle legalmente separada de su cónyuge, participa en el disfrute arrendaticio, y está asistida de cuantos derechos le concede la Ley especial, llegándose incluso a reconocerse este disfrute aun cuando su matrimonio esté sujeto patrimonialmente al régimen de separación de bienes, o a lo dispuesto en el art. 11 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, no estando tampoco privada de ejercer el comercio con independencia absoluta del marido.

56. Esta interpretación concuerda con el aspecto negativo del principio de publicidad material del RM consagrado en el art. 4 RRM. BROSSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Op. Cit.* p. 104. Citando a ILLESCAS ORTIZ, Rafael. “*Op. Cit.* p. 283-312.

57. GARCIA VILLAVARDE, Rafael. “*Op. Cit.* p. 514.

permita que los acreedores satisfagan sus créditos con bienes de ese carácter, no requiere pronunciamiento expreso de la norma.⁵⁸

El consentimiento debe ser expreso “en cada caso”, por lo que no basta solo con consentir el ejercicio del comercio por parte de su consorte, sino también expresamente la extensión a sus bienes propios de la responsabilidad derivada de tal ejercicio.⁵⁹ Este consentimiento del cónyuge del comerciante puede prestarse, por una o unas operaciones determinadas, o bien por todas las del negocio;⁶⁰ y debe expresar si se refiere a todos sus bienes privativos o solo a algunos de ellos, indicando cuáles.⁶¹

En este sentido, no hay ningún inconveniente en que por vía registral se establezca una afectación parcial, de solo determinados bienes, al igual que no la hay en que se afecten parcialmente gananciales que no procedan de las resultas del comercio y que la oposición se refiera al resto.⁶²

Con todo, también puede admitirse que el consentimiento se preste en documento privado, u otras formas que evidencien expresamente, aunque no formalmente, el consentimiento prestado. Y ello porque, si bien sin documento público no podrá inscribirse dicho consentimiento en el Registro Mercantil, la falta de publicidad no puede perjudicar a los acreedores que pretendan cobrar sobre los bienes del esposo no comerciante, siempre que logren acreditar la existencia de la aquiescencia.⁶³ Lo contrario supondría atentar contra el art. 4.2 RRM, que establece que “*La falta de inscripción no podrá ser invocada por quien esté obligado a procurarla*”.

4.1.4. La revocación de los consentimientos expresos (art. 10 CCo) y su oponibilidad (art. 11 CCo).

El art. 10 CCo establece: “*El cónyuge del comerciante podrá revocar libremente el consentimiento expreso o presunto a que se refieren los artículos anteriores*”.

58. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. “*Op. Cit.* p. 514-515.

59. ILLESCAS ORTIZ, Rafael. “*E Op. Cit.* p. 311.

60. LACRUZ BERDEJO, José Luis. “*Op. Cit.* p. 549.

61. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. “*Op. Cit.* p. 514.

62. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 514.

63. ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Op. Cit.* p. 295-296.

El consentimiento expreso prestado para vincular los bienes privativos del cónyuge del empresario también puede ser revocado por este en la misma forma y efectos establecidos en el art. 11 CCo.

La revocación del consentimiento expreso o la oposición al presunto pueden darse respecto a todos los bienes para los que se concedió, o puede realizarse en bienes individualizadamente, dejando vinculados otros.

La garantía de responsabilidad de determinados bienes por las deudas derivadas del ejercicio del comercio del empresario casado que se otorga a los terceros y acreedores por parte del régimen legal se basa en la apariencia, por lo que, para que la modificación de este régimen de responsabilidad pueda ser oponible a los mismos, es necesaria una apariencia legal que la contrarreste. Y ello se consigue con la publicidad de los actos que modifican el régimen legal de responsabilidad: actos de consentimiento no presunto, oposición, y revocación, y otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Dicha publicidad consiste en la inscripción de tales actos en el Registro Mercantil.

Así, el art. 11 CCo señala: *“Los actos de consentimiento, oposición y revocación a que se refieren los arts. 7, 9 y 10 habrán de constar, a los efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. Los de revocación no podrán, en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos con anterioridad”* (art. 11 CCo y 87.6º RRM), entendiéndose con anterioridad al momento en que sea oponible.⁶⁴

Para que estas revocaciones de consentimiento desplieguen plenos efectos frente a terceros, especialmente acreedores del comerciante, será necesario además que sean publicados los datos esenciales de dichas manifestaciones de voluntad en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (arts. 9 y 386.7º RRM). No obstante, previamente a la publicación ya habrá desplegado efectos frente a los acreedores y terceros que, de cualquier otra manera, hubieran tenido conocimiento de dicha alteración del consentimiento o del régimen económico matrimonial, pues se trata de una protección de los terceros de buena fe. Precisamente por ello, aunque, en principio, las manifestaciones de consentimiento, oposición o revocación deban ser siempre expresas y constar en documento público, pues esta se exige para su inscripción en el RM (arts. 5 y 93.2 RRM), es posible que, aunque no consten en escritura pública, puedan desplegar efectos limitados a los terceros que las hayan conocido.

64. ROJO, Ángel. *Op. Cit.* p. 90.

Para que tal publicación cumpla con el principio de tracto sucesivo (art. 11 RRM), es necesario que previamente se haya inscrito el comerciante casado en el RM.⁶⁵ Inscripción que, salvo para el caso del naviero, es potestativa (art. 19 CCo) y no requiere escritura pública, a diferencia de las manifestaciones de revocación del consentimiento expreso o presunto, que sí la requieren para su eficacia *erga omnes* (art. 93 RRM). Es por ello, que el art. 88.3 RRM permite que el cónyuge no comerciante pueda inscribir a su cónyuge como empresario individual, sin necesidad de consentimiento de este, con la finalidad de reflejar registralmente las modificaciones del consentimiento o del régimen económico matrimonial, a los efectos de que sean oponibles a terceros.

En cuanto a la imposibilidad de perjudicar a los “derechos adquiridos con anterioridad”, el art. 11 CCo se refiere a las obligaciones asumidas por el cónyuge comerciante frente a terceros, como consecuencia del ejercicio del comercio, cuya causa se remonte a momentos previos a aquél en que tuvo lugar la revocación del consentimiento, sin perjuicio de que la obligación sea reconocida jurídicamente con posterioridad a ese momento revocatorio. Esta precisión es relevante, puesto que las obligaciones pueden ser contractuales, pero también extracontractuales, en las que el reconocimiento se produce posteriormente a la fecha en que se produjo el daño que la generó.⁶⁶

4.1.5. La copropiedad de los bienes a falta de prueba de la titularidad privativa.

El criterio de atribución de titularidad formal no permite en muchas ocasiones determinar cuál de los dos cónyuges es el titular.

Para solventar esta cuestión, el párrafo tercero del artículo 3 de la Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares establecía que “Pertenece por mitad y proindiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno”.

Pero la reforma de la Compilación en 1990 no mantuvo la atribución legal en copropiedad a ambos cónyuges de los bienes de titularidad dudosa, salvo para los que forman el ajuar doméstico, que, por otra parte, es conforme con el art. 448 CC, dada la dificultad probatoria de la titularidad privativa.⁶⁷

65. De lo contrario, no sería posible inscribir las capitulaciones matrimoniales (art. 88.3 RRM). BROSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Op. Cit.* p. 102.

66. En el mismo sentido, ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Op. Cit.* p. 298.

67. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 21... *Op. Cit.* p. 231.

La derogación de la presunción de copropiedad conlleva a que toda titularidad deba ser probada, por ejemplo, mediante los títulos de adquisición, en especial si están inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 38 LH),⁶⁸ o mediante la posesión en concepto de dueño, del art. 448 CC.

Con todo, la jurisprudencia ha seguido aplicando la presunción de copropiedad de los cónyuges como criterio de cierre, a modo de presunción *iuris tantum* de carácter procesal, no sustantivo.

Así la STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal) 2/1997 de 28 octubre, interpretó la presunción de copropiedad que explicitaba la Compilación antes de la reforma, al decir *“pertenerán por mitad y proindiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno”* en el seno de la empresa de uno de los cónyuges. Señaló que la Compilación no crea una especial comunidad de bienes de los cónyuges, sino que se limita a establecer una presunción que ha de tener como normal destinatario a los Jueces y Tribunales más que a los propios esposos, y por ello ha de entenderse que se está más ante una norma procesal que ante un precepto sustantivo. *“Constituye una norma que se supedita a la decisión del juzgador, si no resulta suficientemente acreditado, en base a la probanza practicada en autos, que los bienes objeto del conflicto son propiedad privada de uno u otro cónyuge”*.

Algunas sentencias consideran como sustantiva la presunción de cotitularidad, e incluso citan la presunción del art. 3 CDCB (ahora derogada) junto con la del art. 1441 CC como justificación de la atribución de titularidad. La SAP Baleares (Sección 3a) 426/2004, 8 octubre), lo hizo respecto de la cuenta corriente bancaria indistinta de los cónyuges, de la que se predicó la presunción de cotitularidad, de acuerdo con la jurisprudencia del TS específica al respecto.

En ocasiones, dicha copropiedad no se establece por vía de presunción, sino por voluntad expresa de los cónyuges, en cuyo caso el criterio de titularidad formal prevalece sobre el de los fondos aportados por cada cónyuge. En consecuencia, si un cónyuge solicita la división de la vivienda de ambos, por ser un bien común, prevalece la proporción de cotitularidad expresada por los cónyuges en escritura pública, que decía que los esposos compraban la finca *“en proindiviso y partes iguales”* “, y que el régimen matrimonial era el de separación de bienes, frente a las alegaciones del otro cónyuge que alegaba que su parte de la propiedad es del 80%, por lo que le reclamaba dicho

68. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. “El régimen económico matrimonial (Islas Baleares)”, en BERCOVITZ, Rodrigo/ MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián. Derechos civiles de España. Volumen VIII. Ed. Aranzadi. Marzo, 2000, p. 4865.

porcentaje del precio de remate. La SAP Baleares (Sección 3a) 585/2000, 22 septiembre, consideró irrelevante la procedencia del dinero con el que se pagó el precio de la vivienda, cuando la voluntad clara de los litigantes plasmada en la escritura pública de compraventa, acreditaba suficientemente la pertenencia del inmueble a ambos cónyuges por mitades indivisas. En el mismo sentido, la SAP Baleares (Sección 4a) 657/2000, 18 octubre, afirmó que una vez acreditada la titularidad formal, no cabe alegar la copropiedad del bien basada en el origen de los fondos con la que se adquirió.

4.1.6.El régimen aplicable a los bienes comunes.

La existencia de unos bienes en condominio en nada difumina el régimen de separación de bienes, ni el bien adquirido en copropiedad forma parte de un patrimonio separado, sino que siendo, como son, bienes propios de cada cónyuge, serán titulares de su cuota y el régimen jurídico al que estarán sometidos dichos bienes no es otro que el de comunidad ordinaria (392 a 406 CC).⁶⁹

En realidad, no es una conclusión contradictoria con el art. 6 *in fine* CCo que establece que “(...) *para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges*”.

Sin embargo, no parecen aplicables las presunciones de consentimiento de los arts. 7 y 8 CCo. Art. 7. “*Se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el art. anterior cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo*”.

Art. 8. “*También se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el art. 6 cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro*”.

Es unánime la doctrina mercantilista que entiende que, en los artículos 6, 7 y 8 CCo, por “bienes comunes” solo pueden identificarse los bienes o derechos en sociedad germánica.⁷⁰ Por ello, no ha admitido la aplicación de dichos artículos a bienes de copropiedad ordinaria, romana, de los cónyuges. En consecuencia, estos artículos se refieren a todo régimen de comunidad de bienes y se excluyen los regímenes de separación de bienes y de participación. En estos regímenes de separación, no se forma propiamente una masa de bienes comunes en el sentido de gananciales o equivalentes.⁷¹ Como

69. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 21... *Op. Cit.* p. 229.

70. GARCIA VILLAYERDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 506.

71. BROSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Op. Cit.* p. 102.

seguidamente expondremos, también así lo ha entendido la jurisprudencia (sobre todo, la derivada de la aplicación de los arts. 806 y ss. LEC).

En estos casos la doctrina entiende que deben recibir el tratamiento de los bienes propios.⁷² En consecuencia, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges cotitulares para disponer de dichos bienes comunes.

Con todo, esta afirmación debemos matizarla, puesto que incluso en los regímenes de separación de bienes pueden existir comunidades germánicas sobre ciertos conjuntos de bienes. Así, se ha planteado si, en los regímenes de separación de bienes catalán y balear, existen ciertos patrimonios conjuntos, tales como el ajuar o la vivienda habitual, cuestión debatida que analizaremos más abajo.

Ello no impide que pueda admitirse un consentimiento tácito basado en la realización de hechos concluyentes por el cónyuge del comerciante.⁷³

4.1.7. Responsabilidad de los bienes comunes, cuando estos forman parte de una empresa.

Cuando el bien en copropiedad es una empresa, nos encontramos con el problema de determinar la naturaleza jurídica de dicha comunidad de bienes.

En estos casos, podríamos entender que la empresa como tal no tiene una naturaleza jurídica propia y solo existen comunidades de cada uno de los bienes que la forman. No obstante, dicha interpretación no se adapta a la realidad del tráfico, donde los negocios sobre la empresa se conciben a esta como una unidad superior a la suma de bienes que la componen.

Parte de la doctrina entiende que cuando los cónyuges constituyen una empresa común con sus propias aportaciones, constituyen una comunidad ordinaria, una comunidad *pro indiviso*, de manera que cada uno de los partícipes ostenta la titularidad dominical sobre la empresa toda, aunque pueda concretarse el alcance de esa participación según el valor de lo aportado. Se refuerza con ello la tesis de que la empresa no es una simple suma o aglomerado de bienes, sino un bien distinto de cada uno de los que la integran; no es que cada partícipe tenga el dominio sobre el bien o los bienes concretos que se hubiesen adquirido con los fondos por él aportados, sino que la empresa, ella misma, como bien en sí, le pertenece en aquella proporción. La titularidad formal de la empresa corresponderá a ambos cónyuges o al cónyuge que la gestione, aunque

72. GARCIA VILLAVARDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 504.

73. ILLESCAS ORTIZ, R. *Op. Cit.* p. 293. BROSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Op. Cit.* p. 104.

la titularidad material será de la comunidad y/o del cónyuge o cónyuges partícipes.⁷⁴ Esta calificación como comunidad de bienes, implica que los cónyuges responderán de las deudas contraídas en el ejercicio de la empresa con sus propios bienes y con los de la comunidad solidariamente.⁷⁵

No obstante, dado que la actividad empresarial implica que dicha comunidad de bienes está dotada de una *affectio societatis*, nosotros entendemos que, en realidad, dicha pretendida comunidad de bienes es una sociedad mercantil irregular. Ello implicará que realmente se habrá formado un patrimonio separado, constituido por los bienes comunes que formen parte de la “comunidad de bienes”, es decir, por las aportaciones de cada cónyuge a dicha sociedad irregular. Patrimonio que será responsable de las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial. Como sociedad mercantil irregular, se regirá por las normas previstas por el CCo para la sociedad colectiva (pues hemos su actividad es comercial, si no lo fuera, sería una sociedad civil), y no por las previstas para el régimen económico matrimonial. Así, el cónyuge que aparezca como “empresario” frente a los terceros, será el gerente de la empresa que, como tal, responderá solidariamente con sus propios bienes de las deudas de la misma junto con la empresa (art. 120 CCo). Los bienes del cónyuge que no aparezca como empresario, serán subsidiariamente responsables de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial (art. 127 CCo).⁷⁶ Para evitar la responsabilidad solidaria con la sociedad irregular, el cónyuge gestor de la empresa deberá instar el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil

74. Entre otros, LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A. “La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981”. en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1983, p. 593-594.

75. “Si los cónyuges desarrollan una empresa o negocio común, entonces habrá que entender que quedan obligados solidariamente a las results de ese comercio, respondiendo indistintamente los bienes propios de uno y otro, así como los comunes. ROJO. *Op. Cit.* p. 91.

76. En un sentido similar aplicado al régimen de gananciales, aunque llegando a conclusiones algo distintas: GARCIA VILLAVARDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 532-533. Señala este autor que: “La comunidad económica familiar, como la empresa, implica actividad continuada y, consiguientemente, requiere de un adecuado régimen de administración. Esto se ha hecho en el CC sobre la base de la distinción entre actos de ordinaria y de extraordinaria administración como regla general. Los actos de administración ordinaria, que son los que permiten la solidaridad en la actuación, resultan inaplicables a la actividad empresarial, ya que se concretan sustancialmente sobre la base del llamado “poder de llaves”. No encaja en la actividad comercial un sistema de administración que tiene su punto de referencia en sectores estrictamente familiares, ajenos al comercio. El paralelismo con que se organiza el régimen de la disposición sobre los gananciales, permite extender a este tema las observaciones hechas respecto de la administración de los mismos. Pero, además, hay que advertir sobre las consecuencias de la administración y disposición conjunta que se exigen para los actos de administración extraordinaria. Si este sistema se exigiera en la actividad empresarial del comerciante casado por entender aplicable este punto del CC, necesariamente implicaría decisiones empresariales conjuntas. Esto lleva a una caracterización de la figura como de sociedad mercantil irregular. Tendría como consecuencia que, siempre que uno de los cónyuges ejerce el comercio bajo régimen de gananciales, se produciría responsabilidad solidaria entre ambos. Ello supondría una absoluta contradicción con el párrafo final del art. 1365 CC que, en materia de afectación de bienes, mantiene el régimen, diverso del de la solidaridad, contenido en el CCo para los empresarios casados”.

de la misma, momento a partir del cual su responsabilidad por las deudas de la empresa será subsidiaria de la sociedad y solidaria con su cónyuge.

4.1.8. Liquidación del régimen por nulidad, separación o divorcio.

En primer lugar, debemos recordar que, si el bien común es una empresa, estaremos hablando de una sociedad mercantil irregular, con separación de patrimonios, que se regiría por las normas de disolución y liquidación de la sociedad colectiva, arts. 218 a 238 CCo.

En los demás casos en que existan bienes comunes, aunque sea por confusión de patrimonios, lo que es frecuente, nos planteamos si los bienes comunes del matrimonio en los regímenes de separación de bienes, como en Cataluña, Baleares o el supletorio del CC, pueden seguir las reglas de división de la cosa común establecido en el art. 806 a 811 LEC, pensado para los regímenes matrimoniales que contemplan una masa común de bienes a liquidar como consecuencia de la separación, nulidad o divorcio, tales como la comunidad de bienes del derecho catalán, la sociedad conyugal de conquistas y el régimen de comunidad universal de derechos de Navarra, la comunidad foral de bienes del País Vasco o la comunidad de la compilación de Aragón (SAP Málaga 184/2017, 4 abril).

Solo la jurisprudencia catalana así lo considera, en virtud del art. 43 de la Ley 9/1998, 15 julio, del *Código de Familia Catalán*,⁷⁷ (declarado inconstitucional y nulo por STC (Pleno) 21/2012, 16 febrero). Actualmente el art. 232-12 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del *CCat*, relativo a la persona y la *familia*, no señala que los bienes comunes lo sean en comunidad germánica, sino que, expresamente trata de los bienes en comunidad ordinaria, que optativamente, previa solicitud de uno de los cónyuges, permite al juez aplicar, en ejecución de sentencia, las reglas de división de la comunidad germánica.⁷⁸

⁷⁷ Art. 43 Código de Familia Catalán. "División de los bienes en pro indiviso.

1. En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y de ejecución en el orden civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas a que hace referencia el art. 42, de matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de cosa común con respecto a los que tengan en pro indiviso. Si los bienes afectados son más de uno y la autoridad judicial lo estima procedente, aquéllos pueden ser considerados en conjunto, a efectos de la división.

2. Si la sentencia da lugar a la acción de división de la cosa común, puede procederse a la indicada división de los bienes en el trámite de ejecución de la sentencia."

⁷⁸ Art. 232-12 CCCat. *División de los bienes en comunidad ordinaria indivisa.*

1. En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa.

2. Si existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicita, la autoridad judicial puede considerarlos en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos.

Como explica la SAP Barcelona 110/2010, 23 febrero:⁷⁹ *“En los regímenes de separación de bienes, como el legal catalán, pero también el previsto en el art. 1435 del CC estatal, etc., no se da una “masa común de bienes” sino que, si existen varios bienes comunes, se da un conjunto de bienes comunes, conceptualmente distinto (copropiedad romana de cada bien común). En tal caso, si bien la firmeza de la sentencia matrimonial conlleva la disolución del régimen, con efectos no meramente conceptuales sino reales en el régimen matrimonial primario (arts. 4 y ss. del Codi de Família), los singulares bienes comunes continúan en la misma situación jurídica de copropiedad romana. Su división, que no liquidación, debe hacerse por el declarativo que corresponda.*

Sin embargo, en derecho catalán, existe el art. 43 CF que viene a modificar la situación e introduce una opción que simplifica el procedimiento. Cabe optar por esa solución o acudir al declarativo, de manera que son los interesados los dueños de decidir a qué cauce se acogen, sin que pueda causarles indefensión el no haber escogido un cauce en lugar del otro”.

A falta de un procedimiento específico que desarrolle en fase de ejecución el art. 43 CF, la mejor doctrina se inclina por aplicar, analógicamente, el previsto en los arts. 806 y siguientes de la LEC, esencialmente la fase de liquidación del art. 810.

No obstante la excepción catalana, la jurisprudencia del resto de España ha declarado de forma unánime la improcedencia de acudir directamente al procedimiento de los arts. 806 y siguientes de la LEC en el régimen de separación de bienes, al no existir una masa común de bienes y derechos sujeta a cargas y obligaciones del matrimonio, que en el régimen de separación corresponde al patrimonio de cada uno de los cónyuges (SAP Málaga 184/2017, 4 abril; SAP Logroño (Sec. 1a), 29 junio 2009; AAP Toledo 15 marzo 2006; y SSAP Santa Cruz de Tenerife (Sec. 4^a), 2 diciembre 2002; La Rioja 14 abril 2005 y Madrid (Sec. 22^o), 27 mayo 2005). El régimen de división de la comunidad de bienes surgida entre los esposos con régimen de separación absoluta de bienes es el de cualquier conjunto de cosas en cotitularidad ordinaria (art. 400 a 406 CC) en el que cada cónyuge conserva una cuota concreta o abstracta sobre el total del haber patrimonial comunitario: la vía declarativa ordinaria, a falta de acuerdo entre los cónyuges (SSTS 28 abril 1997 y 31 mayo 2006).

Los arts. 806 a 810 LEC están pensados para la liquidación del régimen de la sociedad legal de gananciales, de igual manera que el art. 811 de dicho

79. SSAP Barcelona, 2 noviembre 2007, 29 de julio de 2009 y 27 de octubre de 2009.

texto legal está destinado a la tramitación de la liquidación del régimen de participación. Con todo, se puede encajar en los arts. 806 a 810 LEC el régimen de separación de bienes cuando en las capitulaciones se hubiese establecido, para hacer frente a las cargas, un conjunto de bienes y derechos, deslindados de los privativos que cada uno de los cónyuges, pero es inaplicable en aquellos supuestos de absoluta separación de bienes, (SAP Málaga 184/2017, 4 abril; SAP Santa Cruz de Tenerife 513/2002, 10 diciembre; SAP Madrid 11 Abril 2011; y SAP Cáceres 22/2014, 5 febrero).

Respecto al régimen de separación de bienes de Baleares, FERRER VANRELL entiende que no se puede calificar de liquidación del régimen la extinción o disolución del régimen de separación de bienes, porque le falta las características propias de la liquidación que es un patrimonio en común que liquidar y dividir. Falta la masa común de bienes y derechos que quedan sujetos a determinadas cargas, a la que se refiere el art. 806 LEC, porque, por mucho que los bienes de los cónyuges estén afectos al levantamiento de las cargas familiares y respondan subsidiariamente de tales obligaciones, sigue siendo un patrimonio exclusivo y privativo, no común. Incluso el ajuar doméstico no podemos calificarlo de masa común, ya que permite la prueba de titularidad exclusiva, y solo son comunes, en comunidad romana, aquellos bienes muebles que resulten imposible de demostrar la titularidad exclusiva. Se trata de un criterio de determinación de titularidades dudosas, no de una masa común adscrita a determinados gastos que hay que liquidar.⁸⁰

La única limitación a la acción de división será cuando ambos cónyuges sean cotitulares de la vivienda familiar (art. 96.4 CC), porque la extinción del régimen por separación, nulidad o divorcio, implica adjudicar el uso privativo de a vivienda a uno de los cónyuges, el que conviva con los hijos (art. 96 CC), de haberlos, o al cónyuge más necesitado de protección (art. 96.3 CC), aunque en este caso, temporalmente.⁸¹

La jurisprudencia balear es clara al respecto: es una comunidad romana sobre cada bien en concreto, y la liquidación se producirá sobre cada bien, a través de la acción de división de cosa común.

La SAP Baleares (Sección 4a) 43/2005, 7 febrero, fue la primera en entender que el procedimiento seguido (art. 806 y ss. LEC), no era el adecuado, dado el régimen económico de separación al que se encuentran sometidos los litigantes, para el pronunciamiento de titularidades privativas. Y ello porque

80. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 21... *Op. Cit.* p. 247.

81. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 21... *Op. Cit.* p. 248.

no existe un patrimonio común afecto a determinadas obligaciones y que resulte necesario distribuir tras la disolución del régimen matrimonial. En el régimen de separación pueden existir bienes y derechos que pertenezcan conjuntamente a ambos cónyuges (incorrectamente, se refiere al art. 1441 CC), pero no existe propiamente una masa común afecta al levantamiento de las cargas familiares. Es por ello que la división de los eventuales bienes comunes de los cónyuges en el régimen de separación de bienes, a falta de acuerdo entre ellos, debería sustanciarse en el proceso declarativo que corresponda, tal y como se reconoce para la comunidad de bienes.

Una sentencia de fuera de Baleares, que resuelve la cuestión referida al régimen económico balear de separación de bienes, la SAP Cádiz (Sección 5a) 111/2010, 16 marzo, entiende que no cabe la aplicación de los arts. 806 y ss. LEC, por no reconocerlo la CDCB, ni resultar adecuado al caso, dado que existía solo un bien común, que es la vivienda familiar. Afirma la sentencia que es cierto que existen sentencias de la Comunidad Catalana que lo aplican, pues así lo habilita el art. 43 del Código de Familia de Cataluña. “Ello no obstante no es de aplicación en la Compilación Balear que respecto a este punto guarda silencio”.

Consecuente con el tratamiento de las comunidades de bienes entre cónyuges como comunidades ordinarias, la SAP Baleares (Sección 3a) 426/2004, 8 octubre, afirma que “la existencia de una serie de bienes y derechos que pertenecen en común a ambos, y que deben partirse entre los cónyuges, no supone que para ello deba hacerse (...) un pase de cuentas de todo lo que han cobrado y gastado cada uno de los cónyuges durante todo el tiempo de duró la convivencia matrimonial, ni elucubraciones acerca de lo que pudieran haber ahorrado, sino que dicho caudal partible lo constituyen aquellos bienes y derechos existentes en el matrimonio en el momento en que se produzca la disolución del régimen económico matrimonial y que sean comunes”. En este sentido, el deber de ayuda y socorro mutuo de los cónyuges, previsto en los arts. 67 y 68 CC no puede valorarse económicamente como trabajo para la familia y contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, (art. 4.1 CDCB), por ser un deber ético.

4.2. La modificación del régimen económico matrimonial y su oponibilidad.

Las modificaciones del régimen económico matrimonial pueden realizarse mediante capitulaciones matrimoniales, o por decisión judicial de nulidad, separación o divorcio. Y sus efectos pueden regularse por ley, capitulaciones matrimoniales o por pactos realizados en consideración al divorcio. La eficacia

de dichas modificaciones es doble: interna, entre sus otorgantes o cónyuges, y externa, respecto a los acreedores de cualquiera de los mismos.

4.2.1. Eficacia de la modificación del régimen económico matrimonial realizada mediante capitulaciones matrimoniales.

Las relaciones externas, en relación al régimen económico matrimonial del empresario casado, vienen reguladas principalmente por normas cuya competencia normativa corresponde exclusivamente al Estado: normas mercantiles de los arts. 6 a 12 CC y correlativos del RRM y normas relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos (competencia estatal exclusiva conforme al art. 149.1.8º CE), desarrollada por el art. 77 LRC y correlativos, respecto del Registro Civil y art. 26 LH y correlativos, respecto del Registro de la Propiedad. Supletoriamente, debe aplicarse la Compilación Balear (en especial, los arts. 3.1, 66 y 67.1 párrafo primero CDCB al régimen económico matrimonial del empresario), la costumbre y los principios generales del Derecho civil Balear (entre los que encontramos contenidos del art. 66 aplicables al art. 3.1). En caso de laguna de Derecho civil balear, entendemos que cabe la integración con las normas del CC reguladoras de las capitulaciones matrimoniales (arts. 1325 a 1335 CC), pues no contradicen los principios de Derecho civil balear.

Así, en materia de capitulaciones matrimoniales, cuando uno de los cónyuges es empresario, aplicaremos el art. 12 CCo, que establece: “*Lo dispuesto en los artículos anteriores se entiende sin perjuicio de pactos en contrario contenidos en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil*”. Supletoriamente, el art. 3.1 CDCB, en Mallorca y Menorca, “*El régimen económico conyugal será el convenido en capítulos, formalizados en escritura pública, antes o durante el matrimonio (...)*”.⁸² Para Ibiza y Formentera, el art. 66.1, y el 67. 1. Párrafo primero, *in limine* CDCB establece la preferencia del régimen pactado en capítulos matrimoniales, denominados “*espòlits*”, que también deben otorgarse necesariamente en escritura pública, so pena de nulidad,⁸³ e inscribirse en el Registro Civil y otros registros, sin que la falta de inscripción afecte a su validez, por no ser

82. En el mismo sentido, el art. 1326 CC: “Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio”. Para las otorgadas antes del matrimonio, debe tenerse en cuenta el art. 1334 CC: “Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año”.

83. Ahora bien, dada la multiplicidad de actos y negocios que envuelven los *espòlits*, conviene aclarar que tal nulidad se dará respecto a los contenidos de los *espòlits* que exijan escritura pública, tales como los heredamientos, mientras que no serían nulas las estipulaciones capitulares para las que no se exija forma especial, como una donación de un bien mueble. CARDONA GUASCH, Olga, *Op. Cit.* p. 213-214.

constitutiva. Los artículos 1325 a 1335 CC son supletorios de las normas autonómicas.⁸⁴

El legislador parece propugnar una atipicidad sin límites de las capitulaciones matrimoniales, y esto es válido en el sentido de que los cónyuges pueden elegir de entre los modelos legislativos, modificar estos o bien inventar uno distinto. Pero no lo es, si el planteamiento se proyecta sobre la alteración de las normas que tienen carácter necesario, tanto para proteger los derechos de los cónyuges como de los terceros que con ellos contratan.⁸⁵ El contenido del art. 6 CCo, constituye un mínimo que no puede modificarse por capitulaciones matrimoniales,⁸⁶ En consecuencia, las capitulaciones deben respetar la responsabilidad de los bienes propios y los obtenidos con resultas del comercio.⁸⁷ Se trata de un ámbito mínimo de responsabilidad, un patrimonio que siempre y en todo caso queda sujeto al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el empresario casado,⁸⁸ al haberse establecido en protección de los acreedores del comerciante. Por ello, estos términos no pueden ser modificados ni derogados por un régimen que hayan pactado los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, antes o después del matrimonio (art. 1315 CC).

Por el contrario, las presunciones y consentimientos de los arts. 7 a 10 CCo constituyen un régimen supletorio al régimen económico de las capitulaciones matrimoniales que hayan pactado los cónyuges (arts. 3.1 y 67.1 CDCB y 1315 CC), antes o durante el matrimonio (arts. 3.1 y 67.3 CDCB y 1326 CC), por lo que podrá establecerse en capitulaciones matrimoniales que el

84. Merece la pena destacar que la regulación de las capitulaciones matrimoniales en Ibiza y Formentera es mucho más detallada que la de Mallorca y Menorca, y entendemos que, en general, sus principios son aplicables a Mallorca y Menorca, como principios de la Compilación Balear, con carácter preferente a los artículos 1325 a 1335 CC, con los que no son contradictorios.

85. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 523.

86. GARCIA VILLAVERDE, Rafael. *Op. Cit.* p. 523-524 (nota 82) y 524-525 (nota 83). Cita a GARRIGUES. Curso de Derecho mercantil. Vol. I, revisado por BERCOVITZ, 1976. P. 276 y ss. “El art. 6 no limita las facultades de disposición a los bienes propios, sino que las extiende también a los bienes adquiridos con las resultas del comercio, y ello con independencia de que sean propios del comerciante o se trate de bienes comunes del matrimonio. El ejercicio del comercio exige, por su propia naturaleza, que el comerciante pueda enajenar los bienes que va adquiriendo como consecuencia del comercio mismo”. “Es preciso invocar también a estos efectos la necesaria seguridad de quienes contratan con un empresario mercantil, pues esa seguridad implica la confianza de que el comerciante puede disponer de los bienes pertenecientes a su negocio. Hay que llegar, por tanto, a la conclusión de que el art. 6, frase primera delimita también, con carácter imperativo, los bienes sobre los que, como mínimo, tiene que tener facultades de disposición la persona casada comerciante. En definitiva, pues, la norma contenida en el art. 6, frase primera, es de carácter imperativo y no puede ser alterada por lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales.”.

87. ROJO, Ángel. *Op. Cit.* p. 86.

88. ROJO, Ángel. *Op. Cit.* p. p. 89.

consentimiento para la vinculación de los bienes propios del cónyuge del empresario pueda ser tácito.

Salvando dicho contenido mínimo, son perfectamente admisibles los *espòlits* o capitulaciones matrimoniales propias de Ibiza y Formentera, definidos en el art. 66.2 CDCB, como contratos realizados en consideración al matrimonio que establecen las bases de la familia (entendida en un sentido amplio, equivalente a organización económica) que se espera formar con ocasión de las nupcias y, fundamentalmente, trazar el destino del patrimonio familiar más allá de la muerte de los otorgantes, normalmente mediante el llamamiento de un solo heredero, para mantener la unidad de dicho patrimonio.⁸⁹ Los otorgantes son los cónyuges y, con frecuencia, familiares de los mismos, normalmente los padres.⁹⁰

En este sentido, los *espòlits* o capitulaciones matrimoniales propias de Ibiza y Formentera, son instrumentos adecuados para regular la empresa familiar, y a través de los mismos pueden establecerse verdaderos protocolos familiares, que podrían tener acceso al Registro Mercantil en los términos del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. Y ello porque no solo contienen disposiciones relativas a la fijación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial. (art. 66.6 a) CDCB), sino porque también son adecuados para contener pactos de naturaleza sucesoria (art. 66.6 b) CDCB).⁹¹

89. Uno de los principales problemas que plantean las capitulaciones matrimoniales cuyo contenido no se limita a pactar un régimen económico matrimonial, sino que incluyan pactos sucesorios, como los *espòlits*, son su interpretación, dada su doble naturaleza sucesoria y económico matrimonial, o sea, contractual. La STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1a) 2/2006, 28 febrero, resolvió el problema de diferente normativa de interpretación que genera dicha doble naturaleza. Resuelve que, aunque sean contratos, si tienen contenido sucesorio, como heredamientos, deben aplicarse las normas de interpretación testamentaria para estos contenidos, y las contractuales solo supletoriamente. Según esta doctrina, la sentencia realiza una interpretación literal, para después atender a la voluntad clara de los otorgantes, sin considerar decisivo el *nomen iuris* empleado, y dando especial relevancia a la costumbre, como elemento interpretativo, conforme a lo dispuesto en la CDCB, al ser el heredamiento en Ibiza una institución consuetudinaria, recopilada por Cerdá Gimeno, además de la jurisprudencia STS (Sala de lo Civil), 16 mayo 1988, sobre heredamiento preventivo en *espòlits* anteriores a la Compilación de 1961. Otra solución de *lege ferenda* sería aplicar el principio de separabilidad de los contenidos sucesorios, de los de régimen económico matrimonial, tal y como hace el art. 18 del Código de familia catalán, actual art. 231-23 Ley 25/2010, 29 julio, del libro segundo del CCCat. CARDONA GUASCH, Olga, “*Op. Cit.* p. 215.

90. CARDONA GUASCH, Olga, “Lección 19. Los *espòlits*”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coor.), *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004, p. 211-212, 214-215.

91. El art. 66.6 b) CDCB, elabora una lista abierta de pactos típicos de los *espòlits* de la siguiente manera: pactos económico-matrimoniales (dote, *escreix*, *acolliment* en una cuarta parte de los *milloraments*, usufructo universal), y pactos de naturaleza sucesoria (pactos de institución o heredamientos, pactos renunciativos, donaciones universales y cláusula de confianza). Nada impide que se incluyan otros pactos susceptibles de albergar en su seno cualesquiera disposiciones tendentes a regular la vida de la familia. Así, reconoce expresamente los pactos en previsión de ruptura matrimonial. CARDONA GUASCH, Olga, *Op. Cit.* p. 215.

Para la modificación de las capitulaciones matrimoniales debemos diferenciar si lo que se pretende modificar es solo el régimen económico matrimonial u otros contenidos. En el caso de que solo se pretenda modificar el régimen económico matrimonial, bastará el consentimiento de los cónyuges. Si se pretende la modificación de otras cláusulas de las capitulaciones matrimoniales, esta deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas, conforme al art. 66.4 CDCB para Ibiza y Formentera,⁹² supletoriamente aplicable a Mallorca y Menorca, o bien, en caso de no considerarlo así, conforme al art. 1331 CC.⁹³

El reflejo registral del régimen económico matrimonial es relevante no solo para la determinación de las relaciones patrimoniales internas entre los cónyuges, sino que lo es, sobre todo, para que los terceros acreedores puedan saber los bienes contra los que pueden hacer efectivo el cumplimiento de sus créditos. Se trata de unos artículos muy relevantes en la práctica. Las modificaciones más frecuentes suelen ser la modificación de un régimen económico matrimonial de comunidad (como el de gananciales) a uno de separación de bienes, para salvar parte del patrimonio de la acción de los acreedores.

En la modificación de las capitulaciones matrimoniales debe tenerse especial consideración a su publicidad y su oponibilidad a terceros. El art. 12 CCo, preferente en el ámbito mercantil frente a la Compilación Balear,⁹⁴ y los

92. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 18. El régimen paccionado. Las capitulaciones matrimoniales”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coor.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004. P. 206. El art. 66.7 b) CDCB señala: “*Para modificar o dejar sin efecto el régimen económico matrimonial, así como cualesquiera otras cláusulas convenidas exclusivamente entre los cónyuges, bastará el consentimiento de estos*”. De esta norma se deduce que, si la modificación afecta exclusivamente a las normas sobre el régimen económico conyugal o a las liberalidades u otras disposiciones otorgadas estrictamente entre los consortes, bastará la concurrencia de estos para llevarla al efecto. Si la novación afecta a disposiciones que otorgaron terceras personas, se requerirá la concurrencia de estas personas si vivieren, lo que a CARDONA GUASCH le lleva a afirmar que no será necesaria la intervención de los herederos de dichas personas (se basa su interpretación en el antiguo art. 66.4 CDCB), a diferencia de lo exigido en el art. 18 del Código de familia catalán, actual Art. 231-23 CCCat. CARDONA GUASCH, Olga. *Op. Cit.* p. 215. La actual reforma soluciona esta controversia, al establecer en el art. 66.7: “c) *Para modificar o dejar sin efecto cláusulas en las que hayan intervenido cualesquiera otras personas, se necesitará, además, su concurrencia o la de sus herederos, si la modificación afecta a derechos que aquellas hubiesen conferido*.” Art. 66.7 d) CDCB Se exceptúan de lo que disponen los dos párrafos anteriores las estipulaciones que, por acto expreso o por su naturaleza, sean revocables.

93. Según el art. 1331 CC: “*Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas*”.

94. La modificación de los *espòlits* se regula en el art. 66.7 CDCB. En su punto a) establece: Los “*espòlits*” podrán modificarse en cualquier momento mediante escritura pública. La modificación no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

arts. 1317⁹⁵ y 1335 CC, aplicables supletoriamente a la Compilación, que no regula las capitulaciones matrimoniales, son coincidentes en señalar que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.

Para que lo pactado sea oponible a los acreedores mercantiles que sean terceros de buena fe, se requiere que las capitulaciones sean válidas (invalidez que sigue las reglas generales de los contratos, art. 1335 CC, siendo nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge art. 1328 CC). Formalmente, para ser válidas, deben haberse otorgado en escritura pública (art. 1327 CC). Y para su eficacia frente a terceros, deberían inscribirse en el Registro Civil (arts. 1333 CC y 77 LRC) y, posteriormente en el Registro Mercantil (arts. 12 y 22.1 CCo y arts. 87.6º y 92RRM), y publicarse en el régimen económico matrimonial en el BORME (art. 21.1 CCo y 386.6º RRM).

Siguiendo el art. 12 CCo, la modificación del régimen económico del matrimonio es oponible a los acreedores mercantiles futuros desde que se inscribe en el RM y se publica en el BORME; pero frente a los acreedores anteriores a esa publicación, la modificación del régimen económico matrimonial, la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación de los bienes comunes es irrelevante: los bienes gananciales —o sólo los gananciales obtenidos por el ejercicio de la actividad empresarial, si ha habido formal oposición del otro cónyuge a ese ejercicio o revocación del consentimiento prestado para ese ejercicio (arts. 6 al 11 CCo)— continuarán afectos a la satisfacción de los acreedores cuyos créditos hubieran nacido antes de dicha publicación,⁹⁶ así lo afirma el art. 1317 CC, aplicable en este caso de manera supletoria.

Es cierto que estas menciones registrales no permiten al tercero conocer el contenido exacto de dichas capitulaciones matrimoniales, pero sí le permiten conocer su naturaleza, sea de comunidad, separación, o participación, lo que determinará el alcance de su protección registral. Además, le permitirán acceder, en su caso, a las capitulaciones matrimoniales, pues la existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación y el Notario lo hará constar en las copias que expida (art. 1332 CC) y estará obligado a facilitar

⁹⁵. Art. 1317 CC “La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros”.

⁹⁶. ROJO, Ángel. *Op. Cit.* p. 87-88. BROSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Op. Cit.* p. 102.

al tercero interesados su contenido, si presentan un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges”. (art. 266 RRC in fine).

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado en el sentido de que dicha oponibilidad se da desde la inscripción en el Registro Civil, exigida en el art. 1333 CC,⁹⁷ que es previa a la publicidad del Registro mercantil. Aunque, en caso de que los acreedores persiguieran bienes inmuebles concretos, el TS afirma que solo será oponible el nuevo régimen de separación desde la fecha en que este conste en el Registro de la Propiedad correspondiente, de acuerdo con la Ley Hipotecaria y su normativa de desarrollo (art. 75 RH)⁹⁸ (STS 546/1994, 6 junio).⁹⁹ La normativa hipotecaria no constituye obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos pues el art. 144.2 del Reglamento Hipotecario dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiese inscrito la partición de bienes podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios.¹⁰⁰

Por otra parte, la STS 218/1998, 10 marzo, afirma que es necesaria la inscripción en el Registro Civil, conforme al art. 77 LRC, para la oponibilidad frente a todos los terceros, no siendo suficiente la mención en el Registro de la Propiedad (sin perjuicio de que esta sí sea suficiente para proteger a terceros de buena fe en relación con los inmuebles en que conste dicho régimen

97. Art. 1333 CC: “En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria”.

98. Art. 75 RH: “De conformidad con el artículo 1.333 del Código civil, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las capitulaciones matrimoniales en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, alguno de los actos a que se refieren los artículos 2. de la Ley y 7. de este Reglamento. Si, en tal caso, el matrimonio no se hubiere contraído, se suspenderá la inscripción y podrá tomarse anotación preventiva de suspensión, que se convertirá en inscripción cuando se acredite la celebración de aquél o se cancelará a solicitud de cualquiera de los otorgantes si, transcurridos un año y dos meses desde la fecha de las capitulaciones, no se hubiere acreditado que el matrimonio se celebró dentro del plazo de un año desde dicha fecha”.

99. En este caso, el banco Urquijo reclamaba una deuda a dos empresarios y a sus cónyuges, casados en gananciales. La sentencia señala que los patrimonios de los cónyuges también responden de la deuda de los empresarios, hasta la fecha de la inscripción en el Registro Civil (no el Registro Mercantil) de las capitulaciones matrimoniales que modifican el régimen de gananciales para pasar a un régimen de separación de bienes. Sin embargo, respecto de los bienes inmuebles reclamados, señala que la fecha que debe considerarse es la de la inscripción de las capitulaciones en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles correspondientes.

100. SSTS 13 junio 1986, 17 noviembre 1987, 25 enero 1989 y, 7 noviembre 1992, entre otras.

matrimonial).¹⁰¹ *Obiter dicta* señala que, si se pretende esta oponibilidad frente a terceros de la actividad empresarial de uno de los cónyuges, será necesaria la inscripción en el Registro Mercantil, que es voluntaria, a diferencia de la obligatoria anotación de la demanda e inscripción de la sentencia firme de separación de bienes en el Registro de la Propiedad que corresponda, si recayere sobre bienes inmuebles y la obligatoria anotación de la sentencia en el Registro Civil (art. 1436 CC).¹⁰²

En ocasiones, los tribunales han admitido la existencia de un régimen distinto al legal supletorio por su mera mención por los cónyuges en una escritura de compraventa de participaciones,¹⁰³ otorgada ante Notario, no habiéndose practicado prueba en contrario.

Los terceros se hallan protegidos frente a las modificaciones del régimen económico matrimonial que no hayan sido debidamente publicadas: estas no les son oponibles aunque sean válidas y ellos sí puedan alegarlas y oponerlas frente al cónyuge con quien las pactó. Además, se conservan indemnes contra la modificación válida y oponible del régimen los derechos ya adquiridos en la fecha en que la modificación consiguió eficacia *erga omnes*: no en la fecha en que se pactó, sino en la de su constancia en el Registro Civil (en el mercantil, además, en su caso). Derechos ya adquiridos son tanto los reales como los de crédito. Todo ello sin perjuicio de que, en caso de que el cambio les favorezca, puedan alegarlo, pues lo que afirma el artículo es que no perjudique, pero no impide que les favorezca.¹⁰⁴

101. STS 218/1998, de 10 de marzo, FJ 3. En el mismo sentido, STS (Sala de lo Civil) de 6 octubre 1986. FJ 5. Los asientos del Registro de la Propiedad declaran la situación jurídica de las fincas y la titularidad de los derechos constituidos sobre las mismas, frente a terceros, pero no pueden incidir en las relaciones internas de una de las partes y reflejarse en el cambio del régimen económico matrimonial de la misma.

102. STS 218/1998, 10 marzo, FJ 3: “la publicidad del art. 1.333 CC se complementa con la publicidad del RM cuando uno de los cónyuges ejerce el comercio, no siendo oponibles al acreedor del comerciante las capitulaciones no inscritas, si merece el calificativo de tercero de buena fe, buena fe que se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción (art. 21.4 CCo). En el caso analizado, siendo el marido comerciante, con consentimiento y sin oposición de la mujer, y habiéndose inscrito en el Registro Civil la modificación de las capitulaciones matrimoniales con posterioridad al documento de reconocimiento de deuda y al fallecimiento del esposo, el tribunal entendió que al pago de la misma estaban sujetos los bienes comunes, sin perjuicio de la responsabilidad que alcanzaba a los herederos”.

103. SAP Baleares, 47/2015, 5 mayo. El tribunal entendió que existía un régimen de gananciales porque en la escritura pública de venta de las participaciones sociales se establecía que el cónyuge adquirente lo hacía “para su sociedad conyugal”, firmando el otro cónyuge al final del contrato, “con la expresión conforme”, mencionándose en la escritura de compraventa que el régimen económico del matrimonio era “el de sociedad de gananciales”. Ello implicó que la vinculación del patrimonio del cónyuge firmante y de la sociedad de gananciales al pago de los préstamos en los que, por contrato, se había subrogado en la posición del vendedor.

104. LACRUZ BERDEJO, José Luis *Op. Cit.* p. 557.

La ilección de derechos afecta solo a los derechos ya adquiridos por los acreedores en el momento del cambio, para cuyos derechos persiste el *statu quo* ante de los bienes conyugales. Estos bienes seguirán respondiendo o siendo irresponsables de las mismas deudas que les gravaban con anterioridad a la modificación.¹⁰⁵ En cuanto a los bienes que se adquieran nuevamente desde entonces y, en general para la dinámica ulterior de la sociedad ¿valdrán las antiguas reglas o las nuevas? Por ejemplo, los acreedores de un cónyuge, después de pactado el paso de un régimen de separación a un régimen de comunidad (caso menos habitual, más común es el paso de gananciales a separación de bienes), pueden seguir considerando como privativos no solo los que lo eran en el régimen de separación, sino también los nuevos sueldos, rentas e ingresos, etc., que conforme al régimen modificado eran privativos y conforme al nuevo régimen son comunes. El art. 1317 CC señala que “*en ningún caso*” debe producirse perjuicio a los acreedores, por lo tanto, tampoco en cuanto al futuro. La confianza de los terceros no puede limitarse a la situación económica actual de su deudor, sino que debe extenderse a las expectativas de ganancia en el curso normal de los acontecimientos, confianza que se vería defraudada si, tras el cambio, los nuevos ingresos se apartasen de la masa responsable de las viejas deudas o pasasen a tener un nuevo grupo de acreedores.¹⁰⁶

Los acreedores anteriores al momento de la oponibilidad de la modificación del régimen económico matrimonial no deben instar judicialmente la rescisión de las capitulaciones matrimoniales; deben simplemente hacer efectivos sus créditos sobre los antiguos bienes comunes, como si la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales no se hubiera producido”.¹⁰⁷ Los acreedores del cónyuge empresario pueden satisfacerse directamente con los bienes que, antes de la disolución y liquidación, tenían la condición de gananciales con

105. En este sentido, la SAP Baleares, 21 enero 1994: “Es doctrina jurisprudencial constante y reiterada mantenida antes y después de la reforma del CC, 13 mayo 1981, que la modificación del régimen económico-matrimonial, realizada constante matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317 CC), sin que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía sea necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, ya que del sentido general de los arts. 1399, 1403 y 1404 del CC, se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1404 y 1402 en relación con el 1084, todos del CC), tal responsabilidad será *ultra vires*, todo lo cual determina que, aun después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial (SSTS 20 marzo 1989, que cita las de 15 febrero y 13 junio 1986, 28 abril 1988, 27 octubre 1989, 19 febrero y 15 junio 1992, etc.).”

106. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Op. Cit.* p. 557-558.

107. ROJO, Ángel. *Op. Cit.* p. 87-88.

independencia de cuál haya sido el cónyuge adjudicatario.¹⁰⁸ (SSTS 15 y 17 febrero 1986, 14 octubre 1989, 15 junio 1990, 7 noviembre 1992, y 13 octubre 1994, etc.).

La protección registral de los terceros es máxima, incluso en casos en los que la determinación del régimen económico matrimonial contradiga principios constitucionales como el de igualdad de los cónyuges. Así, las menciones en el Registro de la Propiedad de un régimen de gananciales, que lo fue en el momento de celebración del matrimonio, pero que dejó de serlo a raíz de la entrada en vigor de la Constitución (pues es contrario al principio de igualdad del art. 14 CE que la mujer tenga que seguir la vecindad civil del marido), para pasar a considerarse un régimen de separación de bienes, afectan solo a los terceros y acreedores, pero no a la relación de los cónyuges entre sí, que pasa a ser la de separación de bienes (SAP Baleares (Sección 3a) 329/2003 de 5 junio. En este caso, la mujer tenía la vecindad civil mallorquina y el marido la había adquirido por una residencia de más de 10 años).¹⁰⁹

4.2.2. La modificación del régimen económico matrimonial por nulidad, separación o divorcio de los cónyuges.

El art. 12 CCo no hace referencia a otros supuestos de alteración del régimen económico matrimonial no derivados estrictamente del pacto de los cónyuges: los supuestos de nulidad, separación o divorcio.

A partir de la firmeza de la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial basada en la demanda de nulidad, separación o divorcio, el régimen pasa a ser el de separación de bienes.

Ello dará lugar al inicio de procedimiento de disolución de los regímenes de comunidad, como la sociedad de gananciales, regulado en el art. 1392 CC y los arts. 806 y ss. LEC.

108. STS 213/1998, 10 marzo, FJ 4, que pone de manifiesto “el equívoco de entender que son, ya bienes privativos los que se adjudicó la cónyuge en pago de su haber como consecuencia de la separación, cuando, en realidad, (...) los bienes adjudicados siguen siendo bienes gananciales para el acreedor cuyo crédito es una partida del pasivo de la sociedad de gananciales que se disuelve y liquida”. El cambio de régimen a separación no podía afectar a los acreedores por su falta de publicación en el Registro Mercantil y en el Registro Civil.

109. No siempre la jurisprudencia ha tenido en cuenta dicho principio de igualdad. La mujer seguía la vecindad civil del marido y, si este era de vecindad civil común y, a falta de capitulaciones matrimoniales, el matrimonio se regía por el régimen de gananciales. Solo si se probaba que entre ellos existía una separación de hecho, cabría alegar la existencia de una separación de bienes desde la fecha de dicha separación. En este sentido, *obiter dicta*, la SAP Baleares (Sección 4a) 346/2004, 20 julio. En este caso, la mujer tenía la vecindad civil mallorquina y el marido la común, pues todavía no había residido en Mallorca más de 10 años.

El divorcio produce la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales, salvo las que se refieran a cuestiones sucesorias a favor de los descendientes en consideración al cual se hayan otorgado capítulos y salvo que se hubiera pactado un régimen distinto en previsión de ruptura antes de la misma, lo que normalmente se hará en pactos en consideración a la ruptura matrimonial. El art. 66.6.b CDCB (para Ibiza y Formentera) admite como contenido posible de los *espòlits* los pactos sobre instituciones “*que los interesados consideren convenientes, incluso en previsión de ruptura matrimonial*”. Por otra parte, el art. 4.1 CDCB, se refiere a pactos supervisados judicialmente para entender válidos cambios en la regla de proporcionalidad de asunción de responsabilidades de los cónyuges derivados de las cargas familiares. El art. 66.6.b CDCB (para Ibiza y Formentera) también admite como contenido posible de los *espòlits* los “*pactos sobre la forma y cuantía de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio*”. Cuando los pactos en previsión de ruptura matrimonial se otorguen antes del matrimonio, solo serán válidos si el matrimonio llega a contraerse en el año siguiente a la fecha del otorgamiento (art. 66.6 d)).

En cuanto a los efectos frente a los acreedores, la aplicación del art. 12 CCo por analogía es factible, desde el momento en que, conforme al art. 87.7 ° RRM, se reflejará registralmente la fecha en la que se produce la separación, nulidad o divorcio y, por tanto, los terceros podrán haber tenido acceso a la misma.

En todo caso, aun siendo oponibles a terceros, estos pueden buscar la nulidad de dichos acuerdos (por motivos formales si no constan en escritura pública), aunque si dicha nulidad fuera alegada por uno de los cónyuges, no podría perjudicarles, de acuerdo con el art. 1335 CC.

4.3. ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES ES EMPRESARIO.

A diferencia de las normas sobre régimen económico matrimonial de la CDCB, las normas sobre efectos patrimoniales del matrimonio son de contenido imperativo y sobre ellas no se imponen las normas del Código de Comercio. Pero ello no quiere decir que el carácter de comerciante o empresario de uno de los cónyuges no afecte a la norma.

En Mallorca y Menorca, los efectos patrimoniales del matrimonio, que son *ius cogens*,¹¹⁰ se regulan en el art. 4 CDCB. El art. 4.1 establece: “*Los bienes*

110. Según el punto II de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2017, el art. 4 regula “temas de contenido económico ex lege (es decir, imperativo) del matrimonio (por tanto, los efectos económicos del matrimonio), que son contenido previo, esencial, a cualquier régimen”.

propios de cada cónyuge estarán afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio. En defecto de pacto, cada uno de los cónyuges contribuirá en proporción a sus recursos económicos; se considera como contribución el trabajo para la familia y da derecho a obtener una compensación que el juez debe señalar, si no hay acuerdo cuando se extinga el régimen de separación.¹¹¹

Si se incumpliera, totalmente o parcialmente, el deber de levantamiento de cargas del matrimonio, por parte de uno de los cónyuges, el otro podrá solicitar al juez que adopte las medidas oportunas para asegurar su cumplimiento.

Y el art. 4.4: “Cada cónyuge responderá con sus bienes propios del cumplimiento de las obligaciones que hubiera contraído. No obstante, de las causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio, será subsidiariamente responsable el otro cónyuge.”

El mismo contenido se recoge para Ibiza y Formentera, en el art. 67. 2. Párrafo primero: *“Los cónyuges estarán obligados a contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. En defecto de pacto, lo harán en proporción a sus recursos económicos”*. El art. 67.2. párrafo tercero: *“Se considera como contribución el trabajo para la familia y da derecho a obtener una compensación que el juez debe señalar, si no hay acuerdo, cuando se extinga el régimen de separación”*. Y el art. 67. 3. CDCB señala: *“Ambos cónyuges responden solidariamente ante terceras personas de las obligaciones que contraen conjuntamente por el levantamiento de las cargas familiares y de las contraídas por uno de ellos en ejercicio de su potestad doméstica”*. Dos diferencias encontramos con la regulación mallorquina: el concepto de cargas del matrimonio ha sido sustituido por el de cargas familiares y obligaciones contraídas en ejercicio de la potestad doméstica, que define mejor su contenido, vistas las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el art. 4 CDCB, y, sobre todo, que la responsabilidad de los cónyuges frente a terceras personas es solidaria, mientras que en Mallorca es subsidiaria.

4.3.1. Las deudas empresariales como cargas del matrimonio o de la familia.

Según CAVANILLAS, el contenido de carga del matrimonio incluye, como contenido mínimo, los alimentos de los cónyuges y sus hijos comunes. Pero es más amplio¹¹² y debe considerar elementos cuantitativos y cualitativos.

¹¹¹. “y da derecho a obtener una compensación que el juez debe señalar, si no hay acuerdo cuando se extinga el régimen de separación” añadido por Ley 7/2017.

¹¹². CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Op. Cit.* p. 4853.

Como elementos cualitativos debe tenerse en cuenta que la cuantía de las cargas sea conforme a los usos o circunstancias de la familia. La conformidad cuantitativa de un gasto dependerá, esencialmente, de los recursos económicos de la familia, pero con dos matices, uno por defecto y otro por exceso. Por defecto, si una familia dispone de importantes recursos económicos, pero mantiene acordadamente un nivel de vida más austero, será este último el que delimite cuantitativamente el concepto de carga matrimonial. Por exceso, si se incurre en un gasto superior a los recursos económicos o el nivel de vida familiar, pero el bien o servicio obtenidos son disfrutados por ambos cónyuges, habría lugar a la consideración de este gasto como carga del matrimonio.¹¹³

Ante las dudas que genera la CDCB, FERRER VANRELL defiende la analogía para determinar el concepto de “cargas del matrimonio”.¹¹⁴ Concretamente, señala que el concepto lo encontramos en la Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, como establece el punto I, 3 de su Exposición de Motivos, y su art. 1.1. En aplicación analógica de su art. 5.2 de la Ley 18/2001, debemos considerar que los gastos para el sustento de las cargas familiares son: los gastos de mantenimiento de la pareja y sus hijos, sean comunes o no. Estos gastos deben ser conformes a los usos sociales y al estatus social de la pareja. Seguidamente enumera *ad exemplum* algunos de las cargas familiares.¹¹⁵

El parámetro de nivel social y estatus económico, alcanzará, en todo caso, a aquellos gastos producidos por los alimentos de la familia, no circunscrito a las necesidades ordinarias del art. 1319 CC,¹¹⁶ sino entendidos en sentido amplio, como enumera el art. 5.2.a) b) y c) LPE.

Los gastos “primarios” para el mantenimiento de la familia (alquiler de la vivienda familiar, adquisición de bienes muebles y utensilios domésticos, alimentos, etc.) o de cualquiera de los cónyuges (tratamiento médico curativo, ropa, etc.) constituyen cargas del matrimonio. Discutible es la inclusión de otros gastos, como los destinados al ocio, la estética o la comodidad:

113. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. “*Op. Cit.* p. 4854.

114. Una definición de cargas, en un sentido similar a la LPE, encontrábamos en el Anteproyecto de Ley de régimen patrimonial de matrimonio. www.caib.es/govern/rest/arxiu/1604777 (consulta junio 2018) VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. “Panorama actual de la compensación económica por trabajo para la familia en baleares”, *Revista de Derecho Civil* vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre, 2018) Estudios, p. 5.

115. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 15... *Op. Cit.* p. 175-176.

116. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 15... *Op. Cit.* p. 178; VILA RIBAS, Carmen. “El régimen económico matrimonial en el proyecto de reforma de la Compilación de Derecho civil de Baleares”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, n° 16, Palma, 1988, p. 200.

electrodomésticos como vídeos o equipos de música, viajes, servicio doméstico, etc. Solo puede adquirir la naturaleza de cargas por acuerdo de los cónyuges, que se demostrará a través de su uso y disfrute común. Si falta dicho uso común (medicina estética, viajes o hobbies de un solo cónyuge, etc.) no son cargas, salvo que se acredite de otra manera que el gasto sea común.¹¹⁷

La jurisprudencia balear ha considerado cargas del matrimonio, acomodados a los usos y circunstancias de la familia: el sostenimiento de los de los miembros de la familia, esposos e hijos, y su educación (STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal) 1/1998, 3 septiembre), y la contribución de los cónyuges al pago de la cuota hipotecaria de la vivienda familiar, y mientras dura la convivencia matrimonial (SAP Baleares (Sección 5a) 52/2013, 7 febrero).¹¹⁸ Mientras que ha considerado que no eran cargas las operaciones destinadas a la inversión (STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal) 1/1998, 3 septiembre).

No obstante, alguna sentencia (referida al régimen de separación de bienes del Código Civil) ha calificado como cargas familiares las deudas contraídas con destino a la empresa de uno de los cónyuges, si bien, obviando el carácter mercantil o civil de la fianza. La SAP Huelva, 1 septiembre 1998, resolvió una reclamación del pago de una deuda del marido contraída por la adquisición de material de construcción para la tienda y el bar de la esposa, con los que se obtenían los medios necesarios para la subsistencia familiar. El tribunal considera que es un gasto necesario para atender a las necesidades ordinarias de la familia, y del que deben responder ambos cónyuges: el marido principalmente, como contratante, y la esposa subsidiariamente. Aunque en este caso sería más lógico entender que en realidad el marido actuaba como mandatario de la mujer, titular de ambos negocios, como se confirmó tras la separación del matrimonio, pues la tienda y el bar se adjudicaron a la mujer y el coche y dinero al marido.

Cuando uno de los cónyuges es empresario individual, se plantea el problema de determinar cuándo unos gastos son propios de la empresa, y cuándo pueden calificarse como cargas de la familia, en especial cuando la actividad de la empresa es única fuente de ingresos para la subsistencia de la familia. En estos casos, nos encontraremos con la dificultad añadida del uso mixto del bien: el caso paradigmático es el automóvil que sirve a un destino

117. Citando a Álvarez Olalla. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Op. Cit.* p. 4854.

118. Parte de la doctrina considera que solo el alquiler de la vivienda y los gastos de su reparación pueden considerarse carga del matrimonio, pero no el precio de adquisición de la vivienda ni el pago del crédito contraído para adquirirla, puesto que el sostenimiento de una familia exige el disfrute de una vivienda, pero no su propiedad. Citando a Álvarez Olalla. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Op. Cit.* p. 4854.

empresarial, pero también a uno familiar. Lo lógico sería que la atribución fuera proporcionada a los respectivos usos, lo que es difícil de probar en un contexto litigioso.

4.3.2. El trabajo del cónyuge no empresario para el cónyuge empresario como contribución a las cargas del matrimonio.

Si una persona carece de ingresos porque no ejercita ningún trabajo remunerado ni ostenta titularidad sobre patrimonio alguno del que pueda obtener algún tipo de beneficio económico, siempre tiene la posibilidad de contribuir a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico, e incluso, si aplicamos este precepto por analogía, también contribuye a las cargas el cónyuge que colabora en la actividad económica (mercantil) o profesional de su consorte.¹¹⁹

El trabajo para la familia es contribución a las cargas del matrimonio y da derecho a una pensión y además a una indemnización compensatoria una vez finalizada la relación. Y ello porque, aunque la redacción inicial del art. 4 CDCB no lo recogiera, la LPE sí prevé una indemnización doble, pensión y compensación, pudiéndose aplicar analógicamente dicho criterio al matrimonio, al existir identidad de razón (STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1a) 2/2010, 24 marzo).¹²⁰

La jurisprudencia suele ser estricta en el otorgamiento de la compensación, para evitar la desnaturalización del régimen de absoluta separación de bienes. Por ello sólo se otorga compensación en el supuesto de empobrecimiento injusto del cónyuge que la reclama, lo cual evita la introducción, por vía indirecta, del régimen de participación, en el que “cada uno de los cónyuges adquiere el derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente” (art. 1.411 CC), pues para obtener este resultado se ha de haber pactado expresamente (arts. 3, 64 y 67 CDCB) (STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1a) 2/2010, 24 marzo). Y según la SAP Baleares 109/2015, 24 marzo, la compensación económica derivada de lo dispuesto en el art. 4 CDCB, debe interpretarse en relación con el art. 9.2 LPE, pero sin que ello pueda derivar en que, en la práctica, el régimen de separación de bienes se asemeje a un régimen de gananciales. Por esta razón, desde la SAP Baleares (Sección 4ª), 30 diciembre 2011, se ha venido

119. RIBERA BLANES, Begoña. *Op. Cit.* p. 60.

120. La primera jurisprudencia no admitió la aplicación por analogía de la LPE al régimen económico matrimonial, a efectos de que se aceptara una pensión compensatoria no prevista en la CDCB, en aquel momento. Así la SAP Baleares (Sección 4a) 62/2005, 18 febrero, rechazó aplicar retroactivamente la Ley de Parejas estables para justificar una compensación.

exigiendo una “sobreaportación” del cónyuge que se ha enriquecido a su con-
sorte, proporcionada y compatible con la pensión prevista en el art. 9.1 LPE.

Por otro lado, la jurisprudencia balear ha sido más flexible al admitir
como contribución, no solo la dedicación especial a la familia en sentido es-
tricto, sino también la “realización de tareas fuera del hogar que, por guardar
directa relación con el buen orden y gobierno de la casa, han de considerarse
domésticas”, la “asunción de funciones de ordenación, dirección y organiza-
ción de la economía doméstica y de la vida familiar” y la “realización de las
tareas diarias de cuidado, crianza y educación de los hijos comunes o de uno
solo de los cónyuges o de cuidado de parientes de cualquiera de los cónyu-
ges que convivan en el hogar conyugal”, sin que excluyan, por sí mismos, el
derecho a la compensación ni “el trabajo del cónyuge acreedor por cuenta
propia o ajena, fuera de la casa”, ni “el disponer de empleados domésticos en
el domicilio conyugal” (STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1a)
2/2010, 24 marzo). Es más, ha considerado como contribución la dedicación
a los padres del cónyuge empresario, pues representaban un ahorro de gastos
tanto en alquiler del local del negocio (un taller) y de la ocupación de una
vivienda de veraneo (SAP Baleares (Sección 5a) 52/2013, 7 febrero)

La mayoría de la doctrina admite que la actividad que presta el cónyuge
en el negocio o la empresa de su consorte constituye una forma de contribuir
a las cargas del matrimonio que puede dar lugar además a una compensación
económica.¹²¹ Entendemos que si aplicamos analógicamente los arts. 5 y 9
LPE también se puede incluir el trabajo para la empresa familiar.¹²²

En estos casos, el TS rechaza la compensación, aunque siguiendo unos
criterios que entendemos no trasladables al régimen balear. La STS (Sala de
lo Civil) 136/2015, 14 abril, reitera la doctrina jurisprudencial sobre el art.
1438 CC (equivalente al 4.1 CDCB) (SSTS 26 marzo 2015 (Pleno), 4 julio

121. RIBERA BLANES, Begoña. *Op. Cit.* p. 142. Señala esta autora que no existen pronunciamientos
jurisprudenciales en España a este respecto. Pero sí son abundantes en Francia, donde se reconoce al cón-
yuge la obtención de una indemnización mediante el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa o
a través de la teoría de la donación remuneratoria.

122. En este sentido, VERDERA defiende la interpretación analógica, correctora y extensiva del
concepto “trabajo para la casa” del art. 1438 CC y entender que “los casos de trabajo no retribuido en
la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge y en los casos de trabajo remunerado por cuenta
ajena podrán ser subsumibles en caso de que se demuestre que su labor para la familia ha sido superior
a la que debía realizar como contribución a las cargas, lo que ha ocasionado un incremento patrimonial
en el otro cónyuge, siendo ésta una cuestión superada en Cataluña (art. 232-5.2 CCCat.)”. VERDERA
IZQUIERDO, Beatriz. “Panorama actual de la compensación económica por trabajo para la familia en
balears”, *Revista de Derecho Civil* vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre, 2018) Estudios, p. 44. VERDERA
IZQUIERDO, Beatriz. “Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa
como correctivo de una desigualdad conyugal”, *Derecho Privado y Constitución* Núm. 27, enero-diciem-
bre 2013. Págs. 225 *in fine*.

2011, 31 enero 2014), rechazando la compensación a la aportación de una mujer que, desarrollaba un trabajo “meramente formal” en las empresas donde el marido era administrador (por lo que cobraba unos 800 euros mensuales) y, además, se dedicaba al cuidado de la casa, ayudada por terceras personas. Se trataba de un régimen de separación de bienes pactado en capitulaciones. Esta doctrina excluye la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico y exige que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa, no teniendo derecho a la compensación si lo hubiera compatibilizado con un trabajo fuera del hogar.¹²³ Afirma que los cónyuges podrían haber mantenido un régimen de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, pero decidieron optar por un régimen de separación de bienes. Incluso entonces podrían haber pactado el reparto de funciones en el matrimonio y fijar los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, pero no lo hicieron. *Obiter dicta*, señala que otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de separación de bienes sí prevén una compensación en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del art. 1438 CC, como “la colaboración no retributiva o insuficientemente retribuida” que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

Nosotros entendemos que, en Baleares, con la aplicación analógica del art. 9.2 LPE, sí cabe tal compensación, que no se sujeta a las restricciones derivadas de la interpretación del art. 1438 CC.

La LPE no regula el trabajo no remunerado o insuficientemente remunerado de uno de los convivientes por la colaboración en la profesión o industria del otro miembro de la pareja como forma de contribución al mantenimiento de las cargas de la familia, como hacía el art. 3.2 de la Ley 10/1998, 15 julio, de uniones estables de pareja de Cataluña,¹²⁴ actualmente derogado por Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CCCat, relativo a la persona

123. “La dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar debe haber sido exclusiva, no excluyente, lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación”.

124. Art. 3.2 *Regulación de la convivencia. Si no hay pacto, los miembros de la pareja estable contribuirán al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes con el trabajo doméstico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con la retribución insuficiente a la profesión o a la empresa del otro miembro, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios. Cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes.*

y la familia.¹²⁵ Este tipo de trabajo para el otro miembro de la pareja es una actividad frecuente y consiste en una colaboración distinta al llamado “trabajo para la familia”, porque es para el provecho exclusivo del otro conviviente, que obtiene como resultado un rendimiento sin remuneración, la evitación del pago de un salario, con lo que se enriquece. En estos supuestos, cabría la imputación de tal remuneración no satisfecha a la concreta contribución a las cargas de la familia en la parte correspondiente al conviviente que ha realizado el trabajo, entendiendo así que este tipo de trabajo no remunerado tiene carácter de contribución a las cargas del matrimonio. Si interpretamos el art. 9.2 a) LPE en relación con el art. 5.2 b) LPE, al decir que son cargas del matrimonio “la conservación de la vivienda y otros bienes de uso de la pareja”, y a tal carga se puede contribuir no solo económicamente, sino con su trabajo no remunerado o insuficientemente remunerado para el otro conviviente (art. 9.2 a) LPE), podríamos entender que la remuneración no satisfecha tiene carácter de contribución, aunque bien es verdad que no lo regula de forma clara.¹²⁶

La LPE contempla el trabajo sin remunerar en provecho del otro conviviente como una causa para reclamar la compensación prevista en el art. 9.2 a) LPE, que podrá reclamarse al tiempo de la extinción de la relación convivencial, porque se ha producido un enriquecimiento injusto.¹²⁷

Con todo, el criterio solo se aplicaría al matrimonio o a las parejas estables conforme a la LPE. Según la SAP Islas Baleares (Sección 4a) 141/2015, 23 abril, el art. 9.2 LPE no es aplicable a las uniones de hecho, no inscritas en el Registro de Parejas Estables (aunque sí están inscritos en el Registro del

125. En el mismo sentido se manifiestan el art. 5.3 Ley Foral 6/2000 de Navarra, y el art. 6.1 Ley 2/2003 del País Vasco. Ambas consideran que es contribución a las cargas “*la colaboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o a la empresa del otro miembro, así como los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos respectivos y, si éstos no fueran suficientes, en proporción a sus patrimonios*”. El art. 5.3 Ley Foral 6/2000 de Navarra fue declarado inconstitucional y nulo por STC (Pleno) 93/2013, 23 abril, puesto que suponía una regulación imperativa del régimen de parejas estables, que rechaza el TC. “El apartado 3 contempla la obligación de los miembros de la pareja estable de contribuir proporcionalmente a sus posibilidades al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes, «en defecto de pacto». A primera vista podría pensarse que la norma resulta respetuosa con la voluntad de los integrantes de la pareja estable, en la medida en que sólo se les aplicaría si no hubieran pactado al respecto. Sin embargo, esta primera apreciación decae si consideramos que, en el caso de que los miembros de la pareja no hubieran pactado nada sobre el particular, resulta imperativa la aplicación de la norma prescindiendo de exigencia alguna de constatación de su voluntad de aceptarla; voluntad que, por tal razón, se ve violentada, con la consiguiente infracción del art. 10.1 CE”. (F.J. 11).

126. FERRER VANRELL, Pilar “Artículo 5. Régimen económico de la pareja”, en FERRER VANRELL, P. (Coord.)/ CARDONA GUASCH, O./COCA PAYERAS, M./MUNAR BERNAT, P./VERDERA IZQUIERDO, B./VILA RIBAS, C. *Ley de parejas estables de las Illes Balears*. Institut d'Estudis Autònomic. L'esperit de les lleis. Palma (Mallorca). 2007. P. 145.

127. FERRER VANRELL, Pilar “Artículo 5... *Op. Cit.* p. 146.

Ayuntamiento de Petra), y, por tanto, no se admite la compensación, ni siquiera por aplicación analógica (analogía legis). Aunque los principios que reconocen dicha compensación pueden reconocerse por vía de analogía iuris, basada en el concepto de enriquecimiento injusto, lo que implica *“verificar la existencia de un perjuicio y un desequilibrio en la posición de la demandante respecto del otro conviviente y en comparación con la situación de convivencia, una vez cesada ésta, que justifique la compensación pretendida y la atribución del derecho de uso de la vivienda por ser portadora, en definitiva, del interés más digno de protección”* (STS 30 octubre 2008).

No existe en la LPE una regla de determinación de la cuantía de la compensación y la forma de pagarla, por lo que esta debe determinarse mediante pacto o decisión judicial. El art. 1438 CC tampoco establece tales criterios, pero la jurisprudencia sobre el mismo puede dar criterios de derecho comparado útiles para la interpretación del art. 9.2 LPE Balear. La STS (Sala de lo Civil, Sección 1a) 614/2015, 25 noviembre (FJ 4) establece criterios posibles para los casos de la compensación del art. 1438 CC: Una de las opciones posibles es el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, (niega al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado), aunque teniendo en cuenta también la ayuda que haya recibido de terceras personas en la realización de las tareas. Un segundo criterio podría ser el beneficio obtenido por el cónyuge por la realización de su trabajo o actividades empresariales o profesionales, reclamando en su vista una compensación del 5% del valor del patrimonio adquirido por el marido, por medio de sus empresas, constante matrimonio. En todo caso, deberá el Juez valorar todas las circunstancias de una forma ponderada y equitativa, a la extinción del régimen económico matrimonial teniendo en cuenta dos cosas: primera que no es necesario para obtenerla que se haya producido un incremento patrimonial de uno de los cónyuges, del que pueda ser participe el otro, y, segunda, que lo que se retribuye es la dedicación de forma exclusiva al hogar y a los hijos, dentro de la discrecionalidad que autoriza la norma.

4.3.3. El ajuar familiar como bienes comunes no sujetos a las deudas del empresario.

El art. 4. 2. CDCB establece: *“Excepto prueba en contrario, se presumirá que pertenecen al cónyuge, por mitad, los bienes que integran el ajuar de casa, pero no se considerarán comprendidos en la presunción las joyas y los objetos artísticos o históricos de valor considerable. A la muerte de uno de*

los cónyuges, aquellos corresponderán en propiedad al sobreviviente y no se computarán en su haber”.

En Ibiza y Formentera no es predicable la presunción de cotitularidad del ajuar familiar del art. 4 CDCB, por ser contraria al régimen de separación absoluta de bienes, en la isla de Ibiza, puesto que ni el legislador de 1961, ni el de 1990, ni el de 2017, la han incluido en la regulación del régimen económico matrimonial propio de la indicada isla (actual art. 67 CDCB), por lo que no se trata de una laguna legal sino de una exclusión buscada de propósito por el legislador por ser contraria dicha presunción a la tradición jurídica ibicenca que rige el sistema económico matrimonial, al conservar cada cónyuge la propiedad exclusiva y excluyente de sus bienes, incluso de los que integran el denominado ajuar familiar (SAP Baleares (Sección 3a) 283/1999).

La reforma de 1990 ya estableció que, aunque se eliminaba la presunción de copropiedad con carácter general, se mantenía la copropiedad del ajuar doméstico, y la apropiación del mismo por parte del cónyuge supérstite.¹²⁸

Desde el punto de vista normativo, debemos simplemente destacar que la competencia en cuanto a la regulación de la responsabilidad de los bienes pertenecientes al ajuar doméstico queda fuera de la competencia estatal mercantil, por lo que la normativa balear no queda en ningún modo alterada por el hecho de que uno de los cónyuges sea empresario.

El motivo es que se trata de un conjunto de bienes no empresariales, cuya finalidad es la de levantar las cargas del matrimonio, lo que debemos encuadrar en las materias civiles sobre las cuales el legislador balear tiene plena competencia.

Los bienes integrantes del ajuar doméstico son aquellos muebles, ropas y enseres necesarios e incluso superfluos destinados al paramento de la vivienda conyugal, que sean usuales al nivel de vida de los cónyuges.¹²⁹ Se trata de bienes adquiridos para el levantamiento de las cargas del matrimonio, entre las cuales se contempla que el hogar familiar cuente con el mobiliario suficiente y adecuado para esta convivencia en común, atendidas las necesidades de sus moradores. Por este motivo, *se excluyen del ajuar*, las prendas de vestir

128. Exposición de motivos de 1990: “*Por ultimo, cabe destacar la modificación sustancial de que ha sido objeto la controvertida presunción de copropiedad del actual artículo 3.3. aceptando el criterio de la doctrina mas autorizada, se ha limitado el juego de la misma a los bienes integrantes del ajuar domestico, estableciéndose, además, la consecuencia de que al fallecimiento de uno de los cónyuges dichos bienes corresponderán en propiedad al sobreviviente sin incluírselos en su haber hereditario (artículo 3.3)*”.

129. El derecho al ajuar obedece a la tradición balear de dar a la viuda “una joya, no la millor”. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 15... *Op. Cit.* p. 186.

de cada uno de los cónyuges, los bienes de uso personal, las joyas y alhajas (SAP Baleares (Sección 5a) 70/2015, 23 marzo) y los objetos artísticos o históricos de valor considerable. La determinación del valor considerable la deja el legislador al arbitrio del Tribunal, sobre lo cual la doctrina considera que guarda una relación con el nivel de vida de la familia, y, en lo esencial, se trata de no dejar vacía de mobiliario al viudo o viuda (SAP Baleares (Sección 5a) 70/2015, 23 marzo).

Solo acreditando la titularidad exclusiva de un bien, o acreditando que el bien no cumple con los requisitos para ser considerado ajuar, se puede desvirtuar la presunción (SAP Baleares (Sección 5a) 70/2015 de 23 marzo).

En este sentido, la clave para considerar un bien como perteneciente al ajuar será su carácter mueble y su adscripción por los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares, y no tanto el criterio de titularidad formal.

CAVANILLAS entiende que el mantenimiento de la presunción de cotitularidad para el ajuar de la casa implica que la común posesión, la comunidad derivada del deber de levantamiento de las cargas del matrimonio y la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no deudor reducen la carga de convicción probatoria de facturas, recibos y contratos referidos a bienes muebles pertenecientes al ajuar de la casa (lavadora, televisor, ...). Aún más, la adquisición para el ajuar familiar puede entenderse como un título atributivo, por lo que de nada serviría ninguna prueba destinada a probar ni siquiera el origen del dinero con que se adquirieron los bienes muebles. La adquisición constante matrimonio de bienes muebles destinados al ajuar familiar –y, por ello, al levantamiento de las cargas familiares– daría lugar a una singular comunidad consorcial que culminaría en la atribución al superviviente de la plena propiedad de los mismos.¹³⁰

En el mismo sentido, MASOT considera que los bienes muebles pertenecientes al ajuar doméstico deben considerarse de copropiedad de ambos cónyuges con independencia de la titularidad (formal) exclusiva de cada uno, porque están afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio.¹³¹

En este sentido, el ajuar del hogar constituiría un patrimonio destinado a atender las cargas familiares, más próximo a una comunidad germánica que a una cotitularidad romana. Ello no es acorde con la tradición jurídica balear,

130. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Op. Cit.* p. 4865-4866.

131. MASOT MIQUEL, Miquel. *Comentarios al CC y las Compilaciones Forales* Tomo XXXI, Vol. 1 º, en ALBALADEJO, Manuel/ DÍAZ ALABART, Silvia. Edersa. Madrid. 2000, p. 98.

tal y como se ha entendido siempre. Sin embargo, ello tendría sentido porque el régimen de esa cotitularidad responde a intereses que antes no estaban en el ánimo de protección del legislador y que, sin embargo, ahora, responden a una nueva política de protección al más desprotegido de los cónyuges.

La SAP Balears, 30 diciembre 1997, establece que la cotitularidad del ajuar doméstico no es una cotitularidad romana de los cónyuges que permita la acción de división, sino que requiere la previa liquidación para conocer el remanente y proceder a la adjudicación. (Es decir, la considera comunidad germánica).

Esta calificación como comunidad germánica podría ser relevante si consideramos que los bienes del ajuar son perseguibles por deudas distintas de las derivadas del levantamiento de las cargas familiares.¹³² En este caso, de ser empresario uno de los cónyuges sí cabría aplicar el art. 6 CCo y las presunciones contenidas en los arts. 7 y 8 CCo.

No obstante, entendemos que las presunciones de los arts. 7 y 8 CCo no son aplicables, pues la doctrina mayoritaria defiende que la naturaleza del ajuar es la de un condominio por cuotas (por mitad) o romano. Es una copropiedad *iuris tantum* que se otorga a cada uno de los cónyuges, y como tal presunción cabe demostrar la titularidad real, en cuyo caso, los bienes integrantes del ajuar doméstico pertenecerán al cónyuge que pruebe su titularidad dominical.¹³³

De acuerdo con esto, FERRER VANRELL critica la sentencia anterior, y entiende que es más conforme con el régimen de separación balear proceder primero a la acción de división de la cosa del art. 404 CC, por entender que la cotitularidad del ajuar doméstico es una cotitularidad romana, y en caso de embargo o deudas aplicar los arts. 403, 405 y 406 CC. El criterio de la Audiencia introduce elementos totalmente comunitarios en el régimen de separación de bienes, que el propio art. 806 LEC excluye, al aplicar normas de gananciales a las de separación.¹³⁴

La clásica calificación como comunidad romana tiene consecuencias en su división y liquidación. La presunción de copropiedad de una mitad indivisa

132. Si se trata de deudas de un solo cónyuge y no son debidas al levantamiento de las cargas familiares, no hay razón para no admitir la acción de división de los bienes integrantes del ajuar doméstico. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 15... *Op. Cit.* p. 187.

133. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 15... *Op. Cit.* p. 185.

134. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 15... *Op. Cit.* p. 187.

del ajuar doméstico actúa constante matrimonio y se concretarán las cuotas ideales mediante la acción de división, que será físicamente imposible y se tendrá que acudir al art. 404 CC, que admite la facultad de pedir la acción de división de cosas “esencialmente indivisibles”, y lo que nos dice es el modo de practicar la división de cosas indivisibles.¹³⁵

4.3.4. Reglas de afección de la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario.

El art. 4.3. CDCB para Mallorca y Menorca, y el art. 67. 1. Párrafo segundo, para Ibiza y Formentera, coinciden en su redacción y establecen que: *“Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque estos derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requiere el consentimiento de los dos o, en su caso, autorización judicial.*

Las disposiciones de los derechos señalados en el párrafo anterior realizadas sin el consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial firme son anulables, a instancia de aquél, durante el plazo de cuatro años contadores desde la inscripción en el Registro de la Propiedad o desde que el cónyuge perjudicado haya conocido el acto en cuestión.

La manifestación errónea o falsa de quien hace la disposición sobre el carácter de la vivienda no perjudica al adquirente de buena fe, sin perjuicio de lo que determine la legislación hipotecaria”.

Estos arts. suponen incorporar al ordenamiento jurídico civil balear el contenido del art. 1320 CC, idéntico al primer y último párrafo, *in limine* de dichos artículos.

Con ello se pone fin a la polémica a la particularidad del régimen balear, ya que la inaplicabilidad del art. 1320 CC, y la inexistencia de un art. similar en la Compilación permitían que el cónyuge titular del derecho a la vivienda (normalmente como propietario) pudiera disponer de la misma (por ejemplo, firmando una hipoteca), sin necesidad del consentimiento de su cónyuge (STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal) 1/1998, 3 septiembre).¹³⁶

135. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 15... *Op. Cit.* p. 186. Citando a MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentario del Código Civil.* Ministerio de Justicia, pág. 1112.

136. Los argumentos utilizados por esta sentencia, son copiados íntegramente en el AP Baleares (Sección 5a) 122/2003, 29 diciembre. STJ Baleares, (Sala de lo Civil y Penal) 1/1998, 3 septiembre, rechazó su aplicación, por ser la regulación del régimen de separación absoluta de bienes de los arts. 3, 4 y 5 CDCB una regulación completa, sobre la que no cabe la aplicación del CC como norma supletoria. *Obiter dicta* señala que el art. 1320 CC no es incompatible con el régimen balear de separación de bienes,

Ello beneficiaba el tráfico mercantil y permitía, por ejemplo, que el cónyuge titular empresario pudiera hipotecar la vivienda para obtener un préstamo para su empresa, a pesar de que la vivienda ya no la usara por haber sido adjudicada a su cónyuge en un proceso de nulidad, separación o divorcio, en virtud del art. 96.3 CC.

Con la nueva redacción se evita la «paradoja» que se daba en el ámbito del Derecho balear, al no admitirse la aplicabilidad del art. 1320 CC, lo que implicaba que estaba menos protegido el cónyuge no titular de la casa familiar durante la convivencia normal del matrimonio que el consorte a quien una sentencia de separación, nulidad o divorcio le atribuya el uso de la vivienda familiar (arts. 90 y ss. CC). Según estos, la adjudicación del derecho de uso de la vivienda obedece al interés del cónyuge más necesitado de protección, y que dicha protección es temporal (SAP Baleares 109/2015, 24 marzo).

Así, la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario no llegan a ser patrimonio común, pero requiere consentimiento del no titular para poderla enajenar. La nueva redacción añade la sanción de anulabilidad del acto de disposición realizado sin el consentimiento del cónyuge no titular.

Ahora bien, si la vivienda habitual lo es del cónyuge empresario individual que se haya constituido como emprendedor de responsabilidad limitada en los términos de la Ley 14/2013,¹³⁷ no es necesario el consentimiento del

pero no existe laguna legal que permita su aplicación. Confirma el argumento el art. 91.1 del Reglamento Hipotecario, que, en virtud del RD 2388/1984 señaló: “*Cuanto la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia (...)*” supuso un reconocimiento expreso por parte del Gobierno Central de que el art. 1320 del CC no es de aplicación general a todo el territorio nacional.

137. Es inembargable la vivienda habitual del empresario individual que se haya constituido como emprendedor de responsabilidad limitada en los términos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Según esta norma, el emprendedor persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición de “Emprendedor de Responsabilidad Limitada” (Art. 7 Ley 14/2013), que deberá inscribirse en el Registro Mercantil y hacerlo constar en toda su documentación (art. 9 Ley 14/2013). Con ella, podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance su vivienda habitual, sea un inmueble propio o común, hasta un límite de valor que determina, y siempre que dicha no vinculación se publique en la inscripción del emprendedor en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio (Art. 8 Ley 14/2013) y en el Registro de la Propiedad, en la hoja abierta al bien (Art. 10.1 Ley 14/2013), y salvo que los acreedores prestaren su consentimiento expresamente, subsistirá la responsabilidad universal del deudor por las deudas contraídas con anterioridad a su inmatriculación en el Registro Mercantil como emprendedor individual de responsabilidad limitada (Art. 9.3 Ley 14/2013).

Lo que se protege es la «vivienda habitual» concepto que también utiliza la reciente Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Parece que la consideración de vivienda habitual es diferente de la vivienda familiar, pues en la citada Ley 1/2013 no se identifican. Qué haya de entenderse por habitual será objeto de polémica, porque la protección de la citada ley y de esa parte patrimonio del emprendedor de responsabilidad limitada en el proyecto, propiciarán discusiones sobre cuándo una vivienda merece tal consideración. El problema que plantea la bienintencionada redacción del precepto es que habitualmente el emprendedor

cónyuge no empresario para proceder a la protección que esta norma le otorga: que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance su vivienda habitual, sea un inmueble propio o común, hasta un límite de valor que determina. Y ello porque el carácter mercantil de la norma se impone sobre el contenido de la Compilación.¹³⁸

En cuanto a los muebles de uso ordinario, la limitación de la facultad dispositiva lo es para los bienes muebles de uso ordinario, que son los que componen el ajuar doméstico.¹³⁹ Si bien, debemos recordar la inembargabilidad del mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del deudor ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo (Art. 606. 1º LEC).

4.4. LA CONTRATACIÓN ENTRE UN EMPRESARIO Y SU CÓNYUGE Y LAS PRESUNCIONES DE SU GRATUIDAD TOTAL O PARCIAL.

4.4.1. Contratación y donaciones entre cónyuges.

Para Mallorca y Menorca, el art. 3.5 CDCB establece que: *“Los cónyuges podrán celebrar entre sí toda clase de contratos y transmitirse bienes y derechos por cualquier título. En caso de impugnación judicial, se presumirá, excepto prueba en contrario, que la transmisión es gratuita.*

Las donaciones entre cónyuges serán revocables tan solo en los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado 1 del art. 7 bis, cuando el donante sea el cónyuge agraviado, por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Se consideran causas de ingratitud, además de las que establece el CC, el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales y la anulación del matrimonio si el donatario hubiese obrado de mala fe.”

El artículo reproduce lo establecido en el art. 4.3 Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la

persona física tiene que ofrecer como garantía su vivienda para acceder al crédito preciso para iniciar o mantener su actividad empresarial o profesional. RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, Edmundo. “Limitación de responsabilidad, remisión de deudas y acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de Apoyo a los Emprendedores”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.5/2013. Parte: Tribuna. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2013.

138. Dicho carácter mercantil se manifiesta en el acceso de dicha limitación de responsabilidad al Registro Mercantil. De no considerarse mercantil, la responsabilidad de la Compilación tendría vigencia, por ser ley posterior.

139. FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 21. El régimen económico matrimonial de separación de bienes en los Libros I y II”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coord.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004, p.236.

Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, si bien se elimina como causa de ingratitud la separación y el divorcio, que se introdujeron por la Ley 3/2009, de 27 de abril, de modificación de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, sobre causas de indignidad sucesoria y desheredación.¹⁴⁰

Para Ibiza y Formentera, el art. 67. 1. párrafo tercero, establece: *“Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí cualquier clase de contratos.*

Las donaciones entre los cónyuges serán revocables por las causas determinadas en el tercer párrafo del art. 3.5.”

Ya se reconocía en la primera redacción de la Compilación la libertad de contratación entre cónyuges, en especial en referencia a que la mujer pudiera libremente afianzar a su marido.¹⁴¹ Actualmente las limitaciones que puedan existir para la contratación entre cónyuges no se derivan de limitaciones de la capacidad de obrar de la mujer, sino exclusivamente de la necesidad de protección de los terceros que puedan ver sus intereses defraudados como consecuencia del conflicto de intereses, o incluso el fraude, que la contratación entre cónyuges genera. Precisamente por ello, se presume la gratuidad de las transmisiones entre cónyuges y se regula en el mismo artículo las donaciones entre cónyuges y su revocación.

Derogada la prohibición de donaciones entre cónyuges, en 1990, se mantiene la presunción de gratuidad de toda transmisión entre cónyuges, en caso de impugnación judicial.

Los requisitos del art. 3.5 CDCB son dos: se refiere solo a los negocios celebrados entre los cónyuges, y el negocio entre cónyuges debe ser impugnado judicialmente. Así, quedan fuera de la presunción los negocios celebrados por un cónyuge con terceros para adquirir un bien con los

140. El punto IX de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2017 aclara que ello se debe a que, *“si desde 2005, no hay culpables (ni responsables jurídicos, ni imputados) de la ruptura de la convivencia matrimonial, no tiene sentido que el simple hecho de la separación o del divorcio pueda ser un castigo al donatario, que ve revocada una donación, sin que la supuesta ingratitud pueda vincularse con ningún comportamiento objetivo. La modificación que sufrió el art. 4.3, 3º CDCB el año 2009, puede implicar, actualmente, unas consecuencias negativas para las mujeres, que, tradicionalmente, han aportado, económicamente, menos al matrimonio o se han enriquecido, económicamente, menos a costa de la convivencia; y, por ello, tradicionalmente, ven compensada su dedicación a la familia (que, en un sistema de separación de bienes, se traduce en un no desarrollo de su patrimonio), con las donaciones que, directa o indirectamente, recibían del esposo”.*

141. Ley 5/1961, de 19 de abril. Art. 4. Párrafo 4. *“La mujer casada puede salir fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él”.*

fondos de contraprestación pertenecientes al otro cónyuge.¹⁴² No cabe en las adquisiciones realizadas de consuno por los cónyuges de tercer transmitente.¹⁴³ No cabe en caso de que sea un cónyuge que pretenda hacerla valer frente a otro (por ejemplo, para conseguir la revocación de la donación encubierta bajo forma de compraventa), pues la Exposición de motivos de la Compilación vincula esta presunción legal a la defensa de intereses de terceros.¹⁴⁴ Además, iría en contra de sus propios actos.¹⁴⁵

Se trata de una presunción que debe aplicarse judicialmente. Es suficiente la impugnación para activar la presunción, por lo que el impugnante solo tiene que probar la transmisión.¹⁴⁶ Y debe existir un interés legítimo por parte del impugnante (ser acreedor o legitimario), interés que debe probarse (STJ Baleares, 8 marzo, 1990). La Compilación excluye la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos para toda clase de donaciones entre cónyuges, por lo que, en caso de acontecer, las donaciones previamente otorgadas a favor del cónyuge solo podrán ser reducidas si perjudican a las legítimas.¹⁴⁷

Los efectos de la impugnación serán la inversión de la carga de la prueba y la rescindibilidad del negocio. La gratuidad de la transmisión puede ser alegada por el impugnante sin necesidad de aportar prueba alguna. Corresponde a los cónyuges probar el carácter oneroso de la transacción entre los mismos si existiera una reclamación judicial que la discutiera (ver STS (Sala de lo Civil) de 30 abril 1991. FJ 5). En cuanto a la rescindibilidad del negocio, lo es en tanto que se presume su gratuidad *iuris tantum*, tanto respecto de los acreedores (acción rescisoria ex art. 1297 CC), como respecto de los legitimarios (reducción de donaciones ex art. 654 y ss. CC).

4.5. El concurso del empresario individual y cómo afecta la normativa concursal al régimen económico matrimonial de Baleares.

El régimen económico matrimonial del empresario casado se ve modificado de manera importante cuando este entra en una situación de insolvencia.

142. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 21... *Op. Cit.* p. 240.

143. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Op. Cit.* p. 4867.

144. Cuestión distinta es que el pretendido donante pueda impugnar el contrato por simulación y demostrar esta mediante el juego de las presunciones familiares y, entre ellas, la del propio vínculo matrimonial existente entre los contratantes. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Op. Cit.* p. 4867-4868.

145. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 21... *Op. Cit.* p. 241.

146. FERRER VANRELL, Pilar. "Lección 21... *Op. Cit.* p. 241.

147. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Op. Cit.* p. 4868.

Se trata de un supuesto previsto puntualmente en la Ley concursal, donde algunos artículos hacen especial referencia al concurso de la persona casada, sin consideración a su carácter de comerciante o no.¹⁴⁸

Algunas de estas normas entran afectan directamente al régimen económico matrimonial. Por ejemplo, la disolución y liquidación del régimen económico, como el de gananciales, debe coordinarse con la liquidación del concurso, lo que resulta difícil cuando ni siquiera se prevé la notificación de la solicitud del concurso al cónyuge del concursado.¹⁴⁹

El art. 1442 CC remite expresamente a las normas concursales: “*Declarado un cónyuge en concurso, serán de aplicación las disposiciones de la legislación concursal*”. Con ello, señala que, en una situación de insolvencia declarada, los conflictos entre la norma civil y la concursal se resuelven a favor de esta. A diferencia del CC, CCCat o la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, no encontramos una norma equivalente en la Compilación Balear, con lo que existe la duda sobre si la norma concursal prevalece sobre ella.

A favor de la aplicación de la Ley concursal, podríamos argumentar que la LC se promulgó con el fin de contener una regulación exhaustiva del concurso, lo que ha llevado que la jurisprudencia considere preferente la

148. Concretamente, la LC se refiere al declarado en concurso casado al tratar las siguientes cuestiones: la solicitud del concurso por el deudor, que si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio (art. 6), la declaración conjunta de concurso de los dos cónyuges (art. 25) y de su acumulación (art. 25 bis), el derecho de alimentos con cargo a la masa del concurso (art. 47), los requisitos para la integración en la masa pasiva de los créditos contra el cónyuge del concursado (art. 49), la disponibilidad de los bienes conyugales (art. 77), la presunción de donaciones y pacto de sobre vivencia entre los cónyuges y el régimen de la vivienda habitual del matrimonio (art. 78), y el régimen de las personas especialmente relacionadas con el concursado: arts. 28, 71, que presume la rescindibilidad de los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, 84, que no considera las inyecciones de nuevo capital realizadas por estas personas como créditos contra la masa, 92, que subordina sus créditos, 93, que define a las personas especialmente relacionadas con el concursado, 118, que les excluye de la facultad de asistir a la Junta de Acreedores como apoderados, 122, que les excluye del derecho de voto en la Junta de Acreedores, 145, que permite que no se extinga el derecho a alimentos con cargo a la masa activa si ello fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, y descendientes bajo su potestad, 146 bis, que no permite la exoneración del pago de deudas de la masa o del concurso al adquirente de unidades productivas que sea persona especialmente relacionada con el concursado, 178 bis, sobre el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, 232, la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos.

149. El cónyuge del concursado está preterido en el proceso concursal a pesar de tener un auténtico interés legítimo en el mismo en la medida en que bienes que son en parte de su propiedad van a ser ejecutados por deudas de su cónyuge. (...)”. CUENA CASAS, M. “Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, núm. 762, pp. 5 y ss.

normativa concursal frente a otras leyes especiales, como las tributarias.¹⁵⁰ Los principios de unidad subjetiva, territorial y jurisdiccional del concurso se romperían si las normas civiles propias de las autonomías pudieran derogar los contenidos de la norma concursal.

Si además uno de los cónyuges es comerciante, el principio de unidad de mercado, protector de la competencia exclusiva estatal en materia mercantil, debe inclinarnos por dar preferencia a la normativa concursal en lo que respecta a las relaciones de este con sus acreedores, y a lo referente a los aspectos externos de su régimen económico matrimonial.

Es el Estado, y no la Comunidad Autónoma, la autoridad constitucionalmente competente, sin perjuicio de que se pueda excepcionar parcialmente aceptando que la normativa autonómica civil sea supletoria de las lagunas de la normativa mercantil estatal. En este sentido, la LC debe entenderse sin duda como preferente a la normativa civil autonómica en caso de concurso y aplicar esta solo en caso de que sea necesaria como supletoria y nunca en contradicción con la normativa estatal.

Más discutible resulta defender que la preferencia concursal lo sea en todo caso, pues la Ley concursal no solo contiene normas mercantiles y procesales (art. 149.1.6 CE) sino también civiles (art. 149.1.8 CE). Así se reconoce en la Disposición final trigésima segunda de la Ley Concursal, al establecer que *“La presente Ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al art. 149.1. 6ª y 8ª de la Constitución, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas”*. Es cierto que este precepto es compatible con la argumentación anterior: puesto que la Ley concursal no regula los regímenes económico matrimoniales, las normas civiles autonómicas se aplicarán supletoriamente.

Sin embargo, también puede interpretarse en el sentido de que, existiendo normas civiles, estas pueden ser tanto estatales como normativa autonómica de Derecho civil propio. Esta opinión es defendida por una parte importante de la doctrina y considera que el legislador concursal debe respetar la norma de Derecho civil propio y no puede modificarla,¹⁵¹ aunque sea contradictoria con la legislación concursal.

150. Criterio del TS en los conflictos entre el art. 77 LGT y la LC, en el sentido de dar preferencia a esta sobre aquella, STS 573/2010, 30 septiembre, entre otras muchas.

151. CUENA CASAS, M. *Op. Cit.* p. 5 y ss.

Así, el hecho de que los arts. 77 y ss. LC no hagan ninguna remisión ni salvedad expresa en relación con las particularidades de los distintos derechos territoriales y que las normas de régimen económico matrimonial puedan incidir directamente en contenidos concursales (como los arts. 231-12, 231-23 y 231-27.2 CCat), a consecuencia de las competencias autonómicas sobre las cuestiones económico-familiares, ha llevado a la doctrina a plantearse la constitucionalidad de esta regulación concursal fuera de la LC (ley estatal dictada al amparo del art. 149.1.6º CE).¹⁵²

THOMÁS entiende que ello debe interpretarse como una limitación del alcance de la norma estatal sobre insolvencia por razón de competencia (del mismo modo que los derechos fundamentales del concursado no pueden regularse en la ley Concursal sino que deben ser regulados por Ley Orgánica).¹⁵³ Por ello, la solución debe ser la contraria: si la norma concursal contradice el contenido de alguna de las normas de derecho civil o especial reguladoras del régimen económico-matrimonial, esta es la que prevalece al tratarse de una materia sobre familia y régimen económico de la misma que se encuentra plenamente asumida por los Estatutos de Autonomía de los territorios con derecho civil propio.¹⁵⁴

En nuestra opinión esta afirmación debe matizarse: cuando ninguno de los cónyuges sea comerciante puede entenderse que las normas civiles sobre régimen económico matrimonial puedan prevalecer. Pero cuando uno de los cónyuges es comerciante, las normas mercantiles, como las de régimen económico matrimonial del CCo, o las concursales de carácter mercantil, por regular la relación del comerciante con sus acreedores, son preferentes a las civiles, incluidas las de Derecho civil propio autonómico, que solo serán útiles como supletorias. Con la excepción de las relaciones internas entre los cónyuges, o con terceros acreedores por las cargas del matrimonio, en las que serán preferentes las normas de Derecho civil propio autonómico.

152. BENAVIDES VELASCO, P.: “El concurso de persona física casada ¿Diferencias territoriales? Una reflexión”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III*, 2010, pp. 333 a 354. Sobre la distribución de competencias en materia mercantil, vid. DÍAZ MORENO, A.: “El Derecho Mercantil en el marco del Sistema Constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (coord. Por J. L. IGLESIAS PRADA), Tomo I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 227–272. Enumeración de las materias procesales desarrolladas por Cataluña en THOMÁS PUIG, Petra. “Determinación de la masa activa del concurso de persona casada. Ley concursal y Derecho civil propio de las Islas Baleares”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 6, feb. 2017, p. 154-155. Nota 4.

153. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”, en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 366 y 367.

154. THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 155.

En todo caso, ello obliga al intérprete de la norma a analizar el concepto de comerciante como presupuesto de aplicación preferente de las normas concursales estatales sobre las autonómicas de derecho civil propio.

Seguidamente, de todas las normas concursales referidas al concursado casado, nos centraremos en las directamente relacionadas con su régimen económico matrimonial, observándolas siempre desde la perspectiva del cónyuge empresario. Concretamente nos referiremos a los arts. 77 y 78 LC, para finalizar con una referencia a las acciones rescisorias, por ser el instrumento concursal para evitar que los contratos entre los cónyuges puedan dar lugar a un perjuicio de la masa, es decir, un perjuicio de todos los acreedores.

4.5.1. Integración de los bienes de ambos cónyuges y del cónyuge no concursado en la masa activa.

El art. 77 LC establece: “1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado.

2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso”.

En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprende los bienes y derechos propios o privativos del concursado, independientemente de cuál sea su régimen económico matrimonial.

La Ley concursal no define el concepto de bienes propios o privativos. Por ello, como ya hemos visto, cuando el régimen económico de los cónyuges sea el de separación de bienes de la CDCB, debemos seguir el criterio de titularidad formal. Ello nos llevaría a entender que los bienes que fueran de titularidad formal del cónyuge no concursado deberían separarse de la masa activa, a pesar de que el origen de los fondos para adquirirlo fuera del concursado. Con todo, este perjuicio para la masa quedaría corregido a través de las operaciones de reintegración del art. 71 y ss. LC,¹⁵⁵ o con las presunciones mucianas concursales.

¹⁵⁵ En la práctica, se pueden plantear supuestos en los que forman parte de la masa activa concursal, bienes que no son titularidad del concursado o sobre los que el concursado no tiene todas las facultades de gestión y disposición y otros que están en posesión de un tercero o que han salido del patrimonio del concursado perjudicando a la masa lo que no impide el ejercicio de las acciones de reintegración. THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 153.

En los regímenes de separación de bienes no existen bienes comunes afectos a las cargas del matrimonio, pero sí existe una vinculación de ciertos bienes, independientemente de su titularidad, afectos a dichas cargas: la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia. Sobre la vivienda habitual, existe un precepto específico, el art. 78 LC, que tratamos más abajo. En cuanto a los muebles de uso ordinario, se presume cotitularidad cuando pertenecen al ajuar, pero si se rompe la presunción y se acredita que dichos bienes son propiedad exclusiva del cónyuge concursado, se integrarán en la masa activa. Si dichos bienes son propiedad exclusiva del cónyuge no concursado, el consentimiento que necesariamente debe dar este para que queden sujetos a las responsabilidades derivadas de la atención de las cargas comunes es suficiente como para que puedan ejecutarse directamente sin integrarlos en el concurso, con lo que los acreedores del concursado cuyos créditos tengan dicho origen tendrán un patrimonio separado del concurso contra el que acudir.

En cualquier caso, si el concursado fuera comerciante, los bienes propios de su cónyuge quedarán vinculados en el caso de que este hubiere consentido expresamente en la vinculación de los mismos a las deudas del deudor (art. 9 CCo).

Respecto a los bienes comunes, el art. 77.2 LC habla de los bienes comunes, dentro de la sociedad de gananciales o cualquier otro régimen de comunidad de bienes, dejando de lado los bienes comunes en comunidad romana, que deben seguir el régimen del art. 77.1 LC.¹⁵⁶

El régimen de comunidad romana es frecuente en los regímenes de separación de bienes, para los cuales suele predicarse la copropiedad de los bienes cuya titularidad privativa no esté acreditada, que en Derecho civil balear solo se interpreta en sede judicial, y el procedimiento concursal lo es, o como presunción legal de cotitularidad del ajuar familiar (art. 4.2 CDCB). En estos casos, iría a la masa del concurso la cuota participativa del cónyuge, por lo que la administración concursal, en su caso con autorización del juez del concurso, podría pedir la división de la cosa común, sobre cada uno de los bienes en copropiedad romana.

156. Opinión contraria es la de ORDUÑA/PLAZA que afirman que “Cuando no sea posible determinar a qué cónyuge pertenece un bien o derecho, se presume que es de ambos cónyuges por mitad (art. 1441 CC), en cuyo caso se rige por lo previsto en la Ley para los bienes comunes (art. 77.2 LC)”. ORDUÑA MORENÓ, Francisco Javier/ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 77. Bienes conyugales”, en ROJO, Ángel/ BELTRÁN, Emilio. *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I. Madrid, 2004, p. 1409.

4.5.2. Las presunciones concursales de gratuidad de las transmisiones entre cónyuges.

El Art. 78 LC establece presunciones quasi mucianas en beneficio de la masa, reglas sobre los pactos de sobrevivencia entre los cónyuges y sobre la adjudicación de la vivienda habitual del matrimonio en caso de concurso.

Se trata de reglas que entran en conflicto con el art. 3.5 CDCB, que señala en su párrafo segundo que, en caso de impugnación judicial de la transmisión de bienes y derechos entre los cónyuges, se presumirá, excepto prueba en contrario, que la transmisión es gratuita, en su totalidad, y no en un 50%.

Para confirmar la aplicación de la Ley concursal conviene concretar el carácter civil o mercantil de estas normas concursales, ya que, en caso de considerarse civil, parte de la doctrina considera la preferencia de las normas civiles autonómicas.

FRADEJAS afirma que la presunción *quasi muciana* concursal es una institución civil, ya que el art. 78.1 LC es una norma reguladora de las relaciones económicas entre cónyuges, al igual que los arts. 1318 y ss. CC, sin más particularidad que la de tener como desencadenante la situación de insolvencia declarada de uno de los esposos.¹⁵⁷

THOMÁS, coincide en calificarla como civil,¹⁵⁸ pues lo que se intenta con ella es regular determinadas relaciones económicas entre cónyuges, sin que esta naturaleza se altere por su mera inclusión en la Ley Concursal.¹⁵⁹

Según THOMÁS, el problema que se plantea en el caso de concurso de persona casada en régimen de separación, a efectos de composición de la

157. FRADEJAS RUEDA, Olga María. “Aproximación a la presunción muciana del art. 78.1 de la Ley Concursal”, en AA.VV. *Estudio de Derecho de sociedades y Derecho concursal*. Ed. Marcial Pons. 2007, p. 1841.

158. Se trata de una presunción de fraude (aplicable tanto a procesos de ejecución singular como colectiva) que afecta a cualquier persona casada acogida a determinados regímenes económico matrimoniales (como el régimen económico de separación de bienes de Cataluña o Baleares), en lo que se refiere a las relaciones económicas con su cónyuge. En el momento de dictarse la LC (2003), la presunción muciana del art. 78.1 y 2 LC incidía en lo ya regulado por los arts. 12 y 39 del hoy derogado Código de Familia de Cataluña de 1998. Actualmente el Libro II del CC de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio) ha regulado la cuestión en el art. 231-12 en el marco de las disposiciones generales aplicables a todo régimen económico matrimonial, abarcando incluso el de gananciales. THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 156.

159. A favor de su carácter concursal, vid. ÁLVAREZ OLALLA, P.: “La incidencia de la LC en los regímenes económico matrimoniales de derecho foral a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución”, *Derecho privado y Constitución*, 2010, núm. 24, pp. 67 y ss.

masa activa del concurso, es el de determinar la titularidad de determinados bienes si se desconoce cuál de los dos cónyuges lo adquirió o, si se sabe que lo ha adquirido uno pero lo ha hecho con los recursos del otro pues, al no regir en el régimen de separación el principio de subrogación real, este bien pertenece al cónyuge que lo ha adquirido (independientemente de la procedencia de los recursos utilizados para ello).¹⁶⁰ En la CDCB los bienes que se adquieran a título oneroso durante el matrimonio son del cónyuge determinado en el título adquisitivo. Sin embargo, el problema que ello supone, a efectos concursales, es que un deudor preinsolvente pueda poner a disposición de su cónyuge los recursos necesarios para adquirir un nuevo bien, en cuyo caso, el cónyuge no deudor será su titular y el bien no integrará la masa activa del concurso del cónyuge deudor, con el consiguiente perjuicio de los acreedores de este.¹⁶¹ Para solucionar este problema, en relación con la persona casada cuyo matrimonio se rige por el ordenamiento de las Islas Baleares, se presumirá la gratuidad de la transmisión en el caso de contratos y transmisiones de bienes por cualquier título entre cónyuges, si el matrimonio se rige por las disposiciones del Libro Primero (Mallorca) o Segundo (Menorca) de la CDCB. La brevedad de esta regulación hará necesaria la integración con las normas de derecho común (art. 78. 1 y 2 LC).¹⁶² Esta aplicación preferente de la Compilación Balear sería más protectora para los acreedores del concursado al presumir la gratuidad de toda la transmisión en vez de solo de la mitad como hace el art. 78 LC. Además, es más acorde con la presunción de titularidad del concursado de todo el saldo de las cuentas corrientes indistintas del art. 79 LC.

En cambio, si el matrimonio se rige por las disposiciones del Libro Tercero (Ibiza y Formentera), ante la falta de una regulación propia en la CDCB, se aplicará supletoriamente la presunción muciana concursal del art. 78.1 y 2 LC.¹⁶³

Otros autores, aunque consideran el art. 78 LC como norma civil, entienden que es aplicable a todo el territorio nacional y afecta, “siquiera indirectamente”, a las normas civiles forales o especiales, como la catalana,¹⁶⁴ o la balear.

160. THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 159.

161. THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 160.

162. THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 160.

163. THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 160.

164. FRADEJAS RUEDA, Olga María. *Op. Cit.* p. 1346.

A esta opinión debemos añadir un importante matiz cuando el concursado es comerciante y la deuda no ha sido generada por cargas familiares. En esta situación las normas concursales tienen un marcado carácter mercantil, pues la naturaleza civil o mercantil de la institución debe considerarse de acuerdo con la naturaleza de las personas afectadas. Así, cuando uno de los cónyuges es comerciante, las relaciones entre este y su cónyuge pueden ser reguladas internamente por normas civiles o mercantiles, según se realicen en el ámbito de la empresa o no. En cuanto las normas afectan a las relaciones del comerciante con sus acreedores o a su régimen de responsabilidad frente a los mismos,¹⁶⁵ entramos de lleno en el ámbito constitucional de la legislación mercantil, de competencia estatal. En consecuencia, la alegada supletoriedad del art. 78 LC con respecto a la normativa civil autonómica desaparece, siendo más bien la civil autonómica que se considerará supletoria de la concursal, siempre que no contradiga los principios de la concursal. En consecuencia, podríamos entender que la presunción de gratuidad de las transmisiones del art. 3.5 CDCB no prevalece frente a lo dispuesto en el art. 78 LC, al menos cuando el concursado casado es empresario.

Art. 78. 1. In limine, Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado.

Esta presunción está pensada para los negocios del cónyuge concursado con terceros, aunque nada impide su aplicación también a los negocios realizados entre los cónyuges.¹⁶⁶

La prueba de que los bienes proceden del patrimonio del concursado corresponde al administrador concursal o a los acreedores. La presunción puede ser desvirtuada por el cónyuge del concursado acreditando que dichos bienes o dinero fueron adquiridos a título oneroso, o, que los bienes utilizados en los negocios jurídicos son de su exclusiva titularidad.¹⁶⁷

165. THOMÁS entiende que “La presunción muciana concursal, no afecta a la responsabilidad del empresario casado, sino que se trata de una norma de extensión de la responsabilidad en caso de concurso con independencia del estatuto jurídico al que se encuentre sometido el concursado (empresario o no).” THOMÁS PUIG, Petra. *Op. Cit.* p. 156. Nota 11.

166. Se deduce de una interpretación extensiva del art. 78.1 LC (lo mismo afirman respecto al Derecho civil catalán, si bien, extiende la presunción a la totalidad de la responsabilidad en caso de concurso con independencia del estatuto jurídico al que se encuentre sometido el concursado (empresario o no).) ORDUÑA MORENO, Francisco Javier/ PLÁZA PENADÉS, Javier. *Op. Cit.* p. 1417.

167. ORDUÑA MORENO, F.J./ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 78. Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”, en ROJO, Ángel/ BELTRÁN, Emilio. *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I. Madrid, 2004, p. 1418.

Se trata de una norma de carácter rescisorio concursal, pensada para la protección de los acreedores, con independencia de que, en realidad haya habido o no cooperación al fraude.¹⁶⁸

No obstante, lo que se pretende, en el caso de la doble presunción del art. 78.1 LC, no es la reintegración del bien adquirido por el cónyuge no concursado sino la recuperación del dinero donado (se presume la donación no del bien adquirido, sino del total o la mitad de la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado), por lo que no se ataca el negocio oneroso entre el cónyuge no deudor y el tercero sino el negocio gratuito entre los cónyuges.¹⁶⁹ Por tanto, el régimen de reintegración será el previsto para los actos que no pueden ser objeto de reintegración (arts. 71 a 73 LC).

La doctrina entiende que el plazo dentro del cual debe haberse realizado la adquisición es el plazo de dos años hasta la declaración del concurso, puesto que la administración concursal deberá ejercitar acciones rescisorias para la recuperación del bien o su valor, y ese es el plazo del art. 71.1 LC. No obstante, también entienden aplicable el plazo de cuatro años del ejercicio de las acciones rescisorias de los arts. 1291.3 y 1297-I CC),¹⁷⁰ aunque ello requeriría la prueba de la intención de defraudar.

Algunos autores defienden la aplicabilidad al régimen de participación,¹⁷¹ y su inaplicabilidad al de gananciales.¹⁷²

Art. 78. 1. In fine. “De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso”.

Cuando respecto de todos o algunos bienes no pueda acreditarse la procedencia del patrimonio del deudor concursado, será aplicable esta segunda presunción, subsidiaria, de que su mitad fue donada por el concursado a su cónyuge. Aquí sí se explicita el plazo, que es el de un año hasta la declaración

168. FRADEJAS RUEDA, Olga María. *Op. Cit.* p. 1347.

169. ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, Barcelona, 2005. P. 99 y ss.

170. ORDUÑA MORENO, F.J./ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 78... *Op. Cit.* p. 1418.

171. Por aplicación del art. 1413 CC, según el cual “*en todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán, durante la vigencia de régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes*”. FRADEJAS RUEDA, Olga María. *Op. Cit.* p. 1350.

172. FRADEJAS RUEDA, Olga María. *Op. Cit.* p. 1349.

del concurso. También se trata de una presunción *iuris tantum*, recayendo la carga de la prueba en el cónyuge no concursado.¹⁷³

Art. 78. 2. “Las presunciones a que se refiere este artículo no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho”.

La situación de separación de hecho debe darse tanto en el momento anterior a la adquisición de los bienes, como en todo el período de tiempo posterior, al menos durante la vigencia del concurso, ya que la reconciliación posterior (art. 88 CC) extinguiría la situación de separación y provocaría, si se dan los presupuestos, la aplicación de las presunciones.¹⁷⁴

En el art. 78.2 LC no se concreta en qué momento debe haberse producido la separación que, en cualquier caso, deberá haber sido previa a la adquisición del bien. Lo más razonable, desde un punto de vista concursal, es exigir la separación no solo al adquirirse el bien sino también durante todo el periodo sospechoso y al declararse el concurso ya que, en otro caso, sobre todo en caso de separaciones de hecho, puede ser muy fácil burlar la norma. La separación debe probarla quien pretenda desvirtuar la presunción pues se presume que los cónyuges viven juntos.¹⁷⁵

Art. 78. 3. *párrafo primero*. “Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado”.

Los pactos de supervivencia no se regulan expresamente en el CC, pero sí en normas civiles autonómicas (como en los arts. 231-15 a 231-18 CCCat), además de poderse pactar en capitulaciones matrimoniales en cualquiera de los Derechos civiles españoles (para el CC, STS 4 mayo 1910, y rDGRN 19 mayo 1917 y 5 mayo 1932).

En el art. 4.2 CDCB, como en el art. 1321 CC, se prevé legalmente la atribución al cónyuge sobreviviente de la íntegra propiedad de los bienes que integran el ajuar de la casa, que una vez fallecido uno de los cónyuges, se trata de bienes de los que se presume la copropiedad antes del fallecimiento

173. ORDUÑA MORENO, F.J./ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 78... *Op. Cit.* p. 1419. Entienden que en Derecho catalán la presunción no afecta a la mitad sino a la totalidad de los bienes.

174. ORDUÑA MORENO, F.J./ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 78... *Op. Cit.* p. 1420.

175. THOMÁS PUIG, Petra. “*Op. Cit.* p. 167.

de cualquiera de los cónyuges, por lo que entendemos que entran dentro del supuesto de hecho de este párrafo.

Art. 78. 3. párrafo segundo. El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno.

Para ejercitar el derecho de preferencia, el cónyuge del concursado deberá satisfacer en metálico a favor de la masa la mitad del valor actual de los bienes, de acuerdo con el valor de mercado. Dicha valoración no es tan libre en el caso de que se trate de vivienda habitual, si bien, algunos autores afirman que, caso de haber una diferencia importante entre *el precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico* y el valor de mercado, debe ceder a favor de este, dado el carácter oneroso que toda adjudicación de bienes debe tener en el seno del concurso.¹⁷⁶

Algunos autores entienden que este precepto es aplicable incluso en los casos en que Derechos civiles forales o especiales establezcan reglas diferentes para casos de embargo, especialmente en caso de liquidación, como ocurría en Cataluña. Y ello, porque se limita a dar un tratamiento unitario de dichos pactos en el ámbito concursal, sin afectar más que en lo imprescindible, y solo a efectos concursales, a su régimen jurídico sustantivo.¹⁷⁷

5. CONCLUSIONES

El que uno de los cónyuges tenga la consideración de empresario es relevante en la aplicación de las reglas del régimen económico matrimonial de separación de bienes en Derecho balear.

En primer lugar, porque supone la aplicación de los arts, 6 a 12 CCo con preferencia a las normas de la Compilación, que será supletoria de las normas del Código de Comercio.

176. ORDUÑA MORENO, F.J./ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 78... *Op. Cit.* p. 1421.

177. ORDUÑA MORENO, F.J./ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 78... *Op. Cit.* p. 1421-1422.

La supletoriedad de la CDCB es relevante en la aplicación de los arts. 6 y 9 CCo, puesto que, a falta de un criterio mercantil de atribución de titularidad, aplicaremos el criterio de titularidad formal para determinar cuándo los bienes son propios del empresario comerciante, y quedan sujetos a las resultas del comercio; y cuándo son bienes propios de su cónyuge, por lo que, para quedar vinculados, requeriremos el consentimiento expreso de este. Consentimiento expreso que debe darse también en los casos de delegación de la administración de los bienes, mandato que seguirá las reglas del contrato de comisión si se realiza sobre los bienes de la empresa.

En cuanto a los bienes comunes, no son aplicables las presunciones de los arts. 7 y 8 CCo, pensadas para regímenes de comunidad, donde existe una comunidad germánica de los bienes gananciales. Cuando el régimen es de separación de bienes balear, los bienes en común lo son como comunidad romana, por lo que, para vincularlos íntegramente a las resultas del comercio es necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Ni siquiera cabría la aplicación de los arts. 7 y 8 al ajuar familiar, puesto que la comunidad del ajuar lo es para atender las cargas del matrimonio, no para atender deudas mercantiles de uno de los cónyuges. En consecuencia, la liquidación del régimen de separación de bienes se producirá sobre cada bien, a través de la acción de división de cosa común (arts. 400 a 406 CC).

Con todo, existe una importante particularidad cuando los bienes comunes están vinculados a una actividad mercantil, pues si se configuran como empresa, en muchos casos podríamos entender que constituyen un patrimonio separado perteneciente a una sociedad mercantil irregular, al que aplicaríamos las reglas de los arts. 116 y ss. CCo. Entonces bastaría el consentimiento del cónyuge que actuara como gestor de dicha sociedad para que los bienes quedaran vinculados a las resultas del comercio.

La modificación del régimen económico matrimonial mediante capitulaciones o espòlits sigue lo dispuesto en el art. 12 CCo, que implica su inscripción en el Registro Mercantil para que pueda producir efectos respecto a terceros. Ahora bien, la jurisprudencia admite que el despliegue de efectos respecto a terceros se produzca por la inscripción en el Registro Civil, y en el Registro de la Propiedad si los bienes que pretenden vincular a la actividad mercantil son inmuebles, en virtud del art. 1333 CC.

La supletoriedad de la CDCB se da solo respecto a la responsabilidad del patrimonio del cónyuge empresario por las deudas comerciales que este contraiga con terceros, es decir, respecto del art. 3 CDCB, no respecto a los efectos patrimoniales del matrimonio entre los cónyuges, o por las deudas

para la atención de las cargas familiares, respecto de las que el art. 4 CDCB es aplicable directamente. En estos casos, el carácter de empresario de uno de los cónyuges plantea la delimitación de las cargas del matrimonio en los casos de bienes que se dediquen también para la empresa, o si la ayuda del cónyuge no empresario al empresario puede entenderse como contribución a las cargas del matrimonio y generar derecho a una compensación.

Respecto de la vivienda habitual, si el empresario se inscribe como emprendedor de responsabilidad limitada, la podrá convertir en un bien inembargable si se dan ciertas circunstancias.

Finalmente, hemos analizado la presunción judicial de gratuidad de las transmisiones de bienes y derechos entre cónyuges prevista para Mallorca y Menorca, en el art. 3.5 CDCB. Dicha presunción choca con la presunción quasi muciana de la Ley concursal. Dicho conflicto debe resolverse a favor de la Ley concursal cuando el cónyuge concursado sea empresario, lo que implica una presunción de gratuidad solo por la mitad de la transmisión, sin perjuicio de que la otra mitad quepa el ejercicio de las acciones rescisorias concursales.

6. BIBLIOGRAFÍA.

ALVAREZ OLALLA, Pilar. *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*. Ed. Thomson Reuters- Aranzadi. Pamplona, 1996.

ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, Barcelona, 2005.

ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. “Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación. Los artículos 232-3 y 4 del Código civil de Cataluña”. *InDret* 4/2011. Barcelona, octubre 2011.

BENAVIDES VELASCO, P.: “El concurso de persona física casada ¿Diferencias territoriales? Una reflexión”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III*, 2010, pp. 333 a 354.

BROSSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil*. Volumen I. Tecnos. Madrid, 2016.

BROSSETA, M./ MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil*. Volumen II. Tecnos. Madrid, 2015.

CARDONA GUASCH, Olga. “Lección 17. Los efectos patrimoniales del matrimonio en el Libro III de la Compilación”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coor.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004, p. 196-200.

CARDONA GUASCH, Olga, “Lección 19. Los espòlits”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coor.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004.

CARDONA GUASCH, Olga Patricia. *Acolliment en la quarta part dels milloraments. Un estudi sobre la tradició jurídica pitiusa*. Ed. Lleonard Montaner, Palma de Mallorca, 2013.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. “El régimen económico matrimonial (Islas Baleares)”, en BERCOVITZ, Rodrigo/ MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián. *Derechos civiles de España. Volumen VIII*. Ed. Aranzadi. Marzo, 2000, p. 4841-4873.

CUENA CASAS, M.: “Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, núm. 762, pp. 5 y ss.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. “El término Derecho común en el Código de comercio”. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 22, N° 4, 1969, pp. 839-874.

DÍAZ MORENO, A.: “El Derecho Mercantil en el marco del Sistema Constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coor.). *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 227–272.

DOMENGE AMER, Bartolomé. “El sostenimiento de las cargas familiares en el régimen de separación de bienes”, en *Revista Jurídica del Notariado*, 1993, pp. 79 y ss.

FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 6: La aplicación del Derecho civil de Baleares. El sistema de integración de las normas”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coord.). *Lecciones de Derecho civil Balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. 3ª Ed. Palma de Mallorca. 2004, pp. 78-90.

FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 15. Los efectos patrimoniales inter vivos del matrimonio”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coor.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004, pp. 178 y ss.

FERRER VANRELL, Pilar. “Lección 18. El régimen paccionado. Las capitulaciones matrimoniales”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coor.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004, pp. 201-209.

FERRER VANRELL, Pilar “Art. 5. Régimen económico de la pareja”, en FERRER VANRELL, P. (Coor.)/ CARDONA GUASCH, O./COCA PAYERAS, M./MUNAR BERNAT, P./VERDERA IZQUIERDO, B./VILA RIBAS, C. *Ley de parejas estables de las Illes Balears*. Institut d’Estudis Autònoms. L’esperit de les Illes. Palma (Mallorca). 2007, pp. 125-156.

FRADEJAS RUEDA, Olga María. “Aproximación a la presunción muciana del art. 78.1 de la Ley Concursal”, en AA.VV. *Estudio de Derecho de sociedades y Derecho concursal*. Ed. Marcial Pons. 2007, pp. 1839-1862.

GARCÍA CANTERO, Gabriel. “Empresa familiar y sociedad de gananciales”, en VV.AA. *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Editorial Civitas. Madrid, 1995, pp. 83-96.

GARCIA VILLAVARDE, Rafael. “El ejercicio del comercio por persona casada”, en *Revista de Derecho Mercantil*. n.º 165-166. Julio – Diciembre, 1982, pp. 497-534.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael. “El ejercicio del comercio por persona casada tras la Ley de 2 de mayo de 1975”, en AA.VV. *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Ed. Civitas. Madrid. 1978, pp. 283-312.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. “Algunos aspectos (más o menos) mercantiles de la reforma del régimen económico del matrimonio”, en *Revista de Derecho bancario y bursátil*. Núm. 7, Julio - Setiembre 1982, pp. 535-566.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Miguel Ángel. “La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1983, pp. 585-617.

MASOT MIQUEL, Miguel. *Comentarios al CC y las Compilaciones Forales* Tomo XXXI, Vol. 1 º, en ALBALADEJO, Manuel/ DÍAZ ALABART, Silvia. Edersa. Madrid. 2000.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”, en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

MONSERRAT QUINTANA, Antonio. “Lección 20. La dote y las instituciones dotales. El escreix”, en FERRER VANRELL, Pilar (Coord.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Ed. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2004, pp. 218-225.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier/ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 77. Bienes conyugales”, en ROJO, Ángel/ BELTRÁN, Emilio. *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I. Madrid, 2004, pp. 1407-1413.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier/ PLAZA PENADÉS, Javier. “Art. 78. Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio”, en ROJO, Ángel/ BELTRÁN, Emilio. *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I. Madrid, 2004, pp. 1414-1423.

RAMS ALBESA, J./ MORENO MARTÍNEZ, J. A. *El régimen económico del matrimonio. (Comentarios al Código Civil: Especial consideración a la doctrina jurisprudencial)*. Ed. Dykinson. Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo. “Limitación de responsabilidad, remisión de deudas y acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de Apoyo a los Emprendedores”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.5/2013. Parte: Tribuna. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2013.

RIBERA BLANES, Begoña. *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

ROJO, Ángel. “Ejercicio de la actividad mercantil por persona casada”. URÍA, R./ MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Civitas. 1999. pp. 86-91.

THOMÁS PUIG, Petra. “Determinación de la masa activa del concurso de persona casada. Ley concursal y Derecho civil propio de las Islas Baleares”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 6, feb. 2017, pp. 151-173.

THOMÁS PUIG, Petra. “Presunciones de cotitularidad y de donación entre cónyuges casados en régimen de separación en caso de concurso de uno de ellos. Ley concursal y Derecho civil propio de las Islas Baleares”, en *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 24, julio 2017, pp. 170-191.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. “Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal”, *Derecho Privado y Constitución* Núm. 27, enero-diciembre 2013. Págs. 209-250.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. “Panorama actual de la compensación económica por trabajo para la familia en Baleares”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre, 2018) Estudios, pp. 1-62.

VILA RIBAS, Carmen. “El régimen económico matrimonial en el proyecto de reforma de la Compilación de Derecho civil de Baleares”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, n.º 16, Palma, 1988.

2. DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO 2018-2019 DE DON LUIS CAZORLA PRIETO SOBRE LEGITIMIDAD MONÁRQUICA Y GESTIÓN ECONÓMICA DE LA MONARQUÍA

EL PRESUPUESTO DE LA CASA DEL REY

Luis María Cazorla Prieto

El señor Cazorla Prieto, después de expresar el honor que la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleare le ha hecho confiándole la conferencia inaugural del curso 2018-2019 y expresar su más hondo agradecimiento, expuso una síntesis del texto que se inserta a continuación debidamente actualizado.

A. INTRODUCCIÓN

El artículo 65.1 de la Constitución establece que: «El Rey recibe de los Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de la Familia y Casa, y distribuye libremente la misma»¹.

A la luz de este precepto, paso a examinar las técnicas, procedimientos e instrumentos administrativos concretos observados por el complejo orgánico al servicio del Rey desde el punto de vista de la adecuación a lo rector de la gestión del sector público en un extremo tan sustancial como es el presupuestario.

B. LA CONSIGNACIÓN EN LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

Acertó la Constitución imponiendo en el precepto indicado en último lugar que la cantidad global para el sostenimiento de «su Familia y Casa» que recibe el Rey figure en los Presupuestos Generales del Estado. Una exigencia básica del Estado de Derecho en el que la monarquía parlamentaria se inserta lo impone. La jefatura del Estado personificada en el monarca es un órgano

1. Datos y consideraciones de Derecho comparado nos brinda A. TORRES DEL MORAL, El Príncipe de Asturias (su estatuto jurídico), Congreso de los Diputados, 1997, páginas 227 y siguientes. Datos históricos referidos a la trayectoria de la dotación de la Corona en el constitucionalismo español pueden verse en M. BASSOLS COMA, «Instituciones administrativas al servicio de la Corona...», páginas 162 y siguientes, y sobre «los servicios de la Jefatura del Estado en las Repúblicas parlamentarias» este mismo autor en las páginas 168 y siguientes del mismo trabajo.

del Estado, y como tal la cobertura económica de los órganos administrativos a su disposición y su asignación personal debe venir por los cauces de los Presupuestos Generales del Estado, cuyo «examen, enmienda y aprobación» corresponde a las Cortes Generales a través de la pertinente ley anual².

C. ¿UNA CANTIDAD GLOBAL AL MARGEN DE PRINCIPIOS PRESUPUESTARIOS APLICADOS EN EL SECTOR PÚBLICO?

a. La Ley de Presupuestos Generales del Estado cumple con la Constitución consignando una «cantidad global» para el sostenimiento de «Familia y Casa» del Rey.

b. El resumen general por servicios y capítulos del presupuesto de gastos que se incluye en los Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, aprobados por la Ley 3/2017, de 27 de junio, junio recoge la siguiente partida destinada a la Casa de su Majestad el Rey³:



PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO
ESTADO
Resumen general por servicios y capítulos del presupuesto de gastos

EJERCICIO PRESUPUESTARIO
2017

(Miles de euros)

Orgánica	Explicación	Cap. 4	Cap. 5	Cap. 6
01	CASA DE SU MAJESTAD EL REY	7.818,89		
01.01	CASA DE SU MAJESTAD EL REY	7.818,89		



PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO
ESTADO
Resumen general por servicios y capítulos del presupuesto de gastos

EJERCICIO PRESUPUESTARIO
2017

(Miles de euros)

Orgánica	Explicación			Total
01	CASA DE SU MAJESTAD EL REY			7.818,89
01.01	CASA DE SU MAJESTAD EL REY			7.818,89

2. En este sentido entiende J. CREMADES GARCÍA, La Casa de S.M. El Rey, Civitas, Madrid, 1998, página 50: «La cantidad global que recibe el Rey no es un sueldo o salario, sino que constituye el presupuesto de un Órgano del Estado que ha de distribuirse según establezca el propio Órgano, en todo dependiente del Jefe del Estado... La dotación consiste en la cantidad dineraria, perteneciente a la Hacienda Pública, de la que el Órgano de la Jefatura del Estado puede disponer para satisfacer sus necesidades y cumplir con dignidad su alto rol institucional».

3. Los Presupuestos Generales del Estado aprobados para 2017, en formato «tomos», recoge en el Tomo I relativo a los Gastos por programas y memoria de objetivos lo siguiente:

c. El resumen general por servicios y capítulos del Presupuesto de gastos que se incluye en la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 prorrogados para 2019, recoge la siguiente partida destinada a la Casa de su Majestad el Rey:⁴



PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO
ESTADO, OO.AA., RESTO DE ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO
DEL SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO ESTATAL CON
PRESUPUESTO LIMITATIVO Y S.SOCIAL
 Resumen orgánico por programas del presupuesto de gastos. Capítulos 1 a 9

PRESUPUESTO
2018-P

Sección: 01 CASA DE SU MAJESTAD EL REY

(Miles de euros)

Clasif. por programas	Explicación	ESTADO	Total
911M	Jefatura del Estado	7.887,15	7.887,15
	TOTAL CONSOLIDADO	7.887,15	7.887,15
	TOTAL	7.887,15	7.887,15



PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO
ESTADO, OO.AA., RESTO DE ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO
DEL SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO ESTATAL CON
PRESUPUESTO LIMITATIVO Y S.SOCIAL
 Resumen orgánico por programas del presupuesto de gastos. Capítulos 1 a 8

PRESUPUESTO
2018-P

Sección: 01 CASA DE SU MAJESTAD EL REY

(Miles de euros)

Clasif. por programas	Explicación	ESTADO	Total
911M	Jefatura del Estado	7.887,15	7.887,15
	TOTAL CONSOLIDADO	7.887,15	7.887,15
	TOTAL	7.887,15	7.887,15

Servicio	Programa	Económica	Explicación	Total
v	01		CASA DE SU MAJESTAD EL REY	
v		911M	Jefatura del Estado	
v		4	TRANSFERENCIAS CORRIENTES	
v		48	A familias e instituciones sin fines de lucro	7,818,89
v		480	A S.M. el Rey. Para el sostenimiento de su Familia y Casa (Art. 65 de la Constitución)	7,818,89
			TOTAL TRANSFERENCIAS CORRIENTES	7,818,89
			TOTAL Jefatura del Estado	7,818,89
			TOTAL CASA DE SU MAJESTAD EL REY	7,818,89
			TOTAL CASA DE SU MAJESTAD EL REY	7,818,89

4. Los Presupuestos Generales del Estado para 2018 prorrogados para 2019, en formato «tomos», recoge en el tomo I relativo a los Gastos por programas y memoria de objetivos lo siguiente:

d. El resumen general por servicios y capítulos del Presupuesto de gastos que se incluye en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 2019, recoge la siguiente partida destinada a la Casa de su Majestad el Rey⁵:



PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO
ESTADO, OO.AA., RESTO DE ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO
DEL SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO ESTATAL CON
PRESUPUESTO LIMITATIVO Y S.SOCIAL

PRESUPUESTO
2018-P

Sección: 01 CASA DE SU MAJESTAD EL REY
 Programa: 911M Jefatura del Estado

(Miles de euros)

Orgánica	Económica	Explicación	Total
01.01		CASA DE SU MAJESTAD EL REY	
	4	TRANSFERENCIAS CORRIENTES	
	48	A familias e instituciones sin fines de lucro	7.887,15
	480	A S.M. el Rey. Para el sostenimiento de su Familia y Casa (Art. 65 de la Constitución)	7.887,15
		TOTAL TRANSFERENCIAS CORRIENTES	7.887,15
		TOTAL CASA DE SU MAJESTAD EL REY	7.887,15
		TOTAL Jefatura del Estado	7.887,15

5. El Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 2019, en formato «tomos», recoge en el tomo I relativo a los Gastos por programas y memoria de objetivos lo siguiente:



PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO
ESTADO, OO.AA., RESTO DE ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO
DEL SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO ESTATAL CON
PRESUPUESTO LIMITATIVO Y S.SOCIAL

EJERCICIO PRESUPUESTARIO
2019

Sección: 01 CASA DE SU MAJESTAD EL REY
 Programa: 911M Jefatura del Estado

(Miles de euros)

Orgánica	Económica	Explicación	Total
01.01		CASA DE SU MAJESTAD EL REY	
	4	TRANSFERENCIAS CORRIENTES	
	48	A familias e instituciones sin fines de lucro	7.999,04
	480	A S.M. el Rey. Para el sostenimiento de su Familia y Casa (Art. 65 de la Constitución)	7.999,04
		TOTAL TRANSFERENCIAS CORRIENTES	7.999,04
		TOTAL CASA DE SU MAJESTAD EL REY	7.999,04
		TOTAL Jefatura del Estado	7.999,04



PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO
ESTADO, OO.AA., RESTO DE ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO
DEL SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO ESTATAL CON
PRESUPUESTO LIMITATIVO Y S.SOCIAL
Resumen económico por programas del presupuesto de gastos

EJERCICIO PRESUPUESTARIO
2019

Sección: 01 CASA DE SU MAJESTAD EL REY

(Miles de euros)

Clasif. por programas	Explicación	Cap. 4	Cap. 1 a 8	Total
911M	Jefatura del Estado	7.999,04	7.999,04	7.999,04
	TOTAL CONSOLIDADO	7.999,04	7.999,04	7.999,04
	TOTAL	7.999,04	7.999,04	7.999,04



PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO
ESTADO, OO.AA., RESTO DE ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO
DEL SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO ESTATAL CON
PRESUPUESTO LIMITATIVO Y S.SOCIAL
Resumen orgánico por programas del presupuesto de gastos. Capítulos 1 a 8

EJERCICIO PRESUPUESTARIO
2019

Sección: 01 CASA DE SU MAJESTAD EL REY

(Miles de euros)

Clasif. por programas	Explicación	ESTADO	Total
911M	Jefatura del Estado	7.999,04	7.999,04
	TOTAL CONSOLIDADO	7.999,04	7.999,04
	TOTAL	7.999,04	7.999,04

e. Esboceamos unas breves nociones sobre los llamados principios presupuestarios. Son «aquellas reglas de naturaleza jurídica y de contenido técnico que constituyen en mayor o menor grado expresión de principios jurídicos en sentido estricto y que se configuran al servicio del más satisfactorio cumplimiento del ciclo presupuestario en sentido estricto»⁶, o, con más concisión y como señala CÉSAR GARCÍA NOVOA, son «aquellas reglas o criterios básicos que tienen por finalidad disciplinar la institución presupuestaria»⁷. En suma, estamos ante «reglas que articulan distintas técnicas aplicables a lo largo de las diferentes fases de la presupuestación»⁸.

Entre estos principios mencionemos el de legalidad, el de unidad y el de especialidad. El primero exige que, en el caso de la Administración del

6. L.M.^a CAZORLA PRIETO, Derecho Financiero y Tributario, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 18.^a edición, 2018, página 603.

7. C. GARCÍA NOVOA, Manual de Derecho Presupuestario, coordinador P. YEBRA MARTUL ORTEGA, Comares, Granada, 2001, página 13.

8. L.M.^a CAZORLA PRIETO, «Derecho...», página 604.

Estado, los Presupuestos sean aprobados por ley de las Cortes Generales. El de unidad es aquel que, como indica MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ LAGO, «traduce la exigencia de un único documento presupuestario para poder conocer con claridad y rapidez el agregado de toda la actividad financiera y valorar la situación». A su vez, «el principio de especialidad presupuestaria está al servicio de esta función delimitada de la autorización de gasto contenida en el pertinente crédito. Merced al principio que retiene nuestra atención tal autorización debe especificar los gastos concretos que permite atender (especialidad cualitativa), la cantidad máxima de la que se puede disponer para tal fin (especialidad cuantitativa), y el tiempo limitado al que se contrae la utilización de los ingresos aprobada (especialidad temporal)»⁹.

f. La consignación global en la Ley de Presupuestos Generales del Estado cumple con el principio de legalidad presupuestaria, en relación con el artículo 64.1 de la Constitución, pero, ¿basta llegar hasta aquí?

No, en modo alguno¹⁰. Entra en este momento plenamente en juego la pauta de la incorporación de los procedimientos y técnicas administrativos rectores de la gestión del sector público, ahora en su faceta económica y más en concreto en la presupuestaria, a lo que se suman las exigencias del principio de transparencia.

La Constitución no impone que los principios de especialidad y unidad se apliquen a la dotación presupuestaria afectada a la Casa del Rey. En la Ley de Presupuestos Generales del Estado no deben articularse tales principios, dada la globalidad presupuestaria constitucionalmente consagrada a la que me he referido.

Pero, sentado lo anterior, el artículo 64.1 de la Constitución no impide, ni mucho menos, que tales principios se articulen. Además, al ser la Casa del Rey

9. L. M.^a CAZORLA PRIETO, «Derecho...», página 615.

10. C. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, «La dotación de la Corona. La Casa del Rey», UNED *Revista de Derecho Político*, número 33, 1991, página 134, parece inclinarse por otro planteamiento. Escribe: «En conclusión, la Corona goza de una amplia autonomía, garantizada por la Constitución, sobre la gestión y distribución de la dotación, de forma que el único control existente es el ejercicio por el Parlamento al aprobar la dotación, incluida como fondo consolidado en los Presupuestos Generales del Estado; su distribución es libre para el Rey y su ejecución corresponde al Jefe de su Casa».

Añade L. VACAS GARCÍA-ALÓS, «La Administración de la Casa del Rey y su control jurisdiccional en el Derecho Constitucional español», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, páginas 101 y 102: «La existencia de un Presupuesto propio de la Casa del Rey refuerza la concepción administrativa de estas funciones de la propia Casa que estamos estudiando, pues, de una parte, y como viene siendo habitual en el estudio de las instituciones que realizan funciones administrativas, han de dar cumplimiento a las diferentes técnicas presupuestarias en la cotidiana gestión de las funciones que tienen encomendadas y, de otra parte, ponen de manifiesto la naturaleza jurídico-pública de los diferentes fondos gestionados».

una organización administrativa con el alcance que ya conocemos, median poderosas razones para que se complementen las previsiones constitucionales con la implantación, entre otros extremos y por lo que ahora interesa, de los principios presupuestarios mencionados en el párrafo anterior. Abunda mucho en ello que, según el párrafo primero de la cláusula quinta del Convenio entre la Administración del Estado (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Intervención General del Estado (IGAE) y la Casa de su Majestad el Rey para la realización de auditorías de 18 de septiembre de 2014: «En la formulación y aprobación de las cuentas anuales, que se referirán a la ejecución y liquidación de las dotaciones presupuestarias incluidas en la Sección 01 “Casa de Su Majestad el Rey” de los Presupuestos Generales del Estado, se aplicarán, con las adaptaciones que resulten necesarias derivadas de la configuración constitucional de la Casa de Su Majestad el Rey, los principios presupuestarios y contables previstos en la Ley General Presupuestaria para las entidades integrantes del sector público administrativo», entre los cuales se plasman de un modo u otro los principios de unidad y especialidad¹¹.

Adviértase, por otra parte, que la indefinición y la oscuridad que ahuyentan los principios presupuestarios de continua referencia dañan la ejemplaridad y, a la postre, la legitimación monárquica funcional o de ejercicio en una vertiente tan señalada como es la de la gestión económica.

g. Llegados a este punto, ¿a qué fuente jurídica acudir si la constitucional no nos da respuesta a la necesidad planteada y cómo satisfacer esta necesidad por tal fuente?

La solución ha de venir de la mano de la capacidad de autoorganización del aparato administrativo que constituye la Casa del Rey dentro de los márgenes que permite el ordenamiento jurídico.

Como manifiesta LUIS LÓPEZ GUERRA: «El ámbito autonormativo de la Casa del Rey es reducido, sobre todo si se tiene en cuenta que difícilmente podría evitar la normativa relativa a la Casa del Rey incidir –especialmente

11. En este mismo sentido la enmienda número 2095, del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Común Podem-En Marea (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, número 247, 13 de junio de 2018, página 1614 y 1615), propuso la adición de una disposición adicional nueva al proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018, en cuyo apartado dos se leía: «En los Presupuestos Generales del estado, la cantidad para el sostenimiento de la Casa de su Majestad el Rey a través del programa presupuestario 911M, Jefatura del Estado, presentará la desagregación por conceptos y subconceptos presupuestarios precisa para conocer la distribución de dicha cantidad». Esta enmienda fue inadmitida por la Mesa del Senado (página 4134 del referido Boletín de las Cortes Generales) con los siguientes términos: «Se inadmite la enmienda 2095 del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea por referirse al ámbito del régimen interno y de organización de la Casa Real, regulado en el artículo 65.1 de la Constitución Española».

en materias de personal– en el ámbito de la Administración Pública, excepto en cuestiones de riguroso orden interno»¹². En este ámbito es, pues, donde se debe dar respuesta a la articulación de los principios presupuestarios de especialidad y unidad en los términos que paso a exponer.

D. EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PRESUPUESTARIA DE LA CASA DEL REY. LA PLASMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PRESUPUESTARIOS DE ESPECIALIDAD Y UNIDAD

a. En el ejercicio de la autonomía presupuestaria dentro del marco constitucional y en atención a la pauta de incorporación de los procedimientos y técnicas rectores de la gestión del sector público, la Casa del Rey ha dado satisfacción a los principios presupuestarios de especialidad y unidad, tan necesarios para la ejemplaridad y, a la postre, para la legitimación monárquica de ejercicio o funcional.

En la página oficial de la Casa de su Majestad el Rey¹³ se lee que para la elaboración de su Presupuesto correspondiente al ejercicio de 2018: «Se ha adoptado la clasificación económica de los Presupuestos Generales del Estado, recogida en la Orden HAP/614/2017, de 27 de junio, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2018, y en la Resolución de 20 de enero de 2014, de la Dirección General de Presupuestos, por la que se establecen los códigos que definen la clasificación económica».

Estamos, a mi juicio, ante un acertado punto de arranque en el que se plasma el respeto al criterio de incorporación de los procedimientos y técnicas vigentes en el sector público, ahora en el terreno presupuestario.

En efecto, la Casa del Rey, que, en principio, no es directamente destinataria de las normas presupuestarias propias de las Administraciones públicas, entiende que, al formar parte tales normas de la correcta gestión del sector público, tiene que atenerse a ellas incorporándolas por la vía de decisiones y acuerdos surgidos del ejercicio de su autonomía organizativa de carácter presupuestario.

12. L. LÓPEZ GUERRA, «Comentario al artículo 65 de la Constitución», en Comentarios a la Constitución española de 1978, dirigidos por ÓSCAR ALZAGA VILLAMIL, tomo V, artículos 56 a 65, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, página 320.

13. <http://www.casareal.es/ES/transparencia/informacioneconomica/ejercicio2018>.

b. El documento presupuestario de la Casa Real del que me ocupo ahora arranca con la manifestación que acabo de recoger¹⁴.

A renglón seguido, recoge la cantidad global que se alberga en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018, que asciende a 7.887.150,00 euros.

A partir de ahí procede a dar cumplimiento a lo que reclaman los principios presupuestarios de especialidad y especificidad.

Ofrece, en primer lugar, el desglose por capítulos, es decir, las grandes rúbricas presupuestarias, en los siguientes términos:

«48,63% gastos de personal
35,27% gastos corrientes en bienes y servicios
8,62% Familia Real
6,05% inversiones
1,43% fondo de contingencia».

Trazado así el marco general presupuestario aborda el desglose por capítulos.

El capítulo «Familia Real» asciende a 679.818 euros. Dentro de este capítulo figuran las asignaciones concretas de «S.M. EL REY», «S.M. LA REINA», «S.M. EL REY DON JUAN CARLOS» y «S.M. LA REINA DOÑA SOFÍA» con las siguientes cantidades respectivamente: 242.769 euros, 133.530 euros, 194.232 euros y 109.260 euros.

El siguiente capítulo es el de «Gastos de Personal». Asciende a 3.835.950 euros distribuidos entre «los artículos siguientes: ALTOS CARGOS: 741.700 euros; FUNCIONARIOS: 61.000 euros; LABORALES: 186.000 euros; COMPLEMENTO RETRIBUTIVO: 2.522.000 euros; CUOTAS, PRESTACIONES Y GASTOS SOCIALES: 325.250 euros».

A continuación, nos encontramos con el capítulo de «Gastos corrientes en bienes y servicios»: 2.782.382 euros que se distribuyen en los artículos y subconceptos siguientes: ARRENDAMIENTOS Y CÁNONES: 133.000 euros; REPARACIONES, MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN: 121.000 euros; MATERIAL, SUMINISTROS Y OTROS: 1.998.988 euros; ATENCIONES PROTOCOLARIAS Y REPRESENTATIVAS: 590.000 euros; VIAJES: 35.000 euros».

14. La información relativa al ejercicio 2019 no está disponible a la fecha de cierre de este libro.

Por último, figuran el llamado «Fondo de Contingencia: 112.000 euros», e «Inversiones reales: 477.000 euros».

A la vista de todo lo anterior, puede considerarse que la Casa del Rey como organización que, sin formar parte de las Administraciones públicas, reúne la condición de administrativa cumple con el principio presupuestario de especialidad y unidad.

No obstante, me permito algunas sugerencias de mejora.

Ante todo una menor: debería perfeccionarse la publicación en la correspondiente página web, pues el desglose en artículos y subconceptos y las pertinentes cifras se lee con dificultad, y esto podría favorecer la impresión de que, tal como aparecen, es lo que se persigue.

Con un poco más de entidad que lo apuntado, sugiero que la publicación presupuestaria que nos centra se articule en dos documentos. El primero, el Presupuesto en sentido estricto siguiendo las reglas establecidas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, con el detalle preciso que aquéllas imponen y sin aditamento explicativo más allá de lo obligatorio. Al documento presupuestario debería acompañar el acuerdo del órgano competente de la Casa del Rey aprobatorio del Presupuesto elaborado partiendo de la cantidad global consignada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado al amparo del artículo 65.1 de la Constitución.

Una vez que el primer y fundamental documento, el del Presupuesto, atiende debidamente los principios de especialidad y unidad, el segundo sería el complementario o explicativo, más o menos como ya existe, sin perjuicio de algunas mejoras de presentación que hagan más fácil su examen.

c. Existen otras manifestaciones de la amplia autonomía presupuestaria de la Casa del Rey en vista de lo que establece en este punto el tan barajado artículo 65.1 de la Constitución.

1' Como se lee en el documento Estado de ejecución presupuestaria: «La Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 estableció, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 65.1 de la Constitución, la cantidad global de 7.837.150,00 € para el sostenimiento de la Familia Real y Casa de S.M. el Rey en el ejercicio 2018.

Con fecha 31 de diciembre de 2018, Su Majestad el Rey, a propuesta del Jefe de Su Casa, aprobó la prórroga del presupuesto de 2018, en tanto no

fuese aprobada una Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019».

Estamos ante una aplicación correctamente ponderada de la autonomía presupuestaria concedida por el artículo 65.1 de la Constitución al Rey y por derivación a Su Casa y de la pauta de la incorporación de técnicas y procedimientos propios del sector público a la Casa del Rey como parte del sector público.

2' Por otro lado, también es importante resaltar que la Casa del Rey publica el estado de liquidación de su Presupuesto a trimestre vencido. El último que ha aparecido corresponde al «Estado de Liquidación del Presupuesto a 31/3/19» y lleva fecha de 31 de marzo de 2019¹⁵.

E. LA AUSTERIDAD PRESUPUESTARIA COMO ELEMENTO LIGADO A LA EJEMPLARIDAD

1. Un enfoque parcial y relativo

1. En la página web de la Casa de su Majestad el Rey aparece dentro del apartado «Presupuestos anuales. Dotación económica»¹⁶ un documento relacionado con la austeridad presupuestaria como elemento ligado a la ejemplaridad.

Comienza este documento recordando que: «De conformidad con lo dispuesto en los artículos 65 y 134 de la Constitución, las Cortes Generales aprueban cada año la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en cuya sección primera se establece para cada ejercicio –a propuesta del Gobierno– una cantidad global para el organismo “Casa de S.M. el Rey”. La finalidad de esta asignación es asegurar que la Jefatura del Estado disponga de una dotación presupuestaria suficiente para que el Jefe del Estado pueda desarrollar su labor con la independencia inherente a sus funciones constitucionales».

A mayor abundamiento, es innecesaria la referencia a que en la «Sección primera se establece para cada ejercicio –a propuesta del Gobierno– una cantidad global para el organismo “Casa de S.M. el Rey”», pues lo determinante y decisivo es la aprobación de las Cortes Generales, y

15. [http://www.casareal.es/ES/transparencia/informacioneconomica/ejercicio 2019/](http://www.casareal.es/ES/transparencia/informacioneconomica/ejercicio%202019/)

16. http://www.casareal.es/ES/Transparencia/informacioneconomica/Paginas/organizcion-y-presupuesto_presupuestos.aspx

teóricamente la propuesta inicial del Gobierno plasmada en el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado podría ser alterada por las Cámaras parlamentarias.

Por otro lado, la mención a que la asignación presupuestaria es «para que el Jefe del Estado pueda desarrollar su labor con la independencia inherente a sus funciones constitucionales» tampoco es afortunada, a mi parecer. El cometido de la asignación presupuestaria responde a que el Rey desempeñe sus funciones constitucionales no solo con independencia sino con el resto de los atributos que su elevada misión reclama.

Después de estas consideraciones, el documento estudiado muestra «la evolución de esta cantidad global a lo largo de estos últimos años». Lo hace sirviéndose del siguiente cuadro¹⁷:

AÑO	PRESUPUESTO	VARIACIÓN
2011	8.434.280,00 €	-5,20%
2012	8.264.280,00 €	-2,00%
2013	7.933.710,00 €	-4,00%
2014	7.775.040,00 €	-2,00%
2015	7.775.040,00 €	0,00%
2016	7.775.040,00 €	0,00%
2017	7.818.890,00 €	0,56%
2018	7.887.150,00€	0,90%

De este documento se desprende que en los años más duros de la crisis económica no solo ha tenido lugar una contención de la asignación presupuestaria a la que alude el artículo 65.1 de la Constitución, sino que ésta ha ido sufriendo sucesivos recortes en sintonía con la situación general y con las directrices presupuestarias vigentes en el momento; en 2016 no tiene incremento, y en 2017 y 2018 el incremento es escaso. Nos hallamos, pues, ante una manifestación de la adaptabilidad y visión dinámica de la articulación de los medios personales y materiales al servicio de la Corona.

2. No se puede desconocer, sin embargo, que los Presupuestos Generales del Estado contienen otras consignaciones destinadas a sufragar gastos relacionados directa o indirectamente con la Casa del Rey.

17. http://www.casareal.es/ES/Transparencia/informacioneconomica/Paginas/organizcion-y-presupuesto_presupuestos.aspx

Este es el caso de la Guardia Real a la que se destinan 6,4 millones de euros en la sección correspondiente de los ministerios de Defensa, Interior, Exteriores y Cooperación Internacional¹⁸.

No obstante, téngase en cuenta que se trata de gastos que en todo caso habría que afrontar con independencia de que la jefatura del Estado fuera monárquica o republicana.

2. Un enfoque comparativo

1. Cambiemos de enfoque y procedamos a una comparación con las asignaciones económicas de otras monarquías, para ofrecer una calificación de la situación española que no sea fruto de comparaciones relativas y parciales.

Arranquemos de un minucioso trabajo de HERMAN MATTHIJS¹⁹ en el que se analiza el coste de algunas importantes jefaturas de Estado, monárquicas y republicanas, en Europa. Aunque algo desfasado en el tiempo porque únicamente llega hasta 2013 constituye un buen punto de arranque objetivo para llegar a conclusiones calificatorias.

El citado profesor procede a un análisis pormenorizado de los costes de la jefatura de Estado monárquica en España, Noruega, Holanda, Reino Unido, Bélgica, Dinamarca, Suecia y Luxemburgo, y de las republicanas de Francia y Alemania.

Apunto algunos datos que nos permitirán más adelante acuñar unas consideraciones comparativas.

18. En un documento preparado para contestar a la pregunta que formula el senador integrado en el Grupo Parlamentario Mixto que acabó caducado por la disolución de la legislatura « En la última década, esta partida de Defensa se ha incrementado desde los 4,4 millones de 2008 a los 6,4 millones de 2018. El desglose de los datos ha sido facilitados por el Ejecutivo gracias una pregunta realizada por el diputado **Jon Iñarritu**, en su escrito solicitaba conocer cuál ha sido la partida anual presupuestaria destinada a la Guardia Real por el Ministerio de Defensa en los últimos 25 años.

«Así, es posible constatar que se ha pasado de los 2,7 millones que se destinaron en 1994 a los, por ejemplo, siete millones del año 2015, la partida de más cuantía desembolsada. En 2016 la suma ascendió a 6,6 millones, por los 5,5 millones del año 2017».

Tomo estos datos de RAÚL PINA@_raulpina_ Madrid. También aparecen en Raúl Pina, «Defensa destina 6,4 millones a la Guardia Real», *El mundo*, domingo, 21 de julio de 2019, página 20.

19. H. MATTHIJS, «How much does a (European) head of State cost?», *Scottish Journal of Arts, Social Sciences and Scientific Studies*, ISSN 2047-1278, <http://scottishjournal.co.uk>.

Para más detalle sobre los servicios administrativos de apoyo a la jefatura del Estado en Alemania, Italia, Francia, Austria y Bélgica, puede consultarse a J. CREMADES-GARCÍA, «La Casa...», páginas 147 y siguientes.

Con respecto a Noruega concluye que el gasto total de la lista civil y de las asignaciones económicas que recibe la jefatura de Estado monárquica ascendió en el ejercicio 2012-2013 a 194,2 millones de coronas noruegas equivalente a 24,5 millones de euros²⁰.

En punto a Holanda, el mismo autor informa que en el ejercicio presupuestario 2012-2013 el coste total presupuestario relativo a la jefatura de Estado monárquica asciende a 40.227.000 euros²¹.

En lo concerniente a Gran Bretaña, el dato que nos brinda el trabajo de reiterada mención es que el montante total presupuestario asignado a la Casa Real británica en el ejercicio 2013 fue de 32,3 millones de libras esterlinas, equivalente a 36,3 millones de euros²².

El total de la lista civil y percepciones que figuran presupuestariamente en Bélgica en favor de la Familia Real ascendió en 2013 a 13.927.000 euros²³.

El coste de la lista civil de la Casa Real y de las percepciones de los miembros de la Familia de la Reina de Dinamarca ascendió en el periodo del que se ocupa el autor que seguimos a 13.300.000 euros²⁴.

En lo afectante a Suecia, la carga presupuestaria de la jefatura de Estado monárquica se cifra en el periodo de 2013 en 125.980.000 coronas suecas equivalente a 14,5 millones de euros²⁵.

Cierra la lista de las jefaturas de Estado monárquicas en el estudio glosado lo relativo a Luxemburgo. El coste presupuestario total en este caso se elevó a 9.376.091 en el ejercicio de 2013²⁶.

20. H. MATTHIJS, «How...», página 248.

21. H. MATTHIJS, «How...», página 251.

22. H. MATTHIJS, «How...», página 253. Para más detalle sobre Gran Bretaña puede consultarse a Steven Ayres, «Finances of the Monarchy», Library, House of Commons, standard note SN/SG/00819, y en <https://royal.uk>.

23. H. MATTHIJS, «How...», página 256. Para más detalle sobre Bélgica en este punto puede consultarse «Bélgica» en <https://www.monarchie.be/fr#accueil>.

24. H. MATTHIJS, «How...», página 257. Para más información al respecto puede consultarse <http://kongehuset.dk/en/organisation-and-contact/state-civil-list-annuity>.

25. H. MATTHIJS, «How...», página 258. Más información sobre Suecia puede encontrarse en <http://kungahuset.se/royalcourt.4.367010ad11497dbbcb800054503.html>.

26. H. MATTHIJS, «How...», página 260. Más detalle puede encontrarse en <http://www.monarchie.lu/fr/index.html>.

El detallado documento de HERMAN MATTHIJS aborda también los supuestos de jefatura de Estado republicana de Francia y Alemania.

En la República Federal de Alemania las cantidades presupuestarias presidenciales suman 25.600.000 euros²⁷.

Si nos centramos ahora en Francia, los gastos presupuestarios de la Presidencia de la República en 2013 subieron a 106.200.000 euros²⁸.

Acto seguido, se expone un cuadro en el que se compara la dotación económica de las Jefaturas de Estado monárquicas y republicanas correspondientes al ejercicio 2013 según figura en el tan citado trabajo de HERMAN MATTHIJS con la última actualización de esos mismos datos publicados de forma oficial por cada una de las Jefaturas de Estado que he sido capaz de encontrar:

	EJERCICIO PRESUPUESTARIO (en millones de euros)	
Jefaturas de Estado monárquicas	Ejercicio 2013	Último ejercicio disponible
España	7,9	7,8 ²⁹ (2018)
Noruega	24,5	30 ³⁰ (2017)
Holanda	40,2	40,1 ³¹ (2015)
Gran Bretaña	36,3	48,1 ³² (2016-2017)
Bélgica	13,9	11,1 ³³ (2017)

27. H. MATTHIJS, «How...», página 261.

28. H. MATTHIJS, «How...», página 262.

29. Recordemos que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018 fija una dotación para la Casa Real de 7.887.150 euros, lo que supone un incremento del 0,90 por 100.

30. La dotación económica de la Jefatura de Estado monárquica de Noruega para el ejercicio 2017 cubre el coste de los deberes oficiales, gastos de funcionamiento y salario de la oficina real, así como la administración, funcionamiento y mantenimiento de las propiedades estatales utilizadas. Se incluye también el importe derivado de proyectos específicos no recogidos en la dotación ordinaria (<https://www.royalcourt.no/binfil/download2.php?tid=161891>).

31. La dotación económica de la Jefatura de Estado monárquica de Holanda desde el ejercicio 2015 cubre las asignaciones constitucionales pagadas a los miembros de la Casa Real, los gastos oficiales del Rey y otros gastos contenidos en los correspondientes Presupuestos (<https://www.royal-house.nl/topics/finances-of-the-royal-house/the-king%E2%80%99s-budget>).

32. La dotación económica de la Jefatura de Estado monárquica de Gran Bretaña para el ejercicio fiscal 2016-2017 reflejada en el cuadro no recoge los ingresos adicionales de 16,7 millones de euros producidos por fuentes como el alquiler de propiedades y los cargos de gestión de las instalaciones (<https://www.royal.uk/financial-reports-2016-17>).

	EJERCICIO PRESUPUESTARIO (en millones de euros)	
Dinamarca	13,3	13,6 ³⁴ (2016)
Suecia	14,5	12,9 ³⁵ (2015)
Luxemburgo	9,4	10,1 ³⁶ (2018)
<i>Jefaturas de Estado republicanas</i>		
Alemania	25,6	36,5 ³⁷ (2017)
Francia	106,2	104,2 ³⁸ (2018)

De este breve análisis se desprende que los gastos asignados presupuestariamente a la Casa del Rey en los Presupuestos Generales del Estado son inferiores a los equivalentes en las jefaturas de Estado republicanas de Francia y Alemania, y que también lo son con respecto a todas las monárquicas³⁹.

En pocas palabras, como escribe XABIER ERRASTI MARTÍNEZ DE ANTONANA con respecto a nuestra actual Jefatura de Estado monárquica: «Parece de igual forma que en comparación con otras monarquías y con las

33. La dotación económica de la Jefatura de Estado monárquica de Bélgica se corresponde desde el ejercicio 2014 con los recursos financieros que cubren los gastos en que incurre directamente el Rey, en el ejercicio de su función real en el sentido más amplio del término, y los emolumentos otorgados a ciertos miembros de la Familia Real por distintas normas (<https://www.monarchie.be/en/monarchy/civil-list/financial-resources>).

34. La dotación económica de la Jefatura de Estado monárquica de Dinamarca para el ejercicio 2016 contiene los gastos relativos a la anualidad asignada a la Casa Real y la anualidad pagada al Príncipe y Princesa (<http://kongehuset.dk/en/annual-report-2016/economy>).

35. La dotación económica de la Jefatura de Estado monárquica de Suecia para el ejercicio 2015 comprende los costes financieros derivados del desempeño de los deberes oficiales del Rey. Este importe no recoge los ingresos adicionales de 14,1 millones de euros generados por arrendamientos (<http://www.kungahuset.se/royalcourt/monarchytheroyalcourt/royalfinances.4.396160511584257f2180005637.html>).

36. La dotación económica de la Jefatura de Estado monárquica de Luxemburgo para el ejercicio 2017 engloba el coste de la dotación pública del Gran Ducado de Luxemburgo y del mantenimiento de sus propiedades privadas (<http://budget.public.lu/lb/budget2018/am-detail.html?chpt=depenses&dept=0§=0>).

37. La dotación económica de la Jefatura de Estado republicana de Alemania para el ejercicio 2017 se concreta en la asignación presupuestaria del Presidente Federal y de su Oficina (<https://www.bundeshaushalt-info.de/#/2013/soll/ausgaben/einzelplan/01.html>).

38. La dotación económica de la jefatura de Estado republicana de Francia para el ejercicio 2016 se refleja en el correspondiente Presupuesto de la Presidencia de la República. (https://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2018/pap/pdf/PAP2018_BG_Pouvoirs_publics.pdf).

39. Dadas las singularidades de cada país y lo oscuro material y terminológicamente hablando que impera en esta materia, no he sido capaz de comprobar con solidez científica si dentro de estas consignaciones presupuestarias se engloban gastos directa o indirectamente relacionados con el Rey que en España están incluidos en secciones presupuestarias distintas a las de la Casa del Rey.

repúblicas de nuestro alrededor, resulta un sistema barato»⁴⁰.

3. Conclusión

Lo presupuestario, como faceta muy principal de la gestión económica, es un factor importante de la legitimidad monárquica funcional o de ejercicio.

La ejemplaridad presupuestaria en la materia que nos centra se nutre, además de otros elementos, de la contención y austeridad⁴¹.

Del esquemático análisis desarrollado hasta aquí se desprende que la Jefatura de Estado monárquica en España cumple a satisfacción tanto con la contención como con la austeridad, en especial desde un punto de vista comparado, en el terreno presupuestario.

F. ALCANCE DE LA LIBERTAD EN LA DISTRIBUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN FIJADA EN LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

a. El artículo 65.1 de la Constitución, además de disponer que «el Rey recibe de los Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa» añade que «distribuye libremente la misma». En virtud

⁴⁰. X. ERRASTI MARTÍNEZ DE ANTOÑANA, Nuestra monarquía y sus números, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad Pontificia de Comillas, marzo, 2015, página 66. Añade G. SORMÁN, «La suerte de tener un Rey», ABC, lunes 1 de enero de 2018, página 5: «¿A cuánto le sale el Rey de España al año a cada contribuyente? Lo ignoro: se habla de 25 millones anuales de coste real, pero me gustaría disponer de una cifra exacta, yates incluidos. Es cuatro veces menos que el presidente de Francia. Imaginemos, solo por el gusto de razonar, que el coste anual sea de un euro por ciudadano, aunque probablemente sea menos. Convendría después poner esa cifra en relación con el servicio prestado. ¿Cuál habría sido el precio de un golpe de Estado militar si, a pesar de Juan Carlos, hubiera tenido éxito? ¿Cuánto costaría hoy la secesión de Cataluña, la violencia que provocaría, el éxodo de población, la catástrofe económica para los propios catalanes, si el Rey no se hubiera erigido en garante de la unidad nacional? Estos cálculos son difíciles, pero no están fuera de nuestro alcance: intuitivamente, incluso sin cifras exactas, la monarquía me parece claramente una buena inversión, un buen negocio para todos los españoles». Mas recientemente J. CANAL, La monarquía en el siglo XXI, Turner, Madrid, 2019, página 78, escribe lo siguiente: «Desde la entronización de 2014 se han dado pasos rápidos y decisivos en la incorporación de las pautas rectoras de la gestión económica del sector público, en los controles internos y externos y en la transparencia. En comparación con sus homólogas europeas y las repúblicas vecinas, la monarquía española no resulta demasiado costosa. La ley de Presupuestos Generales del Estado fijaba, en 2018, una dotación de casi 7,9 millones de euros para la Casa Real, casi trece veces menos que la jefatura del Estado republicano francés y muy por debajo de la del Gran ducado de Luxemburgo».

⁴¹. Esto no es solo exigencia de nuestros tiempos, aunque en éstos se ha acentuado al máximo. Cuando este trabajo me rondaba la cabeza me topé con un dato que pone de relieve lo que afirmo. Según se lee en Carlos V emperador y hombre, magnífico libro de JUAN ANTONIO VILLAR SANCHEZ, Edaf, Madrid, México, Buenos Aires, San Juan y Santiago, 2015, páginas 126 y 127: «El 22 de mayo de 1523, Carlos convocó una reunión de las Cortes de Castilla en Valladolid a celebrar en el mes de julio... Entre las peticiones hechas por los procuradores destacaron... que moderara los gastos de su casa real».

de ello, subraya ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH que: «Las Cortes fijan el Presupuesto una cantidad global y el Rey la distribuye libremente, por tanto, sin previa afectación de créditos a atenciones específicas»⁴². Sin embargo, téngase muy presente que: «La libertad reconocida por la Constitución al Rey para la distribución de la dotación queda recortada evidentemente con la adscripción de dicha cantidad a una finalidad expresa, de cumplimiento, por tanto, obligatorio: el sostenimiento de su Familia y Casa»⁴³.

A mayor abundamiento, es preciso interpretar el adverbio «libremente» bajo el punto de mira de la plenitud del ordenamiento jurídico y de la ejemplaridad de la gestión económica como elemento fundamental de la legitimación monárquica funcional o de ejercicio.

Adviértase que, como escribe JOAN OLIVER: «La fórmula que consagra actualmente la Constitución (el Rey “distribuye libremente” la cantidad global que recibe del Presupuesto del Estado) ha permitido que este aspecto del funcionamiento de la Monarquía española esté rodeado de un manto de secretismo absolutamente inadmisibles en un Estado de Derecho»⁴⁴.

b. En efecto, un entendimiento en términos absolutos del adverbio «libremente» atribuido al monarca en materia presupuestaria que parece abrir el precepto constitucional en cuestión es, según mi criterio, incorrecto tanto desde un punto político como jurídico.

Comencemos por el enfoque jurídico. Es cierto que, como recuerda CARMEN FERNÁNDEZ-MIRANDA en cita de LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, los complejos orgánicos de base administrativa como la Casa del Rey «poseen un régimen jurídico propio, tienen una serie de características comunes que pueden concretarse en los siguientes puntos: en primer lugar, poseen un ámbito de autonomía, entendida como independencia interna de gestión»⁴⁵. Ahora bien, como he defendido en líneas precedentes, tal autonomía, en este caso presupuestaria a partir de la fijación de la correspondiente cantidad global por los Presupuestos Generales del Estado, no puede ni debe ser entendida como equivalente a marginación o alejamiento total de las técnicas y procedimientos acuñados como idóneos en el resto del sector público.

⁴². A. MENÉNDEZ REXACH, *La jefatura del Estado en el Derecho Público español*, Instituto Nacional de Administración pública, Madrid, 1979, página 429.

⁴³. A. TORRES DEL MORAL, «El Príncipe de Asturias...», página 231.

⁴⁴. J. OLIVER ARAÚJO, «La reforma constitucional de la Corona (una propuesta radical y diez moderadas)», UNED, *Revista de Derecho Político*, número 77, enero-abril 2010, página 56.

⁴⁵. C. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, «La dotación ...», página 135.

En primero término, porque, entre otros, los principios de unidad y especialidad son exigibles en toda presupuestación en cualquiera de las manifestaciones del sector público dentro del Estado de Derecho.

En segundo término, porque la libertad del Rey para la distribución de la cantidad global que fijan los Presupuestos Generales del Estado debe entenderse con los límites jurídicos impuestos por las funciones que la propia Constitución le confía. Lo libremente que puede actuar en este terreno está delimitado por el destino que principalmente se establece para el gasto público que constituye la asignación presupuestaria: el desempeño de sus funciones constitucionales sirviéndose del apoyo personal, político y administrativo de su Casa.

Este entendimiento funcional de la libertad que el artículo 65.1 del texto constitucional confiere al monarca trae consigo otras limitaciones de fondo jurídico a sus facultades de distribución de la correspondiente asignación presupuestaria.

Estas limitaciones nacen de los criterios de jerarquización funcional de los cometidos a los que ha de servir la «cantidad global» reflejada en la oportuna Ley de Presupuestos Generales del Estado. Esto, a su vez, ha de desembocar, para mí, en que, entre los dos destinos de los fondos según el mismo artículo 65.1, consagrado al «sostenimiento» de «su Casa» deba ser muy superior a que lo sea al «sostenimiento» de «su Familia». No es menester dar muchas vueltas para toparnos con la motivación de ello, pues sale pronto al paso: la importancia y las exigencias de la atención a las funciones conferidas al monarca por la Constitución son muy superiores, se mire desde donde se mire, a las relacionadas con su «Familia» por muy amplias que éstas sean entendidas.

Pero aún hay que ir más allá de la mano del criterio de jerarquización funcional de los cometidos a los que ha de servir la «cantidad global» que analizo. Un criterio orientativo del encauzamiento de la libertad que consagra para el Rey el precepto constitucional analizado es el de la importancia de la función constitucional de que se trate, en cuanto que esto sirva también para orientar la cantidad llamada a su atención. Soy consciente, no obstante, de que muchas de las plasmaciones de estas funciones constitucionales son transversales y revisten numerosas facetas.

Pero, junto a los límites de fondo jurídico, el alcance del adverbio «libremente» al que acude el artículo 65.1 de la Constitución resulta determinado por factores de naturaleza netamente política o, en todo caso, extrajurídica.

Estos límites se entroncan directamente con la ejemplaridad como elemento sustancial de la legitimación monárquica funcional o de ejercicio en la vertiente que ahora tratada, la de la gestión económica.

La moderación, la austeridad, la adaptación a los tiempos económicos que corran, el rigor que impone que las decisiones, aunque sean hijas de la libertad constitucional en este campo, no puedan ser tachadas de arbitrariedad o de injustificación, son límites extrajurídicos a tener muy en cuenta.

Todos estos criterios parecen etéreos, neblinosos, pero, reconociendo su laxitud e imprecisión, hay que tener siempre en mente que guardan una estrecha vinculación con la ejemplaridad, si se quiere no patente, no mensurable, pero sí latente y generadora de reacciones adversas o favorables en punto a la legitimidad monárquica funcional o de ejercicio.

c. A la luz de los criterios que he ido desarrollando argumentadamente, la plasmación formal del entendimiento de la libertad del Rey para distribuir la cantidad global que le haya sido asignada presupuestariamente puede, a mi criterio, ser mejorada. Veamos.

Según manifiesta la propia Casa del Rey con relación al ejercicio presupuestario de 2018: «Para proceder a la distribución del montante global, se ha tenido en cuenta lo siguiente:

- La Ley 6/2018, de 3 de julio de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, en relación con el incremento retributivo para los altos cargos del Gobierno de la Nación.
- El art. 12 del R.D. 434/1988, que señala que el Presupuesto de la Casa recogerá el importe de las retribuciones que, por todos los conceptos, corresponde al personal de alta dirección, de dirección y laboral, así como los complementos retributivos que se puedan libremente asignar a otros personal que presta servicio en la Casa.
- La instrucción de S.M. el Rey respecto de la financiación de los proyectos especiales que no puedan ser realizados con la cantidad global anual aprobada por las Cortes Generales, los cuales deberán ser soportados con cargo al “remanente de tesorería no afectado” de la Casa, y en ningún caso se solicitará un crédito extraordinario.

Se han tomado como base las cifras proyectadas para el Presupuesto de 2017 y los ajustes sobrevenidos durante su desarrollo. A las cifras restantes se

han añadido las correspondientes a nuevas necesidades previsibles durante 2018 y se han deducido las que circunstancialmente han surgido solamente durante 2017. Dada la fecha de aprobación de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 también se ha tenido en consideración la evolución del gasto realizado en el primer semestre del ejercicio»⁴⁶.

Esta fundamentación es, con arreglo a mi limitado parecer, mejorable. Para empezar, falta una referencia a la importancia, absoluta en sí y relativa en comparación de unas con otras, de las funciones constitucionales del Rey y la ponderación de los medios necesarios para desarrollarlas debidamente y su financiación. Por otro lado, no resulta acertada la referencia a «La instrucción de S.M. el Rey respecto de la financiación de los proyectos especiales que no puedan ser realizados con la cantidad global anual aprobada por las Cortes Generales, los cuales deberán ser soportados con cargo al «remanente de Tesorería no afectado» de la Casa y en ningún caso se solicitará un crédito extraordinario». Esta mención pone de relieve la posibilidad de que existan gastos al margen del Presupuesto de la Casa del Rey, lo cual va en contra del principio presupuestario de unidad y su conexo de universalidad⁴⁷. Estos gastos, si los hubiera, deberían ser incorporados al documento presupuestario correspondiente con independencia de su vía de financiación, que, como se reconoce, «deberán ser soportados con cargo al remanente de Tesorería no afectado de la Casa», figura ésta de cierta imprecisión jurídica y económica.

d. «Nuestra Constitución no formula una distinción entre lo que es asignación del Rey, como titular de la Corona, y lo que es dotación para el órgano»⁴⁸, afirma CARMEN FERNÁNDEZ-MIRANDA. Sin embargo, si nos acogemos a una pauta interpretativa flexible, sí es mantenible que tal distinción no existe con previsión expresa, pero sí por deducción de lo constitucionalmente implícito. En efecto, cuando el artículo 65.1 del texto constitucional dispone que la «cantidad global» asignada presupuestariamente es para el «sostenimiento», además de su «Casa», de su «Familia» no es forzar la interpretación considerar que dentro de esta última está incluida su asignación personal junto a la que corresponda al resto de su familia⁴⁹.

46. En <http://www.casareal.es/ES/transparencia/informacioneconomica/ejercicio2017>.

47. Como he escrito en «Derecho...», página 619: «El principio de universalidad demanda que todos los ingresos y gastos públicos se engloben en un único Presupuesto, de tal forma que aparezca cada uno en su integridad, en su monto total, sin que medien compensaciones ni operaciones intermedias con respecto a ellos».

48. C. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, «La dotación...», página 132.

49. Como indica L. VACAS GARCÍA-ALÓS, «La Administración de La Casa del Rey...», página 102: «En todo caso, la apuntada programación presupuestaria requiere diferenciar, de un lado, la asignación del titular de la Jefatura del Estado, que se concreta en la correspondiente remuneración pecuniaria y

En todo caso, como manifiesta LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, la asignación del Rey es «la remuneración pecuniaria, con la consiguiente apropiación privada, al titular de la Jefatura del Estado, por el cargo público que desempeña»⁵⁰.

Como adelanté líneas atrás, la decisión sobre su retribución y la de su familia pertenece al meollo del ámbito decisional reservado constitucionalmente al monarca.

Estamos, pues, ante una decisión personal de este último que se traslada sin más al documento presupuestario que, con el punto de arranque de la cantidad global fijada en los Presupuestos Generales del Estado, elabora la Casa del Rey.

Cuestión delicada, tan delicada que he de resistir fuertes tentaciones de soslayarla, es saber si el Rey, a la hora de tomar sus decisiones sobre su asignación económica y la de su familia, puede obrar sin mediar ciertos límites, o puede hacerlo al margen de éstos.

Creo que la respuesta ha de ser favorable a que debe tener en cuenta ciertos límites jurídicos y extrajurídicos.

1' Los límites jurídicos vienen impuestos por los principios de proporcionalidad e «interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», que tan contundentemente proclama el último inciso del artículo 9.3 de la Constitución.

El principio de proporcionalidad requiere que la asignación económica del Rey y su familia guarde proporción, sea proporcionalmente adecuada, con respecto a lo destinado a financiar las funciones públicas atribuidas a aquél constitucionalmente. La cantidad global presupuestada debe destinarse en una proporción muy sustancial al sostenimiento de tales funciones. La asignación económica personal y familiar debe responder a la importancia secundaria de lo que debe financiar con relación a lo principal: el sostenimiento de las funciones conferidas al monarca en la Constitución.

en la ulterior apropiación privada por parte del Rey en función del cargo público que desempeña; y, de otra parte, la dotación para la Corona, como órgano constitucional, que, por el contrario, consiste en la cantidad dineraria procedente de la Hacienda Pública destinada a satisfacer las necesidades derivadas de la misión institucional que tiene encomendada».

50. L. M.^a DÍEZ-PICAZO, «El régimen jurídico de la Casa del Rey», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, número 6, septiembre-diciembre de 1982, página 125.

La interdicción de la arbitralidad de los poderes públicos también juega aquí un papel jurídico apreciable. La interdicción de la arbitrariedad viene impuesta constitucionalmente a «los poderes públicos». El Rey como jefe del Estado es la máxima encarnación de tales poderes públicos. Además, la decisión de S.M. el Rey respecto a su retribución y la de su familia entraña el manejo de fondos públicos, como son los presupuestarios destinados a tal fin en la pertinente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Como criterios complementarios de los que acabo de anunciar, el monarca podría barajar para tomar una decisión de este calibre y a título puramente orientativo los antecedentes, los ejemplos comparados de otras jefaturas de Estado tanto monárquicas como republicanas, y, sin caer en la analogía pues aquí no cabe tal figura, las pautas que se siguen para la retribución de las más altas autoridades en todos los órdenes del Estado.

2' Los límites políticos son de contornos tan imprecisos como los jurídicos, y son tan imprecisos como importantes. Tienen que ver anudadamente con la ejemplaridad como elemento significativo de la legitimidad monárquica funcional o de ejercicio en una faceta tan significativa como la de la gestión económica entendida en sentido amplio.

La mesura, la ponderación de intereses, la austeridad, la contención y el sopesamiento de que muchas miradas van a recaer sobre este aspecto constituyen todos ellos elementos que, en mi sentir, han de ser barajados intensamente a la hora de tomar la decisión del monarca, dada su ligazón con la necesaria ejemplaridad que ha de impregnar todo su quehacer.

En suma, como señala ENRIQUE BELDA: «Los actos de carácter personal, pero de contenido económico, realizados por un Jefe de Estado cuya esencia es el simbolismo, superan el ámbito privado, que sería propio de los mismos realizados por el resto de los ciudadanos»⁵¹.

51. E. BELDA PÉREZ-PEDRERO, «La evaluación y el control de los actos del Rey como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la corona», *Revista Catalana de Dret Públic*, número 51, diciembre de 2015, página 163.

3. MESA REDONDA SOBRE NUEVO ENFOQUE DE LA INCAPACIDAD. Anteproyecto de Ley de la legislación penal y procesal en la materia.

3.1. INTERVENCIÓN DE DON ANTONIO PAU PEDRÓS.

DE LA INCAPACITACIÓN AL APOYO: EL NUEVO RÉGIMEN DE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL*

Antonio Pau

TITLE: From incapacitation to support: the new regime of intellectual disability in the civil code.

RESUMEN: El autor estudia analiza la incidencia de la Convención de Naciones Unidas para la protección de las personas con discapacidad en el ordenamiento español hasta la fecha, los criterios que han inspirado la reforma del Código civil que se propone en el Anteproyecto de Ley y su sentido.

ABSTRACT: *The author studies the incidence of the United Nations Convention for the protection of persons with disabilities in the Spanish legal system to date, the criteria that have inspired the reform of the Civil Code proposed in the Draft Law and its meaning.*

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, estado civil, interés de la persona con discapacidad, apoyos, medidas preventivas, guarda de hecho, curatela.

KEY WORDS: *Disability, status, best interests, supports, anticipatory measures, guard, curatorship.*

SUMARIO: 1. INCIDENCIA DE LA CONVENCIÓN DE 2006 EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 2 LA INCAPACIDAD COMO ESTADO CIVIL Y LA SUPERACIÓN DE ESE ENFOQUE. 3. LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCIÓN DE 2006 Y LOS CRITERIOS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. 4. EL DESARROLLO DE LOS CRITERIOS DE LA REFORMA. 5. SENTIDO GENERAL DE REFORMA. BIBLIOGRAFÍA.

*La conferencia pronunciada glosó el artículo publicado por el autor, con el mismo título, en Revista de Derecho Civil, Vol. V, n° 3, 2018 (julio-septiembre) págs. 5-28.

1. INCIDENCIA DE LA CONVENCIÓN DE 2006 EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

El 13 de diciembre de 2006 se firmó la *Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*. La ratificación por España se produjo a través del Instrumento de Ratificación de 23 de noviembre de 2007, y su entrada en vigor tuvo lugar el 3 de mayo de 2008. La Convención tiene como propósito, según su artículo 1º, «promover, proteger y asegurar *el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad*».

La entrada en vigor de la Convención –que debidamente publicada pasó a formar parte de nuestro ordenamiento interno, conforme al artículo 96 de la Constitución Española– resultó incompatible con numerosas normas de ese mismo ordenamiento, que fue necesario reformar. Y esa reforma se llevó a cabo, entre otras, por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que se llamó *de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* y que modificó diecinueve leyes de nuestro Derecho interno, desde la Ley General de Sanidad a la Ley de la Carrera Militar y la Ley de Contratos del Sector Público; el Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*; La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *de reforma del Código penal*; la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de *Jurisdicción Voluntaria*; la Ley Orgánica 1/2017 sobre el Tribunal del Jurado, que garantiza la partición en él de las personas con discapacidad...

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, la llamada comúnmente *Ley de dependencia*, es del mismo mes y año que la Convención –concretamente se promulgó un día después de la firma de la Convención–, pero participa de su mismo espíritu y contribuye también a la incorporación de sus principios a nuestro Ordenamiento.

La discapacidad que había quedado sin regular conforme a los principios de la Convención era la discapacidad intelectual. Es decir, la de las personas con alteraciones intelectuales que inciden en la formación de una voluntad plenamente consciente y libre. El primer precepto de la Propuesta de reforma, el artículo 248, habla de «las personas mayores de edad o emancipadas que precisen medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica», y puedan, a través de esas medidas, «desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad».

Las personas con discapacidad tienen, naturalmente, plena capacidad jurídica. Pero pueden tener alguna dificultad para el *ejercicio* de esa capacidad jurídica: lo que tradicionalmente se ha llamado la capacidad de obrar.

Quedaba por tanto sin reformar el ámbito civil, tanto en el aspecto sustantivo –el Código civil– como en el procedimental –la Ley de Enjuiciamiento Civil– y el registral –La Ley hipotecaria y la Ley del Registro civil–. En concreto, la reforma del Código civil había de recaer fundamentalmente sobre el título IX –*De la incapacitación*– y título X –*De la tutela y de la curatela de los menores e incapacitados*–, ambos del libro I. Además era necesario revisar medio centenar largo de artículos dispersos por los cuatro libros del Código, que hacían referencia a *la incapacitación* y *los incapacitados*, utilizando estas expresiones con muy distinto alcance.

La situación de las personas con alteraciones intelectuales ha sido vista por el Derecho, hasta tiempos recientes, como un problema que afectaba a la sociedad y que había que resolver drásticamente: sacándolas fuera de ella. La respuesta del Derecho ante la realidad de las alteraciones mentales era muy simple: *la marginación de los locos*, como tituló el Prof. Rodrigo Bercovitz una monografía de 1974¹.

Un decreto de 3 de julio de 1931 –que ha estado vigente hasta su derogación por la ley de 24 de octubre de 1983, de reforma del Código Civil en materia de tutela– permitía el internamiento forzoso en un manicomio sin más requisitos que comunicarlo al Gobernador y al Juez de Primera Instancia del partido en que estuviera situado el manicomio. Y no se decía que el Juez o el Ministerio fiscal deban visitar al enfermo para oírle y comprobar su estado, sino que el Juez deberá devolver un duplicado de la comunicación debidamente sellado. Como escribió Federico de Castro, refiriéndose a este decreto, «la persona era reducida a la condición de cosa, y podía continuar indefinidamente privada de su libertad sin una declaración judicial»².

La cuestión ha cambiado en el plano normativo, pero la tendencia a la marginación a las personas con discapacidad intelectual persiste. La LEC de 1881, y hoy el artículo 757 LEC de 2000, decían y siguen diciendo, que cualquier persona está *facultada* para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación y las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, están obligados a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

1. RODRIGO BERCOVITZ, *La marginación de los locos y el Derecho*, Madrid 1974.

2. CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, t. II, Madrid 1952, p. 285.

Pues bien, el Ministerio de Fiscal recibe numerosas de «denuncias» o «avisos» de particulares y funcionarios que, cuando son tramitadas, dan lugar en la inmensa mayoría de los casos, que se ha estimado en el 95 por 100³, a la incapacitación plena, con nombramiento de tutor que represente al incapaz en todos los actos jurídicos.

En la evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad pueden señalarse tres grandes hitos:

a) La Constitución Española de 1978 se preocupa por integración de las personas con discapacidad, abandonando la tendencia ancestral a la separación y la marginación. Según su artículo 49 que «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 [«Derechos y libertades»] otorga a todos los ciudadanos».

b) La reforma del Código civil de 24 de octubre de 1983 supuso un avance notable en el tratamiento jurídico de la discapacidad, al introducir la figura de la curatela, a través de la cual se permitió al Juez una graduación de las limitaciones impuestas al incapaz «en atención a su grado de discernimiento», como dice el artículo 287; por otra parte trasladó el control de la tutela del Consejo de Familia al ámbito judicial.

c) La entrada en vigor en España la Convención de 2006 culminó este cambio de enfoque de la discapacidad. Como dijo muy acertadamente la S. del TS de 29 de abril de 2009 (ponente, Encarnación Roca), sintetizando la nueva perspectiva jurídica, «al enfermo psíquico se le debe proporcionar un sistema de protección, no de exclusión».

Pero la Convención obliga a dar un paso más. Esta protección (o este *apoyo*, que es la palabra que utiliza diecinueve veces la Convención, y que es la adoptada por la propuesta de reforma del Código civil⁴ tiene que orientarse a una meta principal: *conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias* de las personas con discapacidad.

3. Grupo Ética y Legislación de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, *Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad*, marzo de 2015, p. 4.

4. Otras versiones lingüísticas de la Convención adoptan una terminología distinta y no exactamente coincidente: «*accompagnement* des personnes handicapées», dice la versión francesa; «*Unterstützung* der Menschen mit Behinderungen», dice la versión alemana; «*support* of persons with disabilities», dice la versión inglesa.

Es decir: la protección o el apoyo no se han de ejercitar *de un modo objetivo* –«en interés de las personas con discapacidad»–, sino *de un modo subjetivo* –«atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona»⁵.

Este es un punto de gran relevancia, en torno al cual gira el cambio profundo que se lleva a cabo en materia de discapacidad: el «interés de la persona con discapacidad» hay que situarlo *detrás* de «la voluntad, deseos y preferencias de la persona». El «interés de la persona con discapacidad» no aparece nombrado en ningún momento a lo largo de la Propuesta, a diferencia del concepto de «interés del menor», que aparece nueve veces citado en el Código civil. Lo mismo sucede en la Convención de 2006: en ningún momento se habla del «interés de la persona con discapacidad», mientras que el «interés del niño» aparece mencionado tres veces.

Dicho con otras palabras: la protección o el apoyo a las personas con discapacidad no es un apoyo *paternalista*⁶, que se produce, por decirlo gráficamente, de arriba hacia abajo, sino un apoyo *atento* (a la «voluntad, deseos y preferencias» de la persona), que se produce de abajo hacia arriba.

Y es más: cuando esas «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad no están plenamente formadas, es necesario contribuir a esa formación. Hay que procurar que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada «voluntad, deseos y preferencias». Por eso dice el artículo 248 de la Propuesta que «las personas que presten apoyo [...] procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias».

Y más aún: cuando la persona con discapacidad tenga menoscabadas sus facultades intelectuales en tal grado que requiera un curador representativo, éste «deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración» (artículo 280 CC según el Anteproyecto).

5. Un examen detenido y preciso sobre el interés de la persona con discapacidad, y el superior criterio de la atención a la voluntad de ésta, lo hace la Prof^a MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO en su conferencia «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad» *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, año 2018 (en prensa), p. 173, y a lo largo de todo el texto.

6. El carácter *paternalista* de la regulación tradicional lo pone de relieve MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO, *loc. cit.* p. 152.

Como puede verse, el «interés de la persona con discapacidad» queda muy relegado en relación con la voluntad de la persona —y situado incluso detrás la voluntad presunta—. No aciertan, a mi juicio, los ordenamientos que ponen en primer plano el «interés», como el Código civil catalán (artículo 221-1: «Las funciones de protección [...] de las que no pueden gobernarse por sí mismas [...] y de las que necesitan asistencia deben ejercerse siempre en interés de la persona asistida [...]»), el ABGB austriaco (§ 275, ap. 1: «*Der Sachwalter (Kurator) hat dabei das Wohl des Pflegebefohlenen bestmöglich zu fördern*») o el Código civil francés, en cuyo artículo 415 se dice que la protección tiene como meta el interés de la persona con discapacidad («*Elle [la protection] a pour finalité l'intérêt de la personne protégée*»), y se añade, a renglón seguido, que la protección tendrá en cuenta, en la medida de lo posible, la autonomía de la persona («*Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci*»), cuando en realidad el orden de los criterios debería ser el inverso: primero la autonomía de la persona, luego el que pueda considerarse su interés.

Por tanto, en la contraposición de los criterios del «interés» y la «voluntad», hay que hay que dar preferencia a esta última. Sólo cuando la voluntad no puede expresarse ni reconstruirse, entrará el juego el criterio del interés.

Distinta de la preferencia de la voluntad sobre el interés es la «supremacía del interés de la persona con discapacidad», que como veremos es uno de los principios que presiden la Convención de 2006. Si entran en colisión el interés de la persona con discapacidad y el interés de otras personas, tendrá primacía o preferencia el primero. El Tribunal Supremo, aplicando ese criterio, ha considerado «interés más relevante» (S. 216/2017, de 4 de abril, con cita de la de 1 de julio de 2014, que reitera la de 19 de noviembre de 2015), o «interés superior», «interés que se encuentra por encima de cualquier otro» (S. 3925/2017, de 8 de noviembre) el de la persona con discapacidad (en esos casos se contraponía el interés de la persona con discapacidad al interés de los llamados a ejercer la guarda).

2. LA INCAPACIDAD COMO ESTADO CIVIL Y LA SUPERACIÓN DE ESE ENFOQUE

Como consecuencia de este nuevo enfoque, la discapacidad (a diferencia de lo que sucedía con la incapacitación) ha dejado de ser un estado civil.

Los estados civiles, decía Federico de Castro, son «cualidades jurídicas de las personas»⁷. Atendiendo al hecho de que determinadas personas reunían

7. CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, t. II, Madrid 1952, p. 70.

unas «cualidades jurídicas» comunes, se las adscribía a grupos diferentes, a los que se aplicaba un régimen jurídico común; es el caso de los nacionales, los extranjeros, los casados, los menores de edad...

Desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006, la discapacidad no puede considerarse ya un estado civil. Las personas con discapacidad no pueden –y por tanto no deben– ser vistos como un grupo determinado⁸, que al que se impone un mismo régimen jurídico, por tres razones:

1ª Porque resulta simplista considerar que las personas con discapacidad tienen tal grado de homogeneidad que permita considerar que forman parte de un «grupo determinado». Por ello, como dijo la STS de 29 de abril de 2009, «debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado».

2º Porque las consecuencias de la discapacidad no deben imponerse a las personas que la padecen, sino a las personas capaces, que son las que han de adoptar las medidas de todo tipo que permitan a las personas con discapacidad ejercer una vida personal y social plena.

Como dice el preámbulo de la Convención, la discapacidad determina la «interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». En otras palabras: las «dificultades» que padecen las personas con discapacidad no dependen sólo de ellas, sino sobre todo de las «barreras» que establecen quienes los rodean, barreras que les impiden «su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

3º Porque el acto jurídico que determinaba su inclusión en el mismo «grupo», la incapacitación o declaración judicial de incapacidad, no se considera hoy que resulte adecuada. No se trata de proclamar oficialmente la ineptitud jurídica de una persona, sino de determinar los apoyos que permitan el ejercicio de su aptitud, que por sí sola es limitada.

Una evolución jurídica que guarda cierta semejanza a la de las personas con discapacidad es la que se produjo, hace unas décadas, respecto de la mujer casada. Los tratados de Derecho civil dedicaban un apartado propio

8. De «grupo de personas» sigue hablando, a nuestro juicio inadecuadamente la, por lo demás, acertada Sentencia del TS de 29 de abril de 2009.

a estudiar «la capacidad de la mujer casada»⁹. Al casarse, toda mujer veía limitada su capacidad: quedaba sometida a la «autoridad marital» y requería «licencia marital» para casi todos los actos jurídicos que pretendiera realizar. ¿Dónde radicaba el centro de gravedad de esas limitaciones legales? ¿En ellas mismas? ¿Reunían las mujeres casadas unos rasgos propios que justificara su inclusión en un «grupo determinado», que requiriera la imposición de limitaciones y que les impidiera participar plenamente en la vida jurídica? ¿No bastaba con eliminar las barreras que se les habían impuesto para que la condición de mujer casada dejara de tener determinadas «cualidades jurídicas» y su situación dejara de considerarse un estado civil?

En armonía con este nuevo y más acertado enfoque de la discapacidad, la antigua noción de «estado civil de incapacidad» –que ponía el centro de gravedad en el incapaz– ha dado paso a la de «situación de prestación de apoyos» –que coloca el centro de gravedad en las personas plenamente capaces–. Este cambio se percibe con toda claridad si se compara el precepto que determina, en las LRC de 1957 y 2011, el objeto de la inscripción:

a) Según la LRC de 1957, artículo 1, «en el Registro Civil se inscribirán: 5.º Las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas».

b) Según la LRC de 2011, artículo 4, tienen acceso al Registro Civil: «11.º La tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones. 12.º Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. 13.º La autotutela y los apoderamientos preventivos».

En la propuesta se prevé la inscripción, en armonía con el régimen sustantivo: «10.º Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador u otro prestador de apoyo, y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes. 11.º Las sentencias dictadas en procedimientos de prestación de apoyos a personas con discapacidad. 12.º Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad».

⁹ V., por todos, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 1, vol. 2, Madrid 1971, pág. 185.

3. LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCIÓN DE 2006 Y LOS CRITERIOS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

Del Preámbulo de la Convención de 2006 y especialmente de su artículo 12 se deducen diversos principios de carácter jurídico que deben presidir la regulación de la discapacidad, y que podríamos llamar:

1. Principio de supremacía del interés de la persona con discapacidad. De «interés superior» de la persona con discapacidad se habla en los arts. 7 y 23 de la Convención, al referirse a los niños con discapacidad, pero es un principio que indudablemente debe generalizarse a todas las personas con discapacidad. .

2. Principio de no discriminación por razón de discapacidad. Según el preámbulo de la Convención, «la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano».

3. Principio de respeto a las decisiones personales. En necesario que en todo caso se «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona» (artículo 12, ap. 4 Convención).

4. Principio de proporcionalidad. Las medidas legales o judiciales que se adopten han de ser «proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona».

5. Principio de temporalidad. Es necesario que esas medidas «se apliquen en el plazo más corto posible» (artículo 12, ap. 4 Convención).

6. Principio de revisión necesaria. Es necesario que las medidas «estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial» (artículo 12, ap. 4 Convención).

7. Principio de apoyo desinteresado y leal. Las personas que por ley o por decisión judicial presten apoyo a las personas con discapacidad deben actuar de modo «que no haya conflicto de intereses ni ejerzan una influencia indebida» (artículo 12, ap. 4 Convención).

Dentro del marco de esos principios de la Convención, los criterios, más concretos, sobre los que se asienta la regulación proyectada de la discapacidad en el Código civil son los siguientes:

1. Reconocimiento de un ámbito, lo más amplio posible, a la autorregulación de la discapacidad; es decir, a las disposiciones que pueda adoptar una persona respecto de su propia (y eventual) discapacidad futura.

2. Preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación, es decir, de la regulación privada sobre la regulación legal o judicial.

3. Posibilidad de coexistencia de medidas de autorregulación con medidas de heterorregulación, cuando aquellas sean insuficientes.

4. No sometimiento de la autorregulación a control judicial previo, sino sólo a la posibilidad de control judicial posterior.

5. Previsión de que el guardador de hecho sea una figura de apoyo estable, y que pueda realizar actos representativos concretos a través de autorizaciones judiciales también concretas, sin necesidad de que en todo caso se sustancie un previo procedimiento general de prestación de apoyos.

6. Prestación de las medidas de apoyo establecidas judicialmente a través una sola institución jurídica, la curatela, que por su propia naturaleza es graduable, flexible y adaptable a cada caso concreto.

7. Actuación del curador conforme al principio fundamental de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad.

8. Sujeción de las medidas judiciales de apoyo a revisión periódica, con vistas a su posible modificación o supresión.

9. Eliminación, en el ámbito de la discapacidad, de las figuras de la patria potestad prorrogada, la patria potestad rehabilitada y la tutela, por la rigidez en cuanto a su ámbito y en cuanto su duración, y su consiguiente inadecuación a las circunstancias concretas de cada persona.

10. El procedimiento judicial de prestación de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera asistencia o, de modo excepcional, representación, pero no la privación de derechos, sean éstos personales, patrimoniales o políticos.

11. El procedimiento judicial de prestación de apoyos debe alejarse del esquema procesal tradicional, y debe orientarse a un sistema de colaboración interprofesional o «de mesa redonda», con profesionales especializados de los ámbitos asistencial y sanitario, que asesoren sobre las medidas de apoyo idóneas que deban adoptarse en cada caso.

4. EL DESARROLLO DE LOS CRITERIOS DE LA REFORMA.

Veamos brevemente cómo se desarrolla en el Anteproyecto cada uno de estos criterios:

1. La autorregulación de la discapacidad puede hacerse efectiva a través de tres medios: la escritura de previsión de medidas de apoyo sobre la propia persona o los propios bienes (artículo 251 Anteproyecto)¹⁰, los poderes preventivos y la autcuratela.

El poder preventivo puede configurarse de dos modos diferentes:

a) El poder de eficacia actual con cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad.

b) El poder de eficacia futura para caso de discapacidad.

El primero de estos poderes viene definido en el artículo 254 del Anteproyecto («El poderdante podrá otorgar poder con la cláusula de que subsista para el caso de que en el futuro se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad») y el segundo en el artículo 255 («El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad»).

Sólo el segundo tiene un momento concreto (futuro e incierto) en que empieza su vigencia, y ese momento no lo determina una declaración oficial (como sucedía con la antigua incapacitación), sino que se estará, para determinar la situación de necesidad de apoyo, a las previsiones del poderdante. Y para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se prevé la posibilidad de que la discapacidad de hecho se constate a través de un acta notarial que incorpore *el juicio del notario y un informe pericial* (artículo 255).

Tanto el poder preventivo con cláusula de subsistencia como el poder preventivo para el caso de discapacidad pueden ser poderes generales, y en ese caso el ámbito de actuación del apoderado coincide con el ámbito de actuación del curador. De ahí que el artículo 257 disponga que en tal caso «el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa».

10. En esta modalidad de autorregulación cabría englobar la escritura a que se refiere el artículo 261 proyectado y que contiene «disposiciones sobre el funcionamiento o contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona y reglas de administración y disposición de sus bienes» *sin designación* «de las personas que hayan de llevarlas a cabo». Es decir, sin nombrar autocurador.

A los tres medios anteriores habría que añadir un cuarto medio de autorregulación que está ya previsto fuera del Código civil: las *instrucciones previas*, cuya normativa está contenida en la llamada *ley del paciente*¹¹, aunque el ámbito de éstas sea más limitado y se reduzca a «los cuidados y el tratamiento de la salud».

El poder preventivo, que en el texto proyectado se regula con detalle, había sido ya introducido en el Código civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Desde esa reforma, el artículo 1732, después de decir que «el mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante», añade como salvedad: «a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por éste».

Con la reforma proyectada, lo que podría considerarse equivalente a la «incapacitación sobrevenida», la sentencia con que concluye un procedimiento de prestación de apoyos, no se contiene ya en la enumeración de causas de extinción del mandato en el artículo 1732 del Anteproyecto ¿Quiere esto decir que subsisten los poderes ordinarios (no preventivos) tras la sentencia que establece el apoyo de una persona con discapacidad? La respuesta tiene que ser matizada: subsistirán los poderes cuando se trate de actos que, por no estar mencionados en la sentencia, pueda realizar por sí mismos la persona con discapacidad; si puede realizarlos por sí mismos, puede realizarlos por poder.

La misma ley de 2003 había introducido en el Código civil la posibilidad de la autotutela, que ahora pasa a convertirse en autocuratela. La reforma ha procurado distinguir terminológicamente la actuación del particular y la actuación del juez. El particular interesado «designa» autocurador; el juez «nombra» curador al designado (o no, «*si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones*», según el artículo 270 del Anteproyecto).

11. Según el art 11 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*: «Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud [...]». Según el ap. 2 del mismo artículo, «las instrucciones previas de cada persona deberán constar siempre por escrito»; aunque luego matiza en el ap. 5 que las instrucciones previas se formalizarán «de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas».

En la autcuratela, el particular no «nombra» autcurador, porque carece de la facultad de nombrar, que es exclusiva del juez. Es cierto que, según el artículo 270 la propuesta hecha por el interesado «vinculará a la autoridad judicial al constituir la curatela». Pero el juez tiene la facultad de apartarse de la propuesta hecha por el interesado en ciertos casos que, en virtud de la preferencia de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, han de ser extraordinarios. Según el mismo artículo 270, «la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de [la propuesta], de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones».

2. La preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación se pone explícitamente de manifiesto en el primero de los preceptos del título dedicado a la discapacidad (el artículo. 248, párr. 2º, según el Anteproyecto), en el que se dice que «sólo en defecto o insuficiencia» de las medidas de apoyo *voluntarias* procederán las medidas *legales o judiciales*.

La misma idea se repite después de la enumeración de las medidas voluntarias en el proyectado artículo 251: «Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias». Y está también presente en el artículo 270, cuando afirma que «La propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refieren el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela».

Esta preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación se pone también de manifiesto en el caso de que, aun existiendo poder preventivo, este no abarque toda la necesidad de apoyo y el juez nombre un curador. En ese caso, el curador no solo no puede revocar el poder, sino que sólo puede instar judicialmente su revocación y sólo «si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador» (artículo. 256 del texto proyectado).

Las medidas legales o judiciales están enumeradas en el artículo 249 de la Propuesta. Son las que ese precepto denomina «instituciones de apoyo»: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. A continuación aparece definida cada una de ellas:

a) Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

b) La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad.

c) El nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

3. Las medidas de autorregulación pueden coexistir con medidas de heterorregulación, cuando aquellas sean insuficientes.

Según el artículo 256, «los poderes [preventivos] mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado».

La coexistencia de medidas voluntarias y medidas legales o judiciales puede ser muy variada; por ejemplo:

a) Puede coexistir el nombramiento de curador con la vigencia del poder preventivo.

b) El Juez puede completar las previsiones del poder, sin proceder al nombramiento de un curador.

4. La autorregulación no está sometida a un control judicial previo, sino sólo a la posibilidad de un control judicial posterior.

Si se trata de poder preventivo, la constatación del comienzo o aparición de la discapacidad no puede ser realizada por el juez, sino que habrá de estarse a las circunstancias previstas por el poderdante. El artículo 1732 vigente habla de la «incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste». Con en el nuevo enfoque de la propuesta, para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.

La autotutela, es decir, la propuesta de representante legal previsto por la persona afectada para el caso de discapacidad, no vincula de modo insoslayable al Juez, sino que éste puede, según el vigente artículo 224,

realizar un nombramiento distinto, actuando «en beneficio del incapacitado, en cuyo caso lo hará [decidirá] mediante decisión motivada».

5. Se prevé la posibilidad de que el guardador de hecho pueda realizar actos representativos concretos a través de autorizaciones judiciales también concretas, sin necesidad de que haya tenido lugar un previo procedimiento judicial de determinación de apoyos.

Esta es una de las mayores novedades del texto proyectado. Responde a una simple constatación de la realidad: el cónyuge o los hijos, en el caso de un progenitor con limitaciones psíquicas, o los padres o los hermanos, en el caso de un hijo o hermano con limitaciones psíquicas, atienden adecuadamente al padre o al hijo o al hermano sin necesidad de un nombramiento judicial de representante legal. Cuando hayan de realizar un acto jurídico en su nombre, no será necesario un «procedimiento judicial de prestación de apoyos» –lo que hasta ahora se ha venido llamando, aunque con alcance distinto, un «procedimiento de incapacitación»–, sino que bastará con que el Juez otorgue una autorización concreta para el acto de que se trate.

Según el artículo 261, «cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial». Basta, pues, con una autorización judicial para el caso concreto, concedida en acto de jurisdicción voluntaria; su solicitud no desencadena todo un procedimiento de determinación de apoyos, que es siempre de índole contenciosa. «La autorización judicial podrá comprender [incluso, y en paralelo con la autorización genérica que puede concederse al curador, según el artículo 286 proyectado] una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo».

Lo que estaba sucediendo hasta ahora es todo lo contrario: para realizar el más mínimo acto representativo –aunque este fuese un trámite en una ventanilla de la administración– venía siendo necesaria la previa incapacitación, incapacitación que, en ese 95 por 100 de los casos a que nos referíamos antes, el Juez declaraba total y definitiva, lo que resultaba manifiestamente desproporcionado con una situación familiar que se desarrolla con normalidad.

La guarda de hecho es, como su nombre indica, un apoyo fáctico, que sólo puede subsistir en el caso de que no existan medidas de apoyo voluntarias o judiciales *que resulten eficaces*. La guarda de hecho no es incompatible con la mera existencia de medidas voluntarias o legales; es incompatible con el

funcionamiento eficaz de esas medidas. Todo se desarrolla, como puede verse, en el terreno de los hechos.

Precisamente por el carácter fáctico de la institución no se prevé la inscripción de la guarda de hecho en el Registro civil (a diferencia de la Ley de 1957, que preveía la anotación preventiva de «la existencia de un guardador de hecho [...]», es verdad que «con valor simplemente informativo»). La constancia en el Registro sería inútil, porque su existencia no limita las facultades de decisión del juez a la hora de tomar medidas de apoyo.

La guarda de hecho, tal como aparece regulada ahora, antes de que entre en vigor la reforma, se caracteriza por dos rasgos:

1º Es una situación cuya esencia parece radicar en su sometimiento a control: el Juez puede requerir al guardador para que informe de la situación de la persona con discapacidad –«de la situación de la persona y bienes», como precisa la Ley de Jurisdicción Voluntaria–; y el Juez puede imponer medidas de control y vigilancia, según el Código civil¹².

2º Es una situación que la ley considera transitoria: se mantiene «hasta que se constituya la medida de protección adecuada», como dice el párrafo 2º del artículo 303 Cc. La guarda de hecho no se considera una «medida de protección adecuada», sino una medida, a sensu contrario, «inadecuada», y por tanto transitoria.

La nueva regulación de la guarda de hecho cambiar el enfoque: su esencia no debe quedar caracterizada por el control. Siempre cabrá la posibilidad de control si no se ejercita adecuadamente (según el artículo 263 proyectado, «La autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su

12. La incorporación de la guarda de hecho al Código civil se produjo con la ley de reforma de 24 de octubre de 1983. Según el artículo 303, «cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación [...] de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores». La Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 ha dedicado un precepto a la guarda de hecho, el artículo 52, según el cual, «1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes [...] de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos.

2. El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal».

actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias. Asimismo podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento»). Pero *la esencia* de la guarda de hecho debe ser la libre actuación del guardador, salvo que se requiera autorización judicial para realizar actos jurídicos representativos. En esos casos de actos representativos, el guardador deberá obtener la autorización correspondiente, pero sin que pueda exigirse la incoación un procedimiento general de provisión de apoyos.

Por otro lado, la guarda de hecho no debe ser contemplada como una situación transitoria. En tanto se ejerza adecuadamente, no hay razón para someter a la persona con discapacidad a un procedimiento judicial de provisión de apoyos en que con carácter general se determine qué actos de la persona con discapacidad requieren asistencia y cuáles no. En este sentido es muy explícito el 268, ap. 2 del *Allgemeines Bürgerliches Grundbuch* austriaco: el nombramiento de curador es improcedente si la persona con discapacidad está suficientemente atendida, especialmente por la familia¹³.

La llamada *Ley de dependencia* de 2006, aunque no reguló la guarda de hecho, dio relevancia a la situación que define en su artículo 2 como «la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada». Y en su artículo 18 prevé que «cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar [...] se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares».

En definitiva, como indica el documento del Grupo *Ética y Legislación*¹⁴, «la Guarda de Hecho debe ser contemplada hoy con normalidad, como una más de las instituciones de protección de las personas con discapacidad».

6. El apoyo judicial a la persona con discapacidad ha de hacerse a través una sola institución de guarda, la curatela.

La reforma del Código civil de 24 de octubre de 1983, al crear la figura de la curatela, permitió al Juez una graduación de las limitaciones impuestas al incapaz «en atención a su grado de discernimiento». Lo que procede ahora es terminar con la dualidad tutela-curatela y trasladar el apoyo de la persona con discapacidad al ámbito exclusivo de la curatela.

13. Artículo 268, ap. 2 ABGB: «Die Bestellung eines Sachwalters ist unzulässig, soweit Angelegenheiten der behinderten Person durch einen anderen gesetzlichen Vertreter oder im Rahmen einer anderen Hilfe, besonders in der Familie, in Pflegeeinrichtungen, in Einrichtungen der Behindertenhilfe oder im Rahmen sozialer oder psychosozialer Dienste, im erforderlichen Ausmaß besorgt werden».

14. Cit. en nota 2.

Este criterio ha presidido la reforma de diversas regulaciones europeas recientes del régimen jurídico de la discapacidad.

En Alemania han circunscrito el ámbito de la tutela (*Vormundschaft*) a los menores de edad (§ 1773 BGB), y han creado para apoyo de las personas con discapacidad la figura de la «asistencia jurídica» (*Rechtliche Betreuung*). El asistente (*Betreuer*) tiene que atender los asuntos del asistido (*Betreute*) conforme a los deseos y las ideas de éste (§ 1901, ap. 2: «*nach seinen [des Betreuten] eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten*»). Y antes de que el asistente resuelva asuntos importantes, debe hablarlos con el asistido (§ 1901, ap. 3: «*Ehe der Betreuer wichtige Angelegenheiten erledigt, bespricht er sie mit dem Betreuten*»).

En el Derecho suizo, el apoyo de la persona con discapacidad se desarrolla a través de la figura de la curatela, que puede ser de cuatro tipos, «curatela de acompañamiento» (*curatelle d'accompagnement*), «curatela de representación» (*curatelle de représentation*), «curatela de cooperación» (*curatelle de coopération*) y «curatela de alcance general» (*curatelle de portée générale*). La curatela de acompañamiento supone una simple asistencia a los negocios que realice la persona con discapacidad (artículo 393 Cc suizo: «*Une curatelle d'accompagnement est instituée, avec le consentement de la personne qui a besoin d'aide, lorsque celle-ci doit être assistée pour accomplir certains actes*».) La curatela de representación supone la actuación en nombre de la persona con discapacidad «para ciertos actos» que ésta no puede realizar por sí misma (artículo 393 Cc suizo: «*Une curatelle de représentation est instituée lorsque la personne qui a besoin d'aide ne peut accomplir certains actes et doit de ce fait être représentée*»). La curatela de cooperación (artículo 396 Cc suizo: «*Une curatelle de coopération est instituée lorsque, pour sauvegarder les intérêts d'une personne qui a besoin d'aide, il est nécessaire de soumettre certains de ses actes à l'exigence du consentement du curateur*»). La curatela de alcance general tiene carácter representativo y abarca la totalidad de las esferas personal y patrimonial de la persona con discapacidad (artículo 398 Cc suizo: «*Une curatelle de portée générale est instituée lorsqu'une personne a particulièrement besoin d'aide, en raison notamment d'une incapacité durable de discernement. Elle couvre tous les domaines de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et des rapports juridiques avec les tiers*»). Las tres primeras modalidades de curatela pueden coexistir respecto de una misma persona (artículo 397 Cc suizo: «*Les curatelles d'accompagnement, de représentation et de coopération peuvent être combinées*»).

El ordenamiento austriaco ha creado la figura de la *Sachwalterschaft* –equivalente a la curatela (en algunos preceptos, como el § 273, se

dice *Sachwalterschaft oder Kuratel*)– para el apoyo a las personas con discapacidad. Según la extensión de la discapacidad (§ 268, ap. 3 ABGB: «*Je nach Ausmaß der Behinderung sowie Art und Umfang der zu besorgenden Angelegenheiten, ist der Sachwalter zu betrauen [...]*»), al *Sachwalter* (que en algunos preceptos se denomina *Sachwalter oder Kurator*) se le puede encomendar desde la asistencia a un acto jurídico concreto hasta la representación de la persona con discapacidad en todos los actos jurídicos (§ 268, ap. 3 ABGB: «*Je nach Ausmaß der Behinderung sowie Art und Umfang der zu besorgenden Angelegenheiten*»).

Siguiendo el precedente de estos ordenamientos europeos, en la reforma en curso del Código civil español se limita el régimen de la tutela a los menores de edad no emancipados y no sujetos a patria potestad, y se centra en la curatela el apoyo que requieren las personas con discapacidad.

El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la función que desarrolla esta institución: asistencia, apoyo, ayuda.

Según el grado de discapacidad, el juez constituirá una *curatela asistencial*, determinando casuísticamente los actos que requieran asistencia, y excepcionalmente, cuando se trate de personas con tal grado de discapacidad que les impida decidir por sí mismas, establecerá a su favor una *curatela representativa*.

Al decirse en el artículo 274 que «sólo en casos excepcionales» procederá la curatela representativa se está transmitiendo un criterio al juez. En realidad, si procede o no la representación depende de una situación fáctica: el grado de discapacidad. Pero lo que quiere decir el legislador es que el juez debe procurar, en lo posible, inclinarse por la curatela asistencial.

La nueva regulación de la asistencia a la discapacidad tiene como principal finalidad adecuar con la mayor precisión esa asistencia o apoyo a las necesidades de la persona con discapacidad, de manera que exista una correlación lo más exacta posible entre protección y necesidad de protección, entre ayuda y necesidad de ayuda, entre grado de discapacidad y grado de asistencia, y con ello se respete, al máximo posible, la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Como dijo el Fiscal en su escrito emitido en el asunto que condujo a la importante STS de 29 de abril de 2009, «[...] la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea.

De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta».

Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012 y 24 de junio de 2013 hacen suyo ese razonamiento, y consideran que es la tutela, y no la curatela, «reinterpretada a la luz de la Convención», el mecanismo más acorde con la necesidad de proveer de apoyo a la persona con discapacidad.

Para mayor claridad del nuevo sistema, la curatela ha quedado como una institución de apoyo *exclusiva* de las personas con discapacidad. La reforma del Código ha alejado la curatela de las figuras de la emancipación y la prodigalidad. Hasta ahora, el emancipado y el pródigo estaban asistidos por un curador (artículo 286 CC). En adelante, el emancipado estará asistido por un defensor judicial (artículo 246), y el prodigo por un «asistente» (artículo 299).

7. La actuación del curador conforme al principio absolutamente fundamental de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad.

El criterio más importante que ha de guiar la actuación del curador es el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad. En la reforma del Código no se habla sólo de voluntad; se habla de «voluntad, deseos y preferencias». Según el artículo 280 proyectado, uno de los principales de la reforma, «el curador asistirá a la persona a la que presta apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias».

Pero el respeto a la voluntad va más allá de la indagación de esa voluntad. Hay casos en que la voluntad no puede expresarse, porque ha sobrevenido una discapacidad que lo impide, y en ese caso hay que indagar la voluntad *que hubiera tenido* la persona. Y para ese caso se impone al curador que tome en consideración «la trayectoria vital, los valores y las creencias» de la persona con discapacidad.

8. Las medidas judiciales de apoyo deben de quedar sujetas a una revisión periódica, con vistas a su posible modificación o supresión.

La discapacidad no es una realidad estática, sino dinámica. La STS de 29 de abril de 2009 habló de la «reversibilidad» de la situación de discapacidad.

Según la misma sentencia, «el sistema de protección debe [...] constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección».

Según el inciso final del artículo 266 proyectado, «las medidas adoptadas [en el procedimiento de prestación de apoyo] deberán prever su revisión periódica».

9. Eliminación, en el ámbito de la discapacidad, de las figuras de la patria potestad prorrogada, la patria potestad rehabilitada y la tutela, por la rigidez en cuanto a su ámbito y en cuanto su duración.

Las figuras de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada deben quedar desterradas como medidas de apoyo al hijo con discapacidad, cuando sus padres –o uno de ellos– viven. Tanto la patria potestad prorrogada como la patria potestad rehabilitada son instituciones rígidas, que suponen una facultad representativa total, con la consiguiente privación absoluta de una posible actuación jurídica del hijo, cualquiera que sea el grado de su discapacidad.

No hay razón para que sea así. El hijo debe recibir los apoyos que necesite, según el grado de su discapacidad, a través de la institución ordinaria de apoyo –la curatela–, y atendiendo exactamente a las necesidades de cada persona en concreto.

Como dice la STS de 20 de octubre de 2014 –y su razonamiento sobre la *rehabilitación* de la patria potestad vale también para la *prórroga* de la patria potestad– «la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicada a una persona mayor de edad [...] se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar la capacidad en cada caso, según la Convención (SSTS 29 de abril, 11 de octubre de 2009, 24 de octubre 2013). Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad, reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), aspecto en el que también se revoca la sentencia».

10. El procedimiento judicial de determinación de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la

persona con discapacidad requiera asistencia, pero no a la privación de derechos, sean éstos personales, patrimoniales o políticos.

El contenido de la sentencia debe determinar únicamente los actos para los que la persona con discapacidad requiera asistencia, y la persona a la que se defiera el cargo de curador. En su caso determinará el carácter representativo de la curatela, y su ámbito total o parcial.

Los criterios que deben presidir el procedimiento de prestación de apoyos los determina con claridad el artículo 266, que es uno de los más importantes de la reforma: las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyo:

- a) serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise,
- b) respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica
- c) y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

El contenido de la resolución que pone fin a un procedimiento de prestación de apoyos puede ser muy heterogéneo, puesto que puede determinar actos en los que la persona con discapacidad pueda actuar por sí misma, actos para los que requiera la asistencia de curador y actos para los que requiera la representación por curador. Tanto unos casos como otros «deberán fijarse de manera precisa», como dice el párrafo penúltimo del artículo 267 proyectado

Pero no es función de la sentencia que ponga fin a un procedimiento de determinación de apoyos el privar de derechos a la persona con discapacidad –ni tampoco el preservar o reconocer derechos–. Lo dice el artículo 267 proyectado en su párrafo último con toda rotundidad: «En ningún caso podrá incluir la sentencia la mera prohibición de derechos». También la Disposición transitoria primera de la Propuesta es taxativa con las prohibiciones que se hubiesen impuesto antes de la entrada en vigor de la reforma: «A partir de la entrada en vigor de la presente ley, las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad quedarán sin efecto».

Esos derechos que a veces entran a negar las sentencias de instancia suelen ser el derecho al voto, el derecho a testar, el derecho a contraer matrimonio, el derecho a obtener permiso de armas, el derecho a conducir vehículos de motor...

Como principio general, todos los actos distintos de aquellos para los que la autoridad judicial ha previsto asistencia o representación, puede realizarlos la persona con discapacidad por sí sólo.

Como han puesto de relieve las STS. 146/2018, 846/2018 y 936/2018, todas ellas de 15 de marzo (y ponente M^a Ángeles Parra), el principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento, ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La última de las sentencias citadas pone relieve que la capacidad natural ha de comprobarse «in situ», es decir, en el lugar y momento en que pretenda otorgarse el acto de que se trate.

La posibilidad concreta de realizar u otorgar, caso por caso, esos actos no contemplados en la sentencia que pone fin al procedimiento de prestación de apoyos, corresponde constatarla al funcionario competente respecto de cada uno de ellos, y en el momento en que pretendan realizarse, momento en que se harán las valoraciones, apreciaciones, exámenes o controles que en cada caso procedan.

11. El procedimiento de determinación de apoyos debe alejarse del esquema tradicional, y debe orientarse a un sistema de colaboración interprofesional o «de mesa redonda», con profesionales especializados de los ámbitos jurídico, asistencial y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo idóneas.

Es necesario sustituir el esquema tradicional de «banquillo», en que la persona con discapacidad se sienta frente al juez como un acusado o un demandado, por un sistema de «mesa redonda», con un trato más personal y humano, dirigido hacia alguien a quien se trata de ayudar.

Sería igualmente adecuada la especialización de la Fiscalía y de los Tribunales, para facilitar el seguimiento de las personas con discapacidad y de los apoyos acordados.

La Fiscalía ya abordó la especialización a través de la Instrucción n^o 4/2009 *sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas*. En ella se establece, en síntesis: a) que en todas las Fiscalías Provinciales se constituirá una Sección de lo Civil; b) que en cada Sección de lo Civil se adscribirán Fiscales que se encarguen de la atención específica a la protección de las personas con discapacidad; y c) que en cada Fiscalía, deberá procurarse que las funciones del régimen especializado en materia de discapacidades y tutelas sean asumidas al menos por dos Fiscales con el objeto de dar continuidad

al tratamiento de los asuntos, con posibilidad de suplencias entre ellos en periodos de vacaciones, permisos, vacantes u otras eventualidades.

Como dice la Exposición de Motivos de la Propuesta, «la reforma normativa debe ir unida a una transformación de la mentalidad social, y especialmente la de aquellos profesionales del Derecho –jueces y magistrados, funcionarios de la administración de justicia, notarios, registradores– que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad».

En esa necesaria «transformación de la mentalidad social» estamos concernidos todos. Esa transformación supone adquirir plena consciencia de dos criterios: primero, que la dignidad de la persona debe ser el valor central de la convivencia y del Derecho; y segundo, que cualquier discriminación, cualquier limitación, cualquier barrera –física o jurídica–, por mínima que sea, contra cualquier persona con discapacidad constituye una grave vulneración de la dignidad inherente a todo ser humano.

5. SENTIDO GENERAL DE LA REFORMA

La reforma introducida en el ordenamiento español por la Convención de 2006 –y aún prelegislativamente por la Propuesta– supone, en definitiva, el pleno reconocimiento de la dignidad que corresponde a las personas con discapacidad. Esa dignidad que, como dice la primera frase de la Convención de 2006 es propia de «todos los miembros de la familia humana». Y la consecuencia inmediata de ese reconocimiento la sienta igualmente la Convención en su Preámbulo: «Cualquier discriminación contra una persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano».

Pero el pleno reconocimiento de la dignidad que corresponde a las personas con discapacidad –de la que el Derecho les ha privado largo tiempo y ahora les devuelve–, no es sólo cuestión de las normas, sino que es también cuestión de la sociedad. En el artículo 8 de la Convención, que tiene el expresivo epígrafe de «toma de conciencia», afirma, como primer punto, que es necesario «sensibilizar a la sociedad», y en particular, según el artículo 25, a los profesionales de la salud. Y tanto o más necesario, aunque no lo diga la Convención, es sensibilizar a los profesionales del Derecho, para que apliquen las normas reguladoras de la discapacidad teniendo presente esa dignidad *inherente* –como la califica con reiteración el texto de las Naciones Unidas– que corresponde a las personas con discapacidad.

La Propuesta española proclama en esta misma línea, y en el primer artículo dedicado a la materia, el 248, que «las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona». Es verdad que en ese precepto se habla de *la persona* en sentido genérico, pero en la práctica la dignidad ha de reconocerse y respetarse en *cada persona*. Con otras palabras: las medidas de apoyo deben ajustarse, en cada caso, a la situación de cada una de las personas con discapacidad. Es necesario partir de un cuidadoso examen de cada situación y adoptar las medidas de apoyo que corresponda a cada una de ellas. Porque, en definitiva, la dignidad humana, aunque se reconozca genéricamente a toda la humanidad, y por tanto genéricamente a todas las personas con discapacidad, es algo que corresponde y pertenece individualizadamente a cada una, que es distinta de las demás por su radical singularidad.

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R. *La marginación de los locos y el Derecho*, Madrid 1974.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 2, Madrid 1971.

CASTRO Y BRAVO, F. DE, *Derecho Civil de España*, t. II, Madrid 1952, p. 285.

GARCÍA RUBIO, M^a P., «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad» *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, año 2018 (en prensa).

3.2. LA INTERVENCIÓN DE DON PEDRO MUNAR BERNAT

LA CURATELA: PRINCIPAL MEDIDA DE APOYO DE ORIGEN JUDICIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

Pedro A. Munar Bernat

TITLE: Curatorship: The main judicial support measure for people with disabilities.

RESUMEN: En este artículo se presentan las líneas maestras de la curatela diseñada como la principal medida de apoyo de origen judicial en el Anteproyecto de reforma del Código civil elaborado por la Comisión General de Codificación, para adecuar el Ordenamiento jurídico español a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

ABSTRACT: *This article presents the main lines of curatorship designed as the main judicial support measure in the draft bill to reform the Civil Code prepared by the General Codification Commission to adapt the Spanish legal system to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities.*

PALABRAS CLAVE: Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, medidas de apoyo, curatela, salvaguardas, nombramiento, remoción, dispensa, ejercicio, extinción.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 2. PREMISAS DE LAS QUE SE PARTE. 2.1. *El articulado de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad.* 2.2. *Derecho comparado.* 2.3. *La doctrina sentada por el Tribunal Supremo desde 2009.* 3. LA SOLUCIÓN ESCOGIDA. 3.1. *Su justificación.* 3.2. *Efectos colaterales.* 3.2.1. *Desaparición de la tutela en sede de discapacidad.* 3.2.2. *Desaparición de la patria potestad prorrogada y rehabilitada.* 3.2.3 *Remisión a las normas de la curatela.* 3.3. *Principios que inspiran la curatela.* 4. NOMBRAMIENTO DE QUIEN EJERCE LA CURATELA. 4.1. *¿Quiénes pueden ser curadores?* 4.2. *Orden legal para el nombramiento.* 4.3. *Número de curadores.* 4.4. *Algunas modificaciones en el procedimiento para el nombra-*

* “La conferencia pronunciada glosó el artículo publicado por el autor, con el mismo título, en revista de Derecho Civil, Vol. V, n° 3, 2018 (julio-septiembre), págs.- 121-152.

miento del curador. 4.5. La remoción del curador 4.6. La posible excusa del curador. 4.7. La retribución del curador. 5. EL EJERCICIO DE LA CURATELA. 5.1. Las exigencias que se imponen al curador. 5.2. Supuestos de imposibilidad transitoria de desarrollar la actuación. 5.3. Posibles obligaciones a cumplir por el curador. 5.3.1. Constitución de fianza. 5.3.2. Realización de inventario. 5.4. Los casos en que el curador requiere autorización judicial para prestar el apoyo, 6. LA EXTINCIÓN DE LA CURATELA. 6.1. Causas. 6.2. Rendición de cuentas. 6.3. Responsabilidad del curador. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En las páginas que siguen se pretende ofrecer los perfiles de la curatela, la figura que se consagra como una de las claves del nuevo sistema que se ha creado en el Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación de reforma del Código civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria en materia de Discapacidad (en adelante, el Anteproyecto), al presentarse como la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad que, por su naturaleza, es graduable.

2. PREMISAS DE LAS QUE SE PARTE.

2.1. El articulado de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad.

El punto de partida, como no podía ser de otro modo, han sido los artículos fundamentales de la Convención, en adelante, CDPD¹.

- El artículo 1.2, que describe a las personas con discapacidad². Se ha explicado que esta definición se adopta desde los presupuestos del denominado modelo social:

«Este modelo entiende que la discapacidad está originada no tanto por las limitaciones personales ocasionadas por el padecimiento de una

1. Resultan de mayor interés las consideraciones relativas al *iter* formativo de la Convención, sus principios y contenido de: GARCÍA PONS, ANTONIO (2008); PALACIOS RIZZO (2008); CUENCA GÓMEZ (2012).

2. Aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

deficiencia –como sostiene el modelo médico– sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de las personas con discapacidad generando barreras que las excluyen y discriminan. De este modo, no son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse y rehabilitarse para poder participar plenamente en la vida social, sino que es la sociedad la que debe re-diseñarse para garantizar su inclusión en igualdad de condiciones»³.

- El artículo 12, que se ha considerado la clave sobre la que debe pivotar la reforma de las normas de los Estados para adecuar sus previsiones al contenido de la CDPD.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes,

3. PALACIOS (2008). Lo explica CUENCA GÓMEZ (2012): 71.

controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Hay que reconocer que existen distintas interpretaciones sobre el sentido y alcance de esta norma⁴.

Me parecen muy acertadas las ideas que al respecto expresa PEREÑA VICENTE y que se podrían resumir de la siguiente manera:

- La CDPD no da el mismo tratamiento a la capacidad jurídica y a su ejercicio. Es cierto que la Observación General del Comité de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 19 de mayo de 2014⁵, en adelante OGC, insiste en que la igualdad en la capacidad jurídica incluye ambos aspectos, pero sin duda ello supone olvidar que la diferencia entre ambas nociones aparece en la CDPD: «El reconocimiento de la capacidad jurídica es automático ... mientras que la Convención exige adoptar las medidas pertinentes para que todas las personas puedan ejercer su capacidad jurídica. Es decir, en el reconocimiento de la capacidad jurídica no cabe adoptar «ninguna medida pertinente» pero en el ejercicio sí. Esta es la diferencia»⁶.
- Las medidas de apoyo pertinentes deben ser proporcionales, por lo que existirán supuestos en que no tendrá sentido establecer un sistema de representación mientras que en otros en que concurren circunstancias especialmente graves sólo mediante la representación se puede garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica.
- Tan contrario a la CDPD es abusar del sistema de representación, como no recurrir a él cuando sea necesario, porque «el apoyo» es la finalidad perseguida, no la medida en sí; de ahí que ese apoyo en alguna ocasión exige una intervención mínima mientras que en otros casos necesita de la representación porque es la única vía para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica⁷.

4. Por todos, TORRES GARCÍA (2015): 397-399.

5. <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/discapacidad/comite-onu/crpd-og1-castellano.pdf>

6. PEREÑA VICENTE (2014): 17. Es interesante la reflexión de ATIENZA RODRÍGUEZ (2016), que propone una relectura del artículo 12 incorporando la expresión «en la medida de lo posible», es decir, que las personas con discapacidad tienen, en la medida de lo posible, capacidad jurídica en igualdad de condiciones. Sobre la Observación, en términos muy críticos, ALEMANY (2018).

7. PEREÑA VICENTE (2014): 9-10

2.2. Derecho comparado.

Desde finales del siglo XX y, sobre todo, desde principios de este siglo, una serie de Estados han procedido a reformar la normativa en materia de protección y amparo a las personas con discapacidad, y en muchos casos para adecuar la normativa a la CDPD, siendo por tanto una referencia que resultaba del mayor interés a la hora de decidir la mejor solución.

- Alemania:

El BGB fue reformado en 1998, instaurando como única medida la asistencia, y previendo el apoderamiento preventivo de protección⁸.

- Italia:

Tras la reforma del Código civil en 2004 distingue dos sistemas de protección: la denominada *Amministrazione di sostegno* (art. 404 Codice civile) y la incapacitación (artículos 414 y ss.). La primera es una forma de protección de la persona que se produce por efecto de una enfermedad o de una discapacidad, aunque sea parcial o temporal⁹; la persona se ve imposibilitada de proveer a sus propios intereses, mientras que la incapacitación, que producirá el nombramiento de un tutor, afectará a los menores emancipados y los mayores de edad que se encuentran en condiciones habituales de enfermedad mental que les hace incapaces de proveer a sus propios intereses; en esta situación se procederá al nombramiento de un tutor, que representará al sometido a esta medida.

- Francia:

Mediante la Ley 2007-308, de 5 de marzo de 2007, que reformó la protección jurídica de los mayores de edad, pretende favorecer la autonomía y la libertad de la persona necesitada de protección. La «asistencia» –en forma de curatela– se ha convertido en la medida judicial de derecho común para la protección de los mayores de edad porque es compatible con su autonomía y subraya la capacidad natural del individuo. Además, favorece el «mandato de protección futura», acto de previsión del mayor de edad. La Ordenanza

8. El § 1896.1 establece: «si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o una discapacidad física, psíquica o mental no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas, a petición suya o de oficio, le nombra un asistente legal. [...]. Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal sólo puede ser nombrado a petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad». Por su parte, el § 1902 BGB establece: «representación del asistido. Dentro del ámbito de sus funciones, el asistente legal representa al asistido en juicio y fuera de él».

9. Sobre ella, VIVAS TESÓN (2012); TORRES GARCÍA (2015): 399-400.

de 1 de octubre de 2015, de simplificación y modernización del Derecho de familia, que entró en vigor el 1 de enero de 2016, crea la «habilitación familiar», que es un mandato judicial confiado a determinados parientes¹⁰.

- Bélgica:

La Ley, de 13 de marzo de 2013, que reforma los regímenes de incapacidad instaurando un nuevo estatus de protección conforme a la dignidad humana, modifica los artículos 488 a 492 del Código civil. Establece un sistema donde las personas con discapacidad deben, en la medida de lo posible, conservar el pleno ejercicio de sus derechos, evitando también en lo posible, la representación y establece un régimen de asistencia¹¹.

- Suiza:

La Ley de 19 de diciembre de 2008, de protección del adulto, derechos de las personas y derecho de filiación, da nueva redacción a la Parte III del Libro II (arts. 360 a 456) del Código civil. En ella se establece la curatela como medida de protección de la persona adulta que necesita ayuda, distinguiendo entre curatela de acompañamiento, representación y cooperación¹².

- Argentina:

El nuevo Código civil y comercial, que fue aprobado el 1 de octubre de 2014 y entró en vigor el 1 de agosto de 2015, también se hace eco de la nueva situación planteada a partir de la CDPD. Así, en los casos en que exista una restricción de la capacidad de obrar, el principal efecto es la provisión de medidas de apoyo, que el artículo 43 configura de forma muy flexible, pues se trata de «cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general»¹³.

- Brasil:

El Estatuto de Personas con Deficiencia, Ley n° 13.146/15, de 7 de julio¹⁴, define en el artículo 2 a la persona con deficiencia como «aquella que tiene

10. SCHÜTZ (2016), TORRES GARCÍA (2015): 400-401.

11. DEGUEL (2013).

12. PEREÑA VICENTE (2014): 14; TORRES GARCÍA (2015): 401-402.

13. Sobre dicha regulación, MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ (2017).

14. <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/513623/001042393.pdf>.

algún impedimento de larga duración de naturaleza física, mental, intelectual o sensorial». De acuerdo con el art. 84.2 «La persona con discapacidad tiene asegurado el derecho al ejercicio de su capacidad legal en igualdad de condiciones con las demás personas» y en el mismo precepto establece que «cuando resulte necesario, será sometida a curatela, conforme a ley». El art. 84.3 establece que «La definición de curatela de persona con discapacidad constituye una medida protectora extraordinaria, proporcional a las necesidades y circunstancias de cada caso, y durará el menor tiempo posible»¹⁵.

- Irlanda:

La Ley de Apoyo en la Toma de Decisiones (*Assisted Decision Making (Capacity) Act*) de 2015, adoptada antes de que Irlanda se hubiera adherido a la CDPD, circunstancia que se ha producido en este año 2018¹⁶. En ella se regulan, con pormenor, los mecanismos a través de los que la propia persona, sea la que adopte las previsiones necesarias acerca del ejercicio de su capacidad. Contempla tres instituciones fundamentales: la toma de decisiones con apoyo, la codecisión y el apoderamiento preventivo. Si no ha adoptado previsión y, en la práctica, deviene incapaz de adoptar decisiones, puede ser declarado incapaz judicialmente en relación con una o más decisiones en la esfera personal y/o patrimonial.

- Portugal.

La Ley 49/2018, de 14 de agosto, crea el régimen jurídico del mayor acompañado, eliminando las instituciones de la incapacitación y la inhabilitación¹⁷, procediendo a la reforma del Código civil y la legislación procesal. El nuevo artículo 138 del Código civil regula el acompañamiento, señalando que El mayor imposibilitado, por razones de salud, deficiencia o por su comportamiento, de ejercer, plena, personal y conscientemente, sus derechos, o en los mismos términos, de cumplir sus deberes, se beneficia de las medidas de acompañamiento previstos en este Código. Como en las restantes legislaciones prevalece la designación hecha por la persona en previsión de su discapacidad.

15. LAGO JUNIOR – SOUZA BARBOSA (2016); ROSENWALD (2016).

16. Sobre dicha regulación, MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ (2017).

17. Diário da República n.º 156/2018, Série I de 2018-08-14.

- República de Perú:

El Decreto Legislativo 1384, de 3 de septiembre 2018¹⁸, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, procede a reformar el Código Civil y otras disposiciones legales. El nuevo art. 42 CC establece: «Toda persona mayor de 18 años tiene plena capacidad de ejercicio (de la capacidad jurídica). Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.» En la nueva regulación se distingue nítidamente entre: a) La prestación de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica donde se concede un gran protagonismo a los previstos por quien los vaya a precisar y sólo, subsidiariamente, se podrán establecer por la autoridad judicial (art. 659); b) Supuestos de interdicción que determinan el nombramiento de un curador dativo por la autoridad judicial (art. 564 y siguientes).

2.3. La doctrina sentada por el Tribunal Supremo desde 2009.

Además del análisis de las normas de Derecho comparado recientemente aprobadas, en el momento de diseñar los mecanismos a través de los que el ordenamiento jurídico español podía dar adecuada respuesta a la exigencia de adaptarse a los postulados de la CDPD, ha resultado de capital importancia tomar en consideración las reflexiones que el Tribunal Supremo realizó en la STS de 29 de abril de 2009¹⁹, y donde quedaban meridianamente claros los principales aspectos que deberían ser objeto de tratamiento, ideas que luego han sido el hilo conductor de un relevante número de sentencias que han perfilado de manera nítida, el parecer del Alto Tribunal en esta materia:

1º. Entre los grupos de personas a los que se refiere la CDPD pueden distinguirse:

- Personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad.
- Personas que requieren, de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Dentro de este último colectivo quedaran amparadas personas que pueden precisar diferentes sistemas de protección porque pueden encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada.

18. Publicado en el Boletín Oficial El Peruano, de 4 de septiembre 2018.

19. RJ 2009/2901. Ponente Excm. Sra. Encarnación Roca Trías.

2º. Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos:

- La situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y, sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad.
- Esto comporta que puedan producirse
 - una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y
 - la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia.

3º. La incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

3. LA SOLUCIÓN ESCOGIDA.

3.1. Su justificación.

Partiendo de estas premisas, la decisión que se tomó fue la de optar por la curatela como institución de referencia en los casos en que una persona necesite apoyos continuados por su discapacidad.

Como explica la Exposición de Motivos, «El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda». El art. 249, 2º párrafo, señala que su extensión vendrá determinada por la situación y circunstancias de la persona con discapacidad.

Esta alternativa, además de que aparece como una constante en las distintas reformas legislativas aludidas, ha sido una idea barajada por el TS desde la citada sentencia de 2009 y valorada favorablemente por la doctrina científica²⁰.

20. Para no resultar reiterativo, véanse el repertorio de sentencias y las consideraciones al respecto en: ALBERRUCHE DÍAZ-FLÓREZ (2015); BERROCAL LANZAROT (2012); BOTELLO HERMOSA (2015); DE LA IGLESIA MONJE (2013) Y (2018); DE SALAS MURILLO (2013); GARCÍA CANTERO (2012); LEGERÉN MOLINA (2015); PALLARÉS NEILA (2016); PEREÑA VICENTE (2014); ROVIRA SUEIRO (2015); SERRANO GARCÍA (2015); SILLERO CROVETTO (2015); VARELA AUTRAN (2013).

Es una medida subsidiaria, que solo entrará en juego en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona necesitada de apoyo.

- Hay que recordar en este sentido, las palabras de la Exposición de Motivos cuando señala que la nueva regulación da absoluta preferencia a las medidas preventivas (poderes o mandatos preventivos y autocuratela).
- El art. 267 declara: «La autoridad judicial constituirá la curatela sólo cuando no exista otra medida de apoyo suficiente».
- El nuevo artículo 756 LEC no puede ser más rotundo: «Sólo procederá la adopción de medidas judiciales de apoyo si no se hubieran establecido con carácter previo por el interesado o si las que hubiera establecido no se consideraran válidas o suficientes».

Se parte de la idea, como principio de actuación, que la curatela es de naturaleza asistencial, aunque en los casos excepcionales en los que resulte preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas²¹. Cabe resaltar que esa facultad representativa, en caso de que se conceda, no se presume que es absoluta, sino que, muy al contrario, solo ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general, puesto que el art. 267.3 insiste en que aquellos actos en los que deba ejercer la representación deben fijarse de manera precisa²².

Es cierto que, en diferentes ordenamientos, se ha optado por la doble vía de plantear una institución para los supuestos de personas que se hallen en situaciones en que el apoyo debe ser absoluto (tutela en Italia, curatela en Perú) y otra, asistencia o similar, para aquellos supuestos en que el apoyo a prestar no sea de tanta entidad. La opción escogida plantea una única institución que tendrá el contenido que sea necesario para el sujeto a quien se haya de prestar apoyo²³. Tan sometido a curatela estará quien sólo precise de

21. Lo expresa con claridad la Exposición de Motivos cuando señala que «el apoyo es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona discapacitada. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo, y solo ante esa situación de imposibilidad, ésta puede concretarse en la representación o sustitución en la toma de decisiones».

22. Como ya se ha dicho con relación al derecho suizo, «se pretende establecer una medida tan débil como sea posible pero tan fuerte como sea necesario para garantizar la ayuda o asistencia de la que tenga necesidad la persona», en expresión de MEIER, P., reproducida por PEREÑA VICENTE (2014): 21.

23. Como explica GARCÍA RUBIO (2018):182: «No va de suponer una institución monolítica, sino un mecanismo de gran plasticidad, proporcionado a las necesidades de apoyo concretas de la persona necesitada del mismo».

forma continuada un apoyo en cuestiones de la vida diaria, como aquel que esté en situación de absoluta dependencia en todos los órdenes. Es la idea que aparece, con distintas denominaciones, en Suiza o Francia, y que se considera que es la más fiel al sentir de la Convención.

3.2. *Efectos colaterales.*

3.2.1. Desaparición de la tutela en sede de discapacidad.

La opción escogida supone eliminar del ámbito de la discapacidad la figura de la tutela, para dejar patente que el apoyo que se pueda prestar a la persona con discapacidad no debe asociarse automáticamente con la tradicional connotación representativa de la tutela. En la OGC se apunta que «La obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por otros, que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones, exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos».

De este modo, la tutela queda reservada para los menores de edad no emancipados no sujetos a patria potestad que por razón de su edad no tienen capacidad general de obrar y que, con carácter general, debe ser sustituido en su voluntad a través del mecanismo de la representación²⁴. Esta opción, además, pone sobre el tapete la constatación del hecho de que los menores y las personas con discapacidad no pueden ser equiparados²⁵. En todo caso, aunque excede del objeto de este estudio, hay que convenir que incluso en los casos donde exista la tutela, el art. 225 deja fuera del ámbito representativo los actos que pueda desarrollar el menor por sí solo o para los que sólo precise asistencia, y el cargo siempre se ejercerá de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos²⁶.

3.2.2. Desaparición de la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

Otra manifestación de la apuesta decidida por la curatela, como única medida de apoyo, es la desaparición de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada que hasta ahora eran las figuras diseñadas para

24. MAYOR DEL HOYO (2014): 17.

25. «Los primeros van adquiriendo una capacidad y una madurez gradualmente con el paso del tiempo. Los segundos tienen unas necesidades y unas experiencias distintas que requieren una atención específica en cada caso según sus circunstancias». PARRA LUCÁN (2015): 28.

26. En la línea seguida por otros Ordenamientos, ya que como explica PARRA LUCÁN (2015): 35 «cada vez se entiende que la protección del menor sólo se puede conseguir considerando al menor como un sujeto activo, lo que se traduce en reconocimiento mayor de su autonomía».

atender a aquellos menores de edad con discapacidad que alcanzaban la mayoría de edad y que, por tanto, salían de la patria potestad, o para aquellos mayores de edad que, conviviendo todavía en el hogar familiar, sufren alguna alteración que obliga a la adopción de medidas de apoyo.

Como se explica en la Exposición de Motivos se entiende que se trata de figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone²⁷. De esta manera, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad, se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera²⁸.

En todo caso, ello no supone que los padres no puedan desempeñar la función de prestar esos apoyos como curadores, puesto que el art. 274.3º, al establecer las personas a las que la autoridad judicial podrá nombrar, se refiere al progenitor, siendo preferido el que conviva con la persona precisada de apoyos.

3.2.3. Remisión a las normas de curatela.

Precisamente para dejar patente la apuesta por la curatela como institución de referencia, es por lo que en aquellas cuestiones en que pueda existir una regulación pareja entre instituciones, se ha preferido remitir a las normas sobre la curatela:

- En sede de tutela:
 - El art. 223 remite a la curatela al referirse a las causas y procedimiento de excusa de la tutela.
 - El art. 224 que señala que el ejercicio de la tutela se regirá por las normas del ejercicio de la curatela, con las particularidades que expresamente se establezcan.

27. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los padres sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus padres que, en la mayor parte de los casos, morirán antes que él; a lo que se añade que cuando los padres se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa.

28. El artículo 250 establece el mecanismo por el que el menor precisado de apoyo, pueda quedar sujeto a curatela o se le nombre un defensor judicial, garantizando la participación del menor en el proceso y atendiendo su voluntad, deseos y preferencias.

- En el supuesto del defensor judicial, el artículo 295, al referirse a las normas de inhabilidad, excusa o remoción del defensor judicial, remite a las normas relativas a estos aspectos de la curatela; e igualmente.

3.3. Principios que inspiran la curatela.

De la regulación que se hace de la curatela como medida de apoyo de origen judicial, se pueden deducir una serie de principios, que no son más que un trasunto de los que aparecen plasmados en la CDPD, siempre partiendo de la premisa de que está inspirada en el respeto, la dignidad y la tutela de los derechos fundamentales de la persona a quien se presta este apoyo:

3.3.1. Necesidad.

Conforme al art. 249, 2º párrafo, entrará en juego cuando la persona precise el apoyo de modo continuado.

3.3.2. Temporalidad.

El art. 266 exige que en la resolución en que se provea la curatela como medida de apoyo se prevea la revisión periódica de la misma en un plazo máximo de 3 años, que se llevará a cabo a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.

3.3.3. Proporcionalidad.

- El art. 266 señala con carácter general que «las medidas serán proporcionadas a las necesidades».
- Su extensión quedará determinada en la resolución judicial donde se establezca en armonía con la situación y circunstancias de la persona que precise el apoyo (art. 249.2º).
- Especifica el art. 267, que deberán determinarse los actos para los que se requiere la intervención del curador y que debe hacerse de manera precisa²⁹.

²⁹. Lo que se pretende plasmar con esta expresión queda muy bien descrito en la STS de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015/2023. Ponente Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo): «Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una

- En ningún caso pueda despacharse con la mera prohibición de derechos (art. 267.3º).

3.3.4. Personalización de la medida.

Conforme a lo establecido en el art. 12.4 CDPD la curatela, como mecanismo de apoyo que es, debe respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a quien se presta el apoyo.

Este principio queda reflejado en multitud de normas y situaciones:

- El art. 248, párrafo 3º, para cualquier medida de apoyo.
- El art. 268, párrafo 1º prevé la previsión de que se establezcan por la autoridad judicial medidas de control para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona a quien se presta el apoyo, es decir, las salvaguardas a las que se refiere el art. 124 CDPD.
- El art. 280, 2º párrafo específicamente para el supuesto de la curatela.
- El art. 280.4º, cuando se trata de una curatela en que al curador se le han atribuido facultades representativas, se le compele a que tenga en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias, para intentar determinar qué decisión habría tomado la persona necesitada de apoyos si no estuviera en la situación en que se halla³⁰.
- Art. 281, en el caso de que deba nombrarse un defensor judicial para una actuación concreta por impedimento transitorio o conflicto de intereses entre el curador y a quien presta apoyos, el Letrado de la Administración de Justicia deberá tener en cuenta su voluntad, deseos y preferencias.
- Art. 286, que permite la autorización al curador para realizar una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, siempre que la autoridad judicial lo considere adecua-

representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir, adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda».

30. Sobre esta cuestión son el mayor interés las reflexiones de PEREÑA VICENTE (2014): 25 y 26, cuando señala la sutilidad de la misión de quien presta apoyo: «Han de acompañar en la toma de decisiones, o tomar la decisión cuando ello sea necesario, sin proyectar sus propios valores, sino intentando que la decisión sea lo más aproximada posible a la que la persona hubiese tomado».

do, para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad³¹.

4. NOMBRAMIENTO DE QUIEN EJERCE LA CURATELA.

Como ya hemos advertido antes, la autoridad judicial procederá a nombrar un curador, cuando concurran las necesidades de apoyo, si y sólo si la persona que precise del mismo, no ha propuesto el nombramiento o la exclusión de alguna persona³².

4.1. ¿Quiénes pueden ser curadores?

Conforme al artículo 273 pueden ser curadores:

- Las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función, siempre que no concurra alguna de las causas de inhabilidad:
 - Quien haya sido excluido por la persona necesitada de apoyo³³.
 - Quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer, fundadamente, que no desempeñará bien la curatela³⁴.

31. Se trata de una disposición ya prevista en el art. 222-44 del Código civil de Cataluña. Está pensada para aquellos casos en los que, la persona precisada de apoyo, sea titular de una actividad económica donde es preciso realizar constantes actos dispositivos que, conforme al art. 285, requieren autorización judicial, y que, si se tuvieran que autorizar uno a uno, teniendo en cuenta la lentitud del sistema judicial, podrían acabar suponiendo un perjuicio para la persona a quien se pretende apoyar. Sobre la norma catalana, PUIG BLANES (2013): 189. RUDA GONZÁLEZ (2017): 355, plantea para el tutor catalán la hipótesis de cesión sucesiva de los derechos de explotación patrimonial de las novelas que conforman una trilogía.

32. Aunque como regla general esa propuesta vincula a la autoridad judicial, el art. 270.2º admite la posibilidad de que ésta, en resolución motivada, prescinda total o parcialmente, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la tutela o el Ministerio Fiscal si: a) existen circunstancias graves desconocidas por quien la estableció, b) se ha producido una alteración de las causas que expresó o que presumiblemente tuvo en cuenta en su disposición.

33. Hay que tener en cuenta que el art. 269 prevé la posibilidad de exclusión a una o varias personas para el ejercicio de la función de curador dentro de los contenidos en la escritura en que una persona mayor de edad o emancipada, previamente a la situación en que vaya a precisar apoyos, provea en previsión de que se produzca esa situación.

34. Por tanto, no es causa de inhabilidad el haber cometido cualquier delito, sino sólo la comisión de uno que lleve a pensar que no se actuará adecuadamente como curador.

- Quien tenga conflicto de intereses con la persona necesitada de apoyo.
- Aquel a quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.
- Las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción y asistencia a las personas con discapacidad³⁵

4.2. Orden legal para el nombramiento.

El artículo 274 establece la prelación a tener en cuenta por la autoridad judicial a la hora de proceder al nombramiento de curador, a falta de propuesta de la persona precisada de apoyo:

- Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo.

- Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

- Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueren varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

- Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.

- A quien estuviera actuando como guardador de hecho.

- A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público³⁶.

35. Como señala ESCARTÍN IPIENS en su artículo, no fue una cuestión pacífica y generó algún debate en el seno de la Comisión. Finalmente, se optó por mantener la idea que prevé en el Código civil para los tutores y que también se ha recogido en los distintos textos legales de las Comunidades Autónomas (Aragón y Cataluña) que han regulado la materia. En todo caso, GARCIA RUBIO, en su artículo sobre las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio, estima posible que en una medida anticipada o voluntaria que tiene prevalencia, como ya hemos señalado, se designe a una o varias personas jurídicas y que éstas pueden o no tener ánimo de lucro, afirmando que «las limitaciones que al respecto se establecen para ser nombrado curador en el proyectado artículo 273 CC, no pueden imponerse a la voluntad contraria del interesado».

36. Se plantea partiendo de la posibilidad de que el cónyuge o los progenitores estén actuando como guardadores de hecho y, ante la perspectiva de que no vayan a poder seguir desempeñándola, designen a la persona para el desempeño de la función curatelar.

En todo caso, ex art. 274 penúltimo párrafo, la autoridad judicial no queda sujeta a este orden de prelación una vez oída la persona necesitada de apoyo, para asegurar que la designación que se realice atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias. Hasta tal punto este es el principio capital de toda la regulación que se propone que, si una vez oída la persona precisada de apoyos no resulta clara su voluntad, también la autoridad judicial podrá prescindir del orden legal y nombrar a la persona que considere más idónea para comprender e interpretar sus deseos y preferencias (art. 274, último párrafo).

No hace falta insistir en que en el orden que se establece, y también en las circunstancias en que la autoridad judicial se puede separar del mismo, cobra un especial protagonismo la circunstancia del vínculo afectivo entre persona precisada de apoyo y su curador. Precisamente por esto, el hecho de la convivencia es criterio determinante para preferir a uno u otro, si existen dos personas que se hallen en igualdad de rango.

4.3. Número de curadores.

El artículo 275 contempla la posibilidad de que se pueda nombrar a más de un curador siempre que la persona necesitada de apoyo lo desee y sus necesidades lo justifiquen. Está pensado, sobre todo, para aquellos supuestos en que se entienda pertinente que un prestador de apoyo se ocupe de las necesidades personales, mientras que otro se encargue de los bienes y asuntos patrimoniales de la persona necesitada de apoyo.

En el segundo párrafo de este artículo 275 no se establece una regla general en lo referente al funcionamiento de esos supuestos de cocuratela, y se ha evitado establecerla a propósito, para que la autoridad judicial tenga plena libertad para establecer el régimen que estime pertinente, y teniendo en cuenta la voluntad del necesitado de apoyo, siempre que ello sea posible para el buen funcionamiento de la medida de apoyo.

4.4. Algunas modificaciones en el procedimiento para el nombramiento del curador.

En el marco de la reforma en materia de la protección a la persona con discapacidad, también ha sido necesario proceder a modificar aquellas normas procesales que se refieren al procedimiento para la determinación de las medidas de apoyo a adoptar, y el nombramiento de quien deba prestarlas: arts. 748 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Además de las cuestiones puramente nominales, por ejemplo, donde antes se hablaba de «capacidad» o «incapacidad», ahora se habla de «provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad», existen algunas otras de contenido:

- El proceso judicial tiene carácter subsidiario, puesto que como hemos señalado antes, ex art. 756.1 sólo procede «si tales medidas no se hubieran establecido con carácter previo por el propio interesado, o las establecidas no se consideraran válidas o suficientes»³⁷.
- El procedimiento que será de tramitación preferente, se sustancia por los trámites del juicio verbal, como ya sucede en la actualidad.
- Será siempre parte el Ministerio Fiscal, en su papel de defensor de los intereses de la persona precisada de apoyos, situación que no ha variado respecto de la vigente regulación.
- El juzgado de primera instancia competente es el del domicilio de la persona que precisa el apoyo, pero en el supuesto de que durante la tramitación ésta cambiara de domicilio, la competencia quedará en manos del juzgado de su nueva residencia³⁸.
- En el caso de que en la demanda se solicite un curador determinado, se le debe dar traslado a éste para que pueda alegar lo que estime oportuno al respecto³⁹.
- Se abre la posibilidad de que una de las personas que están legitimadas para instar el proceso (persona interesada, su cónyuge o pareja de hecho, descendiente, ascendiente o hermano, además del Ministerio Fiscal) o persona que acredite un interés legítimo pueda intervenir a su costa en uno ya iniciado⁴⁰.

37. Lo razona la Exposición de Motivos explicando que «Así se consagra el carácter subordinado del proceso judicial respecto de la voluntad del interesado, en consonancia con la regulación sustantiva, sin perjuicio de poder impugnar ante los tribunales la invalidez o insuficiencia de las medidas existentes».

38. Explica la Exposición de Motivos, que esta reforma obedece a la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del TS en este sentido, además de que facilita el proceso y lo acerca al lugar donde se encuentra la persona con discapacidad.

39. Explica el sentido de esta reforma la Exposición de Motivos: «Lo que posibilita contar con más datos acerca de su disponibilidad e idoneidad para asumir tal encomienda».

40. Lo explica la Exposición de Motivos: «se admite la intervención a su costa en el procedimiento de cualquiera de los legitimados que no sea promotor del procedimiento o de cualquier interesado con interés legítimo, evitando que se generen situaciones de desigualdad entre los familiares de la persona afectada, como sucedía con anterioridad, donde unos podían actuar con plenitud en el proceso dada su condición de parte, y otros en cambio sólo podían ser oídos en fase de prueba».

- En el momento de la admisión de la demanda, ex art. 758.1 LEC debe solicitarse del Registro Civil certificación sobre las medidas de protección inscritas⁴¹. Es una nueva muestra del carácter subsidiario que se quiere dar a la intervención judicial, en este supuesto, respecto de la persona a quien designar.
- Con el fin de garantizar la protección de los intereses de la persona sobre la que se plantea la prestación de apoyos, el art. 758.2 prevé la designación de un defensor judicial (salvo que ya lo hubiere previamente) en el caso de que no haya comparecido en los 20 días que tiene para contestar a la demanda⁴².
- El nuevo art. 759 LEC, relativo a las pruebas a realizar en estos procedimientos, supone una vuelta de tuerca de gran calado en aras a dar valor a la voluntad e intereses de la persona necesitada de apoyo. De esta forma, el tribunal está obligado a reconocer por sí mismo al afectado y a acordar un dictamen pericial médico, además de dar audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente, o a la pareja de hecho del necesitado de apoyo, además de a sus parientes más próximos⁴³.
- En el supuesto de que en el proceso haya que nombrarse a un curador porque no hay ninguno propuesto por el precisado de apoyo, en testamento, en escritura pública por sus progenitores o cónyuge o pareja de hecho, el tribunal deberá oír a la persona precisada de apoyo, si tiene suficiente juicio, a los parientes más próximos y a quien el tribunal juzgue oportuno⁴⁴.
- También resulta novedoso el hecho de que esas pruebas que necesariamente deberán realizarse, también deberán ser practicadas en segunda instancia si se interpone recurso de apelación contra la

41. Hay que recordar en este sentido, que el art. 4. 10º de la Ley del Registro Civil, al que se da nueva redacción, declara como actos inscribibles: los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador u otro prestador de apoyo, y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma y de sus bienes.

42. Explica la Exposición de Motivos que «con ello se consigue que siempre exista alguien que defienda en el proceso los intereses del afectado».

43. Estas audiencias podrán no llevarse a cabo en la hipótesis en que la demanda fuera presentada por el propio afectado por la necesidad de apoyo, y así lo solicitara para preservar su intimidad, ex art. 759.2. La Exposición de Motivos explica la razón de ser de esa previsión normativa: «aquéllas (las audiencias preventivas) puedan invadir su privacidad, al dar a conocer a su familia datos íntimos que él prefiriera mantener reservados».

44. Nuevamente esas audiencias pueden obviarse, si se dan las circunstancias que prevé el art. 759.2.

sentencia que resuelva el litigio en primera instancia (art. 759.4). Con ello se preserva la inmediación, que en procedimientos de esta naturaleza tiene una especial relevancia, puesto que el órgano judicial deberá resolver siempre de acuerdo con las condiciones y circunstancias de la persona precisada de apoyo.

- La sentencia, conforme a los arts. 266 y ss.:
 - Determinará de forma precisa los actos para los que la persona requiera la intervención, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo.
 - En su caso, determinará de forma precisa los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona precisada de apoyos.
 - En ningún caso incluirá la mera prohibición de derechos.
 - Deberá prever la revisión periódica de la medida de apoyo establecida, la curatela, en un plazo máximo de 3 años; revisión que se realizará a través de un incidente de jurisdicción que se regula en los arts. 761 LEC y 51 bis de Ley de Jurisdicción Voluntaria.

4.5. La remoción del curador.

El artículo 276 contempla los casos en que procederá la remoción del curador:

- El que ya estando nombrado incurra en una causa legal de inhabilidad.
- El que se conduzcan mal en su desempeño:
 - por incumplimiento de los deberes propios del cargo.
 - por notoria ineptitud de su ejercicio.
- Cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados.

El procedimiento que se articula es el siguiente: La autoridad judicial la decretará, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí, o a través de cualquier interesado, circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la curatela.

Como medida de salvaguarda de los intereses del precisado de apoyo durante la tramitación del expediente de remoción podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial.

Una vez removido, se procederá al nombramiento de nuevo curador, salvo que la autoridad judicial estime que fuera pertinente otra medida de apoyo.

4.6. La posible excusa del curador.

En contraposición a los supuestos de remoción en que el curador es cesado, también cabe que lo que suceda sea que para el curador resulte muy gravoso el desempeño de la función para la que ha sido nombrado. Precisamente por ello, se hace necesario establecer las circunstancias en que se puede admitir que el curador nombrado se excuse del desempeño del cargo. A ello dedica la Propuesta el art. 277.

Los casos en que se contempla la posibilidad de excusa son:

- Si se trata de una persona física, antes de comenzar su actuación, cuando el desempeño del cargo resulte excesivamente gravoso o entrañe grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo. Si ya ha comenzado el desempeño de su función, también podrá excusarse de continuar ejerciéndola si sobrevienen los motivos de excusa.
- Si se trata de personas jurídicas privadas, se podrán excusar cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la función.

El procedimiento a seguir sería el siguiente:

- El interesado que alegue la causa de excusa tiene un plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento para alegarlo; si la causa fuera sobrevinida podrá hacerlo en cualquier momento.
- Mientras la autoridad judicial resuelve, el nombrado está obligado a ejercer su función. Si no lo hiciera y fuera necesaria una actuación de apoyo, se procederá a nombrar un defensor judicial que lo sustituya, quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si ésta fuera rechazada.

- Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo curador.

En el supuesto de que quien se excuse sea un curador nombrado por una disposición testamentaria causalizada de un progenitor o cónyuge de la persona precisada de apoyos, el art. 278 decreta la pérdida de lo que, en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el testador.

4.7. La retribución del curador.

El art. 279 plantea la cuestión, que siempre resulta importante, del carácter retribuido de la curatela. Así, el curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita.

Por otra parte, también tendrá derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo al patrimonio de la persona que precisa el apoyo.

Nótese que existe un distinto tratamiento en las diferentes partidas: si se trata de la retribución será a cargo del patrimonio del apoyado siempre que cuente con patrimonio para ello, lo cual permite pensar que esa retribución podría satisfacerse por otras vías: patrimonio de familiares, asociaciones o fundaciones o, incluso, prestaciones de la seguridad social.

En cambio, el reembolso de los gastos y la indemnización de daños siempre se imputa al patrimonio de la persona que precisa el apoyo.

5. EL EJERCICIO DE LA CURATELA.

Una vez la autoridad judicial dicta la sentencia donde se nombra al curador y se determina de forma pormenorizada los actos en que debe intervenir para prestar el apoyo a la persona necesita de éste, el nombrado tomará posesión de su cargo ante el Letrado de la Administración de Justicia (art. 280.1 *in limine*), conforme art. 46 Ley de Jurisdicción Voluntaria.

5.1. Las exigencias que se imponen al curador.

Conforme a las previsiones del CDPD, y como manifestación clara del cambio de perspectiva que se adopta en el tratamiento de la discapacidad, desde el comienzo de su labor el art. 280 impone una serie de deberes al

curador⁴⁵, a los que con anterioridad ya nos hemos referido:

- Mantener contacto personal con la persona necesitada de apoyo.
- Desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida.
- Respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona a quien se apoya en las actuaciones que realiza en la prestación de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica⁴⁶.
- Procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. En este sentido, precisamente la existencia de salvaguardas, es lo que permite que el ámbito de autonomía pueda ser mayor, puesto que aquellas limitan o impiden la posibilidad de perjuicios⁴⁷.
- Cuando actúa con facultades representativas, debe tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que presta apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración⁴⁸.
- Procurar fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro. La idea que subyace en esta afirmación es dejar patente que ha cambiado la perspectiva desde la que se contempla la discapacidad. Dado que de lo que se trata es de apoyar en la toma de decisiones a la persona necesitada, en cuanto ello sea posible, el curador debe intentar fomentar todas las vías para que a medida que vaya pasando el tiempo esa persona tenga una mayor autonomía y pueda actuar sin necesidad de tal apoyo⁴⁹.

45. Se trata de unos parámetros que los códigos de buenas prácticas y algunas legislaciones ya tienen establecidos y que podrían resumirse en cinco palabras: escuchar, informar, explicar, respetar y acompañar. Los desarrolla y explica PEREÑA VICENTE (2014): 36 y ss.

46. Como acertadamente señala PEREÑA VICENTE (2014): 32: «Para que ello sea posible hay que recurrir a conceptos extrajurídicos como la empatía ... la aptitud caracterizada por un esfuerzo de comprensión del otro, de sus sentimientos y de sus emociones, excluyendo toda implicación afectiva o juicio moral.»

47. PEREÑA VICENTE (2014):29. Como explica la autora, «Debe preservarse, siempre que sea posible, la iniciativa de la persona en la toma de decisiones, aunque para realizar el acto concreto en el que desemboca una decisión necesite un complemento de capacidad».

48. De obligada lectura para ilustrar esta materia, PEREÑA VICENTE (2014): 33-38.

49. En la OGC ya citada, se subraya que «Uno de los objetivos del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica es fomentar la confianza y las aptitudes de las personas con discapacidad de modo que puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro, si así lo desean».

5.2. Supuestos de imposibilidad transitoria de desarrollar la actuación.

El art. 281 plantea cuál debe ser la solución para aquellos casos en que:

- El curador esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto.
- Exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo.

En dichas hipótesis⁵⁰, el Letrado de la Administración de Justicia deberá nombrar un defensor judicial que lo sustituya, pero siempre tras haber oído a la que precise el apoyo, teniendo en cuenta su voluntad, deseos y preferencias.

Si esa situación de impedimento o conflicto fuera prolongada o reiterada, la autoridad judicial reorganizará el funcionamiento de la curatela, o incluso procederá al nombramiento de un nuevo curador.

5.3. Posibles obligaciones a cumplir por el curador.

Los artículos 282 a 284 se ocupan de las obligaciones que se pueden imponer al curador con el fin de impedir que pudiera hacer un uso torticero de las facultades que se le puedan conferir sobre el patrimonio del precisado de apoyo.

5.3.1. Constitución de fianza.

Sólo cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, podrá exigir al curador la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones.

Hay que tener en cuenta que cualquier situación donde se precise una prestación de apoyo continuado dará lugar a la constitución de curatela, y en muchos de esos casos donde quien presta el apoyo no desarrolla actividades de índole patrimonial, parece fuera de lugar exigirle una fianza⁵¹.

En la sentencia en que se nombra al curador se determinará la modalidad y cuantía de la misma y, una vez constituida, será objeto de aprobación

50. Salvo que fueran varios los curadores con funciones homogéneas, en cuyo caso el que de ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses prestará el apoyo necesario, ex art. 281.2.

51. Por ejemplo, en los casos en que el curador se ocupa del control del tratamiento médico de una enfermedad que exige una medicación continuada y obligatoria.

judicial. En cualquier momento la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiese prestado.

5.3.2. Realización de inventario.

El artículo 283 impone a aquel curador a quien en la sentencia se le otorgan facultades representativas la obligación de hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo:

- En un plazo de sesenta días, a contar de aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo, plazo que se puede prorrogar si concurre alguna causa para ello.
- Se formará ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario, con citación de las personas que estimen conveniente⁵².
- Si existiera dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del Letrado de la Administración de Justicia o del Notario, no deban quedar en poder del curador, deberán ser depositados en un establecimiento destinado a este efecto.
- Los gastos de la realización del inventario y, en su caso, del depósito, correrán a cargo de los bienes de la persona precisada de apoyo.

5.4. Los casos en que el curador requiere autorización judicial para prestar el apoyo.

En aquellos casos en que al curador se le confieran facultades representativas porque la persona precisada de apoyos está en unas condiciones que le impiden poder prestar consentimiento válido, los arts. 285 y siguientes vienen a pergeñar el funcionamiento de la curatela representativa⁵³.

- Deberá obtener autorización judicial (art. 285) para:
 - Los concretos actos que determine la resolución.

52. El art. 284 impone una consecuencia indeseada al curador que no sea diligente en la elaboración del inventario: si tuviera créditos contra la persona a quien presta el apoyo y no los incluye en el inventario, se entiende que renuncia a ellos.

53. En el bien entendido que esta expresión, no significa que en los casos en que se pueda conceder esa función representativa lo sea de forma absoluta, sino que precisamente en atención a las condiciones en que se halla la persona, la sentencia determine para qué concretos actos precisará de la intervención representativa del curador.

- Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando el afectado no pueda hacerlo por sí mismo.
- Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, acciones y participaciones sociales y valores mobiliarios de la persona afectada,⁵⁴ arrendar inmuebles por tiempo que exceda de seis años, o para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción⁵⁵.
- Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona afectada, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar⁵⁶.
- Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.
- Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o repudiar ésta o las liberalidades.
- Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.
- Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

54. Se trata de un tema que se debatió con cierta intensidad en el seno de la Comisión, al entender algunos que este tipo de venta (de acciones o valores mobiliarios), en muchas ocasiones exige rapidez y que la exigencia de la intervención judicial podía ser un obstáculo o impedimento para el éxito económico de la operación. Como se puede apreciar, triunfó la tesis más precavida.

55. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. En todo caso, estas enajenaciones se realizarán en pública subasta, salvo que se trate de bienes negociados en un mercado oficial o la autoridad judicial autorice la enajenación directa por un precio mínimo.

56. Hay que reparar que con ello se abre la vía para que la persona precisada de apoyos pueda por sí sola hacer este tipo de donaciones y, por tanto, pueda sufrir un perjuicio patrimonial. A pesar de que ello pueda ser cierto, no lo es menos que el espíritu que preside toda la regulación es el abrir al máximo el campo de la autonomía y ello, implica aceptar ciertos riesgos. Lo explica, con relación a la situación en Francia, PEREÑA VICENTE (2014):28.

- Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos.
- Puede suceder que el curador, en ejercicio de su apoyo, deba realizar una serie de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica que requieren autorización judicial. En tales casos, el art. 286, podrá otorgar una autorización genérica para todos ellos, pero siempre especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos⁵⁷.
- Necesita la aprobación judicial, que no la autorización (art. 287):
 - La partición hereditaria o la división de cosa común.
 - Si en la partición se hubiese nombrado un defensor judicial para realizarla, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.
- En todo caso, la autoridad judicial no podrá autorizar o aprobar los actos enumerados sin haber oído al Ministerio Fiscal y a la persona afectada; además de recabar los informes que le sean solicitados o estime pertinentes (art. 288).

6. LA EXTINCIÓN DE LA CURATELA.

6.1. *Causas.*

La medida de apoyo establecida por la autoridad judicial se extingue, art. 289, por diferentes causas, que responden a situaciones diversas:

- Muerte o declaración de fallecimiento de la persona afectada. En este caso, se extingue la capacidad jurídica de la persona, y por ello necesariamente los apoyos que se pudieran haber establecido para el ejercicio de aquella. De ahí que se trate de una extinción de pleno derecho.
- Cuando la medida de apoyo ya no sea precisa. En este caso, sólo se extinguirá cuando exista una resolución judicial que así lo acuerde. Hay que recordar que por lo menos, cada 3 años, el órgano jurisdiccional ha de revisar la situación, y si en ese momento, o en cualquier otro en que el Ministerio Fiscal, quien preste el apoyo o alguna persona interesada ponga en su conocimiento

⁵⁷. Situación que ya ha sido explicada en el apartado 3.3

un cambio de circunstancias, y tras la pertinente evaluación, se puede llegar a la conclusión de que la medida de apoyo adoptada no resulta pertinente.

6.2. Rendición de cuentas.

Extinguida la curatela, el prestador de apoyo viene obligado a dar cuenta de su actuación⁵⁸.

Por este motivo, el art. 290 le impone la obligación de rendir ante la autoridad judicial la cuenta general justificada de su administración:

- En el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa.
- Si no la rinde voluntariamente, la acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla.
- Antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, la autoridad judicial oír a la persona que hubiera estado sometida a curatela⁵⁹, o a sus herederos⁶⁰.
- Los gastos necesarios de la rendición de cuentas serán a cargo del patrimonio de la persona a la que se prestó apoyo.
- El saldo de la cuenta general devengará el interés legal, a favor o en contra del curador.
 - Si el saldo es a favor del curador, el interés legal se devengará desde el requerimiento para el pago, previa restitución de los bienes a su titular.
 - Si es en contra del curador, devengará el interés legal una vez transcurridos los tres meses siguientes a la aprobación de la cuenta.

La aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de las acciones que, recíprocamente, puedan asistir al curador y a la persona afectada o a sus causahabientes por razón de la curatela.

58. Sin perjuicio de la obligación de rendición periódica de cuentas que en su caso le haya impuesto la autoridad judicial, si así lo considera oportuno, ex art. 268 de la Propuesta.

59. En caso de que la extinción derive de que la medida de apoyo haya devenido innecesaria.

60. En los supuestos de extinción por muerte o declaración de fallecimiento.

6.3. Responsabilidad del curador.

Al hilo de lo que prevé el artículo 291 comentado, el precepto siguiente es el que dedica el texto propuesto a determinar la responsabilidad que tiene el curador en el desempeño de su actividad:

- Responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que preste apoyo.
- La acción para reclamar esta responsabilidad prescribe a los tres años contados desde la rendición final de cuentas.

Además, de acuerdo con la nueva redacción que se da al art. 1903 los curadores a quienes se les haya atribuido facultades de representación plena de la persona a quien presta apoyo y convivan con ésta, responden por los daños causados por ésta.

BIBLIOGRAFÍA.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLÓREZ, M^a MERCEDES: «La curatela como medida de protección idónea en los casos de incapacitación parcial». *Actualidad Civil*, nº 2, febrero 2015. La Ley 1212/2015, págs. 1-10.

ALEMANY, M. «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación nº 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 52, 2018, pp. 201-222.

ALONSO PARREÑO, MARÍA JOSÉ: *Observaciones al borrador de reforma del Código civil en materia de discapacidad.*

ATIENZA RODRÍGUEZ, MANUEL: «Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad» *Revista Ius et Veritas* nº 53, diciembre 2016, págs.262-266.

BARRANCO, MARÍA DEL CARMEN – CAMPOY, IGNACIO – CUENCA, PATRICIA – DE ASÍS, RAFAEL: *Informe del grupo de investigación del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid al borrador de reforma del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil en materia de discapacidad.*

BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL: «La curatela como institución de protección en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 732, julio 2012, págs. 2248-2297.

BOTELLO HERMOSA, PEDRO:

- «La sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, de 24 de julio de 2013, como prueba de la eficiente adaptación del art. 12 a través de la curatela». *Actualidad Civil*, nº 9, septiembre 2015. La Ley 5677/2015, págs. 1-8.

- «La Ley Orgánica 1/2015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro Ordenamiento Jurídico». *Revista de Derecho UNED*, Núm. 17, 2015, págs. 615-638.

- «Un problema actual se enorme trascendencia jurídica en España: las personas curateladas como posibles beneficiarias de la sustitución fideicomisaria especial». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 762, julio 2017, págs.- 1675-1694.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI): *Propuesta de esquema básico para instaurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma decisiones de acuerdo con la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.*

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU: *Observación general nº 1 (2014). artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*: <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/discapacidad/comite-onu/crpd-og1-castellano.pdf>.

CUENCA GÓMEZ, PATRICIA: «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», *REDUR* 10, diciembre 2012, págs. 61-94.

DE LA IGLESIA MONJE, MARÍA ISABEL:

- «La curatela y el discapacitado desde el prisma del principio del superior interés de la persona con discapacidad. Estudio jurisprudencial». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 740, noviembre 2013, págs.- 4119-4133.

- «El curador del mayor: Un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 765, enero 2018, págs.- 445-460.

DE SALAS MURILLO, SOFÍA:

- *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*. Thomson Reuters Aranzadi, 2011.

- «Repensar la curatela». *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 27, enero-diciembre 2013, págs. 11-48.

DEGUEL, F.: «La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine: vers una simplification». *Revue générale de droit belge*, 2013/6.

FLORENSA I TOMÀS, CARLES ENRIC: «Artículos 221-1 a 221-5». *Comentari al llibre segon del codi civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció a les persones*. Joan Egea Fernández y Josep Ferrer Riba (dir.); coord. por Esther Farnós Amorós; Barcelona. Atelier 2017. p 320 - 362.

GANZENMÜLLER ROIG, CARLOS:

- «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Efectos sobre la tutela y las decisiones individuales». *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad: Logroño, 7-8 mayo 2009*, 2009, págs. 13-22.

- *Cinco años después de la convención de los derechos de las personas con discapacidad*. www.poderjudicial.es/stfls/.../01%20Carlos%20Ganzenmüller%20Roig.pdf.

- «Garantías y derechos de las personas con discapacidad especialmente vulnerables en la Convención de Nueva York. Análisis de las observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación a su situación en España». *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*. Luis Cayo Pérez Bueno y Gloria Esperanza Álvarez Ramírez (coord.), 2012, págs. 401-422.

- *Notas a la reforma legislativa pendiente en la implementación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, a nuestro derecho interno*.

GARCÍA CANTERO, GABRIEL:

- «Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad». *Revista Jurídica del Notariado*, nº 82, 2012.

- «¿Persons with disability vs. Personas incapacitadas ... o viceversa». *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, núm. 4 (octubre-diciembre 2014), págs. 67-106.

GARCÍA PONS, ANTONIO: *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Ramón Areces, Madrid 2008.

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ: «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad» *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 58, págs. 145-191 (en prensa).

GRUPO DE «ÉTICA Y LEGISLACIÓN». ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRÍA (AEN): *Sobre reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad*. Marzo 2015.

LEGERÉN MOLINA, ANTONIO: «La tutela y la curatela como mecanismos de protección de la discapacidad» en ROVIRA SUEIRO, MARÍA E. – LEGERÉN MOLINA, ANTONIO: *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*. Prólogo Sofía de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 63-224.

LÓPEZ FRÍAS, MARÍA JESÚS: «Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado». *Actualidad Civil*, Nº 13, Semana del 24 al 30 Mar. 2003, págs. 1-12.

MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, ANTONIO-LUIS:

- «Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Enseñanzas de las recientes reformas legislativas en Argentina e Irlanda». *Derecho y Libertades*, Núm. 37, junio 2017, págs. 167-192.

- *Comentarios al borrador de reforma del Código civil en materia de discapacidad*. 30 de junio 2017.

MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M^a LOURDES: «Tutela y curatela: Derecho actual y perspectivas de futuro». *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, nº 169, 2014, págs. 111-130.

MAYOR DEL HOYO, MARÍA VICTORIA: «La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: claves en la reforma de la discapacidad». *Boletín Ministerio de Justicia*, núm. 2173, diciembre 2014, págs. 1-26.

MEDRANO PÉREZ, BEATRIZ: «Incapacitación: tutela y curatela». *Actualidad Civil*, nº 2, febrero 2016, págs. 1-26. La Ley 660/2016.

PALACIOS RIZZO, AGUSTINA. *El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Colección CERMI, Madrid, CINCA, 2008.

PALLARÉS NEILA, JAVIER:

- «Tutela versus curatela». *Actualidad Civil*, nº 2, febrero 2016, págs. 1-11. La Ley 659/2016.

- «La facultad de administrar en el ejercicio de las medidas de protección jurídica, tutela y curatela (1)». *Actualidad Civil*, nº 12, diciembre 2017, págs. 1-14. La Ley 18247/2017.

PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*. Ed. Ramón Areces, 2015.

PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT:

- «La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela? (1)». *Diario La Ley*, Nº 6665, 6 de marzo de 2007, págs. 1-17.

- «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?». *Diario La Ley*, Nº 7691, 9 de septiembre de 2011, págs. 1-17.

- «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa». *Revista de Derecho Privado*, Núm. 4, julio-agosto 2014, págs. 3-40.

PLENA INCLUSIÓN: *Líneas maestras para la implementación del artículo 12 CDPD en la legislación española*. 9 de junio 2017.

PUIG BLANES, FRANCISCO DE PAULA: «Artículo 222-44» *Comentarios al Código Civil de Cataluña*. Francisco de Paula Puig Blanes y Francisco José

Sospedra Navas (coord.). 2ª ed. Civitas, 2013.

REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD:

- *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de La Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*. 13 de junio 2012.

- *La nueva visión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, conforme a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su efectiva implementación efectiva en el Ordenamiento Jurídico español*. Julio 2016.

- *Observaciones Técnicas al documento de «Reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad», elaborado por la Comisión General De Codificación, de 5 de junio de 2017*.

ROSENWALD, NELSON: «Aplicação no Brasil da Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência». *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 4 ter, julio 2016, págs. 123-143.

ROVIRA SUEIRO, MARÍA E. «Cap. I. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: Su impacto en el Ordenamiento Jurídico español». EN ROVIRA SUEIRO, MARÍA E. – LEGERÉN MOLINA, ANTONIO: *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*. Prólogo Sofía de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 15-62.

RUDA FERNÁNDEZ, ALBERT: «Articles 222-35 a 222-47». *Comentari al llibre segon del codi civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció a les persones*. Joan Egea Fernández y Josep Ferrer Riba (dir.); coord. por Esther Farnós Amorós; Barcelona. Atelier 2017. p 320 - 362.

RUEDA ESTRADA, JOSÉ DANIEL – ZURRO MUÑOZ, JOSÉ JUAN – FERNÁNDEZ SANCHIDRIÁN, JOSÉ CARLOS: «El modelo de apoyo a las personas con capacidades modificadas judicialmente según Naciones Unidad». *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, 21, 2014, págs. 81-118.

SERRANO GARCÍA, IGNACIO: «¿Tutela?, ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bettencourt, Sordi, di Stefano» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 751, septiembre 2015, págs. 2587-2606.

SCHÜTZ, ROSE-NOËLLE: «La représentation des personnes protégées en Droit français» *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 2 (abril-junio 2016), págs. 1-22.

SILLERO CROVETTO, BLANCA: «¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 747, enero 2015, págs. 383-414.

TORRES GARCÍA, TEODORA F.: «La incapacitación: de Don Federico de Castro al momento actual». *Glosas sobre Federico de Castro*. Luis Díez-Picazo (dir.), 2015, págs. 392-408.

VARELA AUTRÁN, BENIGNO: «Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Comentario a la STS (Sala 1.^a) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012». *Diario La Ley*, N° 8006, 22 de enero de 2013, págs. 1-10.

VIVAS TESÓN, INMACULADA: *Más allá de la capacidad de entender y querer: un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. Futuex, 2012.

4. CONFERENCIA DE DOÑA MARÍA BALLESTER CARDELL

LA CRISI DELS QUARANTA DE LA CONSTITUCIÓ DE 1978. LA DIFÍCIL MADURESA DEL SISTEMA DEMOCRÀTIC

Maria Ballester Cardell

SUMARI: 1. Introducció. 2. D'on venim? D'un passat polític turmentat. El fracàs col·lectiu d'Espanya. 3. Una preparació per a la gestació constitucional molt complicada, improvisada, atípica i insòlita. O com tocar una peça nova sense partitura. 4. Un naixement llarg i difícil, sense mare i amb set pares. 5. De les primeres passes de la Constitució al final real de la transició. 6. Llums i ombres del règim constitucional. La complexa realització de la voluntat constituent. 6.1. Els drets i llibertats constitucionals. 6.2. L'estructura institucional de l'Estat. 6.3. L'organització territorial de l'Estat. 6.4. La reforma constitucional. 7. La difícil maduresa de sistema constitucional. 8. Conclusions. Bibliografia.

1. INTRODUCCIÓ

El divendres 29 de desembre de 1978 es publica en el núm. 311 del Butlletí Oficial de l'Estat (*Gaceta de Madrid*) la Constitució espanyola, aprovada per les Corts en sessions plenàries del Congrés dels Diputats i del Senat celebrades el 31 d'octubre de 1978. El text fou ratificat pel poble espanyol en referèndum de 6 de desembre de 1978 i sancionat pel rei davant les Corts el 27 de desembre de 1978. S'obria així una etapa democràtica, plena d'expectatives, però condicionada pels dubtes i les incerteses sobre la funcionalitat i l'estabilitat del sistema constitucional.

Quaranta anys després, és bon moment per fer balanç de l'estat de salut del règim democràtic. Els quaranta a la vida de les persones pot coincidir amb una etapa de crisi de la maduresa i, per alguns, amb l'edat del canvi (de parella, de casa, de vida...). Si tenim en compte la realitat política d'ara mateix, veim que la Constitució arriba també al seu quaranta aniversari amb una sensació de intranquil·litat, desafecte, desassossec, amb la necessitat de canvi, de superar una etapa que alguns consideren caduca.

I això perquè les dades ens indiquen que els espanyols no tenim una bona valoració de la Constitució. En una enquesta del CIS de l'any 2012 només una minoria d'enquestats (el 36,4%) sab que la Constitució és de 1978 (el 46,5% reconeix que no sap en quin any es va aprovar) i, en canvi, la majoria (el 76%) admet que en coneix poc o gairebé gens el contingut; el 43% opina que es respecta poc o gens la Constitució. En una enquesta més recent (CIS, 2016) en què s'ha mesurat l'índex de confiança en les institucions, el 61,2% dels enquestats consideren la situació política general dolenta o molt dolenta. I la mitjana de confiança dels enquestats en les institucions (utilitzant l'escala de 0 a 10) és reveladora del desènys en la cosa pública: el Parlament obté una mitjana de 4,06 punts; el poder judicial, 3,97, i els partits polítics, 3,19. En el baròmetre de setembre de 2018 (CIS, estudi núm. 3223) estan pràcticament igualats els que manifesten estar molt i bastant satisfets amb la Constitució (47,3%) i els que estan regular, poc o gens satisfets (45,2%). Entre els enquestats, pràcticament el 70% considera que és necessària una reforma de la Constitució i, d'aquests, el 49,3% pensa que s'hauria de fer una reforma important. Resulta preocupant que el 71,1% dels consultats es declara insatisfet o molt insatisfet amb el funcionament del Parlament i que el 75,9% opina que en les Corts Generals es presta massa atenció a problemes de poca importància.

Creiem que la mala valoració que es fa de la Constitució i de les institucions té molt a veure amb la percepció que té la ciutadania de la manca d'eficàcia del sistema polític per resoldre els problemes socials. Pensem que en els darrers deu anys els ciutadans, afectats per una accentuada crisi econòmica, han patit les conseqüències de les polítiques d'austeritat i de contenció de la despesa imposades per l'acció política. En aquest context, «avança inexorablement el procés de deteriorament de les institucions constitucionals» (Muñoz Machado, 2012), que afegit a la complexa crisi territorial, ha generat allò que podríem denominar una «tempesta perfecta». La bombolla immobiliària, el rescat a la banca, els insuportables casos de corrupció política, l'aparició del populisme, la crisi del euro, la prima de risc..., provoquen un autèntic tsunami social que colpeja amb força als més vulnerables i posa en dubte la capacitat de les estructures jurídiques i de les institucions consolidades per donar una resposta adient.

Ens trobam doncs, en un moment crucial pel règim democràtic, en el que l'esperit de la Constitució (per cercar un espai polític comú i configurar un sistema institucional que permeti el joc democràtic) es troba debilitat per un cicle polític convuls i irascible. Però en un sistema com l'espanyol, en què s'ha potenciat la democràcia representativa, són les forces polítiques les que afronten el repte de recuperar la societat de la desfeta de la crisi econòmica. I també estan obligats a abordar la crisi institucional i constitucional, qüestió de molt difícil solució, si tenim present la relació singular dels espanyols amb les constitucions.

2. D'ON VENIM? D'UN PASSAT POLÍTIC TURMENTAT. EL FRACÀS COL·LECTIU D'ESPANYA

Deia el poeta que «De todas las historias de la Historia / sin duda la más triste es la de España, / porque termina mal» (Gil de Biedma, 1975).

Certament, la història constitucional espanyola ha estat una etapa marcada pel conflicte continuat, per la successió de cops militars, enfrontaments civils, guerres i dictadures. En un país desestructurat i sense Estat, mancat d'una autèntica revolució industrial, sense l'empenta d'una burgesia renovadora, influenciat pel conservadorisme temorós dels progressos i els avanços socials i condicionat per dogmes antiquats i anacrònics de l'Església, el constitucionalisme històric espanyol és incapaç de donar una resposta estable als nostres «dimonis familiars»: la configuració de la Monarquia, el paper de l'Església catòlica o el grau d'autonomia de les diferents nacionalitats integrades a Espanya. La incapacitat d'abordar aquestes qüestions, la impossibilitat de mantenir unes condicions mínimes d'estabilitat política per consolidar un règim democràtic i de llibertats, dificulta el progrés social i polític del país i conté els avanços de la ciència, la tècnica i la filosofia.

La concatenació d'esdeveniments luctuosos des de finals del segle XIX i durant el primer terç del segle XX (la crisi del 98, el desastre d'Annual o l'opressió de la dictadura de Primo de Rivera) contribueix a fer que intel·lectuals i pensadors dibuixin un traç pessimista de la trajectòria política d'Espanya («la historia de España entera [...] ha sido la historia de una decadencia», Ortega y Gasset, *España invertida*, 1921; Valle Inclán descriu una imatge esperpèntica del país: «España es una deformación grotesca de la civilización europea», a *Luces de bohemia*, 1924).

De la decepció de la Segona República passam a la cruenta i catastròfica Guerra Civil, que no fa més que accelerar la deriva cap a l'abisme d'una societat dessagnada, en sentit real i simbòlic, en un país esgotat i condemnat a la confrontació. L'obra pictòrica més característica de l'art espanyol del segle XX, el *Guernica* de Picasso (1937), és un crit de denúncia de la guerra contra el poble i contra les llibertats.

El final de la Guerra Civil dona pas a quaranta anys d'obscuritat, proscripció de llibertats, repressió política, retard científic i aïllament internacional. La mort del dictador obre un període incert, en el qual s'imposa la por, la inquietud i el desconcert. L'única cosa segura és que «el franquisme acaba amb Franco» (Modoro, 1997) i que comença una nova etapa que, que d'una manera o una altra, haurà de culminar amb una reforma política.

3. UNA PREPARACIÓ PER A LA GESTACIÓ CONSTITUCIONAL MOLT COMPLICADA, IMPROVISADA, ATÍPICA I INSÒLITA. O COM TOCAR UNA PEÇA NOVA SENSE PARTITURA

Després de la frustració del tímid intent reformista del Govern presidit per Arias Navarro, s'articula un nou plantejament amb el nomenament d'Adolfo Suárez. L'objectiu és neutralitzar el règim institucional del franquisme mitjançant un procés de «ruptura pactada». Aquesta via no resulta fàcil ni per als sectors més oberts del franquisme ni per a l'oposició democràtica, encara en la clandestinitat. No hi ha un consens entre la doctrina, però es pot admetre que, tenint en compte les circumstàncies d'aquell moment, la manera més viable de fer possible a Espanya la transició pacífica és mitjançant la *ruptura* amb el règim anterior, però *pactada* entre el poder del Govern i la força de l'oposició (Morodo, 1997). En aquesta fase, la cúpula militar del franquisme es manté vigilant i expectant davant els moviments del Govern. L'alè dels forces obscures, que té una presència contínua durant la transició, es converteix amb amenaça tangible amb l'Operació Galaxia, al novembre de 1978, en plena campanya electoral del referèndum constitucional. Altres problemes que condicionen de forma molt important la transició espanyola són la greu crisi econòmica i el fenomen terrorista (de l'extrema dreta, de l'extrema esquerra i d'ETA).

El primer pas en el procés de ruptura pactada és l'elaboració de la vuitena llei fonamental, amb un contingut molt breu, amb la previsió dels mínims canvis imprescindibles per mantenir certa continuïtat política, però afavorint la implantació de principis democràtics. No debades, qui havia de propiciar el canvi polític eren els procuradors franquistes, que no haurien acceptat una ruptura total, un desmuntatge complet del sistema de les lleis fonamentals.

La Llei 1/1977, de 4 de gener, per a la reforma política, estableix un procediment per a futures reformes constitucionals i també preveu la celebració d'unes eleccions generals conforme a una nova normativa electoral. Així doncs, després de la legalització dels partits polítics i l'aprovació d'una amnistia als acusats d'actes no considerats il·legals per un règim democràtic, el següent pas per desmantellar l'estructura orgànica del franquisme són les eleccions de 15 de juny de 1977.

Malgrat la «sopa de lletres» (s'hi presenten devers dues-centes candidatures), en les eleccions els espanyols es decanten per pocs partits, que conformen una composició plural, però no excessivament fragmentada, de les Corts Generals; i, sobretot, opten per la moderació entre dreta i esquerra enfront dels extremismes (Gunther, 1986). En concret, en el Congrés dels Diputats obtenen representació parlamentària quatre partits estatals que

abasten l'espectre ideològic que va des de l'eurocomunisme fins al franquisme (PCE, amb 20 diputats; PSOE, 118 escons; UCD, 166 representants; i AP, amb 16 diputats) i dos partits nacionalistes (PNV i CDC, amb 8 i 11 diputats, respectivament). Aquests mateixos resultats posen de manifest que les Corts Generals sorgides de les eleccions tenen el repte d'assolir un autèntic canvi del sistema polític i que s'encarregaran de redactar una Constitució per implantar un règim de llibertats.

Tot i les dificultats, amb l'estratègia de la reforma política se posen les bases per transitar cap a un sistema democràtic de manera pactada i pacífica, i generalment acceptada. Els elements que ajuden a explicar el resultat final de l'operació són molt distints i van des d'un paper discret del cap d'Estat, que es vol presentar com una figura d'integració politico-social i de reconciliació nacional; els importants interessos internacionals en joc; la mateixa consciència de les elits franquistes que el canvi polític és inevitable, la cautela per part del Govern (conformat a partir de la legalitat franquista), o la prudència de l'oposició democràtica, encara a la clandestinitat (Morodo, 1997). Tanmateix, amb la llei per a la reforma política només s'han posat les primeres fites per caminar cap a la democràcia. Queda, encara, molt per fer.

4. UN NAIXEMENT LLARG I DIFÍCIL, SENSE MARE I AMB SET PARES

A partir de l'estiu de 1977 el viatge cap a la democratització sense traumes entra en la seva etapa definitiva, que presenta uns trets molt especials. Hom ha destacat les dificultats derivades de la llarga durada dels treballs constituents, deguda a les intenses discussions entre les forces polítiques, més preocupades per reforçar la seva pròpia organització que per la creació de l'edifici constitucional. I, sobretot, s'ha posat en relleu el valor de consens i del compromís per fer una constitució de tots i per tots. Però avui també crida l'atenció un caràcter molt singular, que el seu moment va passar pràcticament inadvertit. I és que els «pares» de la Constitució són ben coneguts i els seus noms són i seran sempre recordats; en canvi, no hi ha cap dona en la ponència constitucional. De les vint-i-una diputades (dels tres cents cinquanta membres de la cambra) només una, Marta Teresa Revilla, participa en la Comissió Constitucional que debat les esmenes presentades al primer esborrany de la Constitució. En la cambra alta, la presència de les dones era també molt minoritària (només sis senadores). Malgrat tot, vint-i-set parlamentàries, envoltades de soledat a l'hora de defensar algunes qüestions, es fan visibles en un mar d'homes i reivindiquen la mirada i la veu feminista per fer una Constitució plenament democràtica i igualitària.

En un pla més general, la por que fan els fantasmes del passat determina que els membres de la ponència constitucional actuïn amb discreció, retirats del mundanal renou per aïllar-se de les pressions. A més, decideixen subscriure uns acords bàsics, a partir d'uns compromisos previs. Enfront d'un àmbit de discussió obert i imprevisible, característic de qualsevol procés constituent, en el cas espanyol es treballa a partir d'uns principis predeterminats, que són fonamentals en un nou règim constitucional i que es configuren com a marges infranquejables per assegurar l'èxit del resultat. Aquests límits s'articulen, principalment, en tres àmbits: la configuració del principi monàrquic, com a element inherent a la forma de govern; la indissoluble unitat de l'Estat, com a columna vertebral de l'organització territorial; i un parlamentarisme racionalitzat per reforçar l'estabilitat de l'executiu.

La composició plural de les Corts i els fràgils equilibris polítics vaticinen postures conflictives, com a mínim, en cadascun dels assumptes esmentats. En relació amb la Monarquia, els dos partits d'esqueres manifesten formalment els seus principis republicans, però de forma estrictament testimonial; més complicades són les discussions sobre aspectes vinculats a les relacions de l'Església amb l'Estat, com passa, per exemple, en la redacció del dret a la vida —per evitar interpretacions que constitucionalitzassin la pràctica de l'avortament—; la referència a l'Església catòlica en el precepte que proclama la llibertat religiosa; la referència al divorci; i, principalment, la formulació del dret a l'educació i el paper que podria tenir la confessió catòlica en l'ensenyament. Els articles referits a l'economia i les relacions laborals tensen els debats entre els partits d'esquerra (PCE i PSOE) i els altres quatre partits, que tenen el suport i la pressió de les associacions empresarials. L'assumpte relatiu a l'organització territorial de l'Estat i els plantejaments entre qui defensa una estructura unitària descentralitzada administrativament i qui propugna una forta descentralització política és, sens dubte, el que provoca més friccions (Gunther, 1986). Els enfrontaments entre Alianza Popular i Partit Nacionalista Basc en aquest punt són antològics —Fraga renega del concepte d'Estat com a «nació de nacions» i Txiki Benegas defensa que la màxima llibertat i autonomia dels pobles d'Espanya afavoreix la unitat de l'Estat—.

Les diferències en aquests i en altres assumptes en els tensos debats polítics posa en risc la tàctica del consens. Per fer front a la perillosa deriva provocada per llargues hores de discussions infructuoses i a la creixent intensitat dialèctica dels intervinents, es passa a la estratègia del «consens nocturn» (Gunther, 1986). Es decideix que és millor debatre les qüestions més espinoses amb la tranquil·litat i amb la discreció de reunions bipartides privades (entre representants d'UCD i del PSOE), aprofitant les sobretaulas posteriors als sopars en un conegut restaurant de la capital, prop de

l'estadi Bernabeu. No és rar, tampoc, que els bloqueigs escenificats en seu parlamentària siguin resolts en privat i a dues veus, entre Fernando Abril Martorell i Alfonso Guerra.

En qualsevol cas, després de setze llargs mesos, el 29 de desembre de 1978 finalitza el camí que porta a l'aprovació de la Constitució.

La desgraciada tradició espanyola, que havia estat marcada per la imposició i el *trágala*, amb l'aprovació de la Constitució coneix, en aquest procés, un punt d'inflexió. La política de consens, que és capaç d'articular un text constitucional acceptat per la majoria de les forces polítiques, i la consecució d'acords i transaccions, per salvar-ne els punts més conflictius, feien pensar que el canvi de règim i la instauració d'un nou model de convivència permetrien iniciar a Espanya una etapa d'estabilitat política i de normalitat institucional.

5. DE LES PRIMERES PASSES DE LA CONSTITUCIÓ AL FINAL REAL DE LA TRANSICIÓ

Els primers anys de democràcia no són senzills, per bé que l'aplicació de la Constitució es produeix amb normalitat. Les ofensives terroristes (d'ETA i el GRAPO, principalment, però també la provinent de grups d'extrema dreta), dessagnen el país. L'any 1980 hi va haver 133 persones mortes a causa del terrorisme. Un mort cada 60 hores.

D'altra banda, l'any 1980 la tensió territorial es dispara pel nord i pel sud. Les concessions del govern de Suárez a Euskadi en el procés d'aprovació del seu Estatut d'autonomia remouen determinats oficials de l'Exèrcit i de la Guàrdia Civil, que veuen amb preocupació allò que la dreta política considera «la desmantelació de la nació espanyola». A més, Andalusia aixeca la bandera de l'autonomia política i exigeix la celebració d'un referèndum per constituir-se en comunitat històrica, que pogués accedir al mateix règim que Catalunya, el País Basc i Galícia (que ja tenien constitucionalment reconegut un règim singular per constituir-se en comunitats autònomes per la via ràpida i amb el màxim de competències). Aquell moviment perquè Andalusia s'integràs en el club de les autonomies de primer nivell no entrava en els plans del Govern de Suárez, molt debilitat ja aleshores. Però el resultat de la consulta del 28 de febrer de 1980 obre la porta de la regió del sud a l'autogovern per la via ràpida: un expresident de la Junta d'Andalusia diu «no aceptábamos privilegios y pusimos las bases de un federalismo que España debe acabar de desarrollar» (José Rodríguez de la Borbolla).

L'intent de cop d'Estat, el 23 de febrer de 1981, liderat per un sector de l'Exèrcit, alarmat per l'acció conjunta de l'acció terrorista i les pulsions territorials, amenaça els avanços de la Constitució. Aquell vespre, el tinent coronel Tejero ocupa, juntament amb cent cinquanta guàrdies civils, el Congrés dels Diputats, pistola en mà. El discurs del rei i, sobretot, la manca de suport dels comandaments dels tres exèrcits desactiven la mobilització. Se supera, d'aquesta manera, l'atac militar i per la força a la democràcia i al règim de llibertats.

En l'àmbit polític, se signen els Pactes Autònomic de juliol de 1981 (entre UCD i PSOE), per establir un règim (institucional i competencial) harmònic per a les comunitats autònomes de «via ordinària». En l'àmbit parlamentari, a partir d'un informe del professor García de Enterría, s'aprova a les Corts el text definitiu de la Llei orgànica d'harmonització del procés autònic (LOAPA), en un intent de centralitzar algunes competències de les comunitats autònomes, que, posteriorment, fou declarada inconstitucional (STC 76/1983, de 5 d'agost). Comença, així, la història del «café para todos» (cap altra regió espanyola no volia ser menys que les regions històriques i que Andalusia). Els fets demostren que, finalment, café sí que serà per a tothom, però estarà molt rebaixat.

El 28 d'octubre 1982 el Partit Socialista guanya les eleccions generals per majoria absoluta. El resultat d'aquelles eleccions és històric, no només per la magnitud de la participació (un 79,8%) i pel suport a les candidatures socialistes (més de 10 milions de vots), sinó, principalment, perquè l'alternança política en el Govern d'Espanya s'aconsegueix amb tranquil·litat. Es produeix, d'aquesta manera, el final real de la transició, perquè accedeix al Govern un partit que no tenia cap vincle amb el franquisme, i s'esvaeix qualsevol intent de «marxa enrere» o involució de la democràcia.

6. LLUMS I OMBRES DEL RÈGIM CONSTITUCIONAL. LA COMPLEXA REALITZACIÓ DE LA VOLUNTAT CONSTITUENT

A partir d'aquell moment, a partir del marc constitucional, s'inicien tot un seguit de reformes legals i estructurals que són fonamentals per a la modernització del país. Tanmateix, l'acceptació en bloc de la Constitució per les diverses forces polítiques ni podria ni havia de ser total. Manuel Fraga, advertí ja l'any 1978, que al costat dels llums de la nova Constitució –la democràcia representativa, la monarquia parlamentària i la justícia social–, el text constitucional conté ombres profundes i preocupants –referint-se, principalment, al model d'Estat políticament descentralitzat–. Amb el

temps, les discrepàncies entre les forces polítiques sobre la Constitució i la seva aplicació han estat una constant. Circumstància que no és estranya, si tenim en compte que molts dels compromisos assumits durant l'etapa constituent no aborden a fons els problemes substancials sinó que tan sols marquen uns paràmetres generals i, en ocasions, ambigus. No es pot oblidar que la Constitució, en paraules de Hesse, és «l'ordre jurídic fonamental de la comunitat» i que en ella només es fixen els principis a través dels quals s'han d'assumir les funcions de l'Estat. Queden per el futur les concrecions i les adaptacions necessàries per facilitar la coherència i la claredat dels punts més discutits. I cal entendre que les «condicions de realització» de la Constitució depenen, també segons Hesse, d'actes concrets de voluntat d'aquells poders de l'Estat que el constituent va establir i organitzar.

Així, doncs, ens haurem de fixar en la forma com s'han desplegat alguns dels continguts constitucionals i com s'ha produït l'aplicació pràctica de la Constitució, és a dir, com s'ha concretat l'efectiva realització de l'Estat constitucional. Aquesta anàlisi es pot enfocar seguint la estructura sistemàtica de la Constitució: els drets i llibertats constitucionals, l'estructura institucional de l'Estat, l'organització territorial de l'Estat, i el mateix procediment de reforma constitucional.

6.1. Els drets i llibertats constitucionals

Durant els primers anys, en l'etapa del govern socialista, s'aproven tot un seguit de lleis que desenvolupen drets i llibertats constitucionals, com la de l'*habeas corpus*, la del dret de reunió i manifestació o de la llibertat sindical; s'aprova, també, la despenalització parcial de l'avortament i es reconeix per llei un sistema d'atenció sanitària gratuïta i universal. Els canvis en la política educativa comporten una reforma en profunditat del marc normatiu que regula el dret a l'educació i s'aprova la Llei de reforma universitària, que reconeix autonomia acadèmica a les universitats.

A més, el Tribunal Constitucional té un paper fonamental en la determinació dels drets constitucionals. L'alt tribunal ha actuat com a mur de contenció en aquells casos en que el legislador no s'ha mostrat respectuós amb el contingut essencial dels drets i llibertats fonamentals. En aquest sentit, cal referir-se, per exemple, a importantíssimes sentències sobre l'eficàcia del principi d'igualtat entre particulars (STC 128/87, en el cas guardaries). Sobre el dret a la vida, és fonamental la STC 53/1985, sobre la despenalització parcial de l'avortament; les SSTC 120/1990 i 137/1990, per els casos de vaga de fam de presos; o la STC 154/2002, en relació al conflicte entre el dret a la llibertat religiosa i el dret a la vida. També es poden destacar les

sentències referides a la suspensió individual dels drets dels detinguts, tot declarant inconstitucionals els excessos de la legislació antiterrorista (SSTC 25/1981, 199/1987 i 71/1994). Igualment resulta rellevant la garantia de la inviolabilitat del domicili, en la STC 341/1993, sobre el concepte de flagrància en la Llei de seguretat ciutadana. A més, són molt importants els pronunciaments de l'alt tribunal sobre el dret de vaga (STC 11/1981, de 8 d'abril) i el dret d'educació (STC 5/1981 i, més recentment, SSTC 31 i 66/2018). Per la seva banda, la restricció dels drets dels estrangers a Espanya, a través de la Llei Orgànica 8/2000, fou anul·lada per la STC 236/2007, de 7 de novembre. Pel que fa a la protecció dels treballadors, la STC 68/2007, de 28 de març, deixa sense efecte la reforma laboral aprovada per l'executiu per la via del decret llei 5/2002, de 24 de maig, tot considerant que en aquell cas el Govern havia fet un ús abusiu de la legislació d'urgència.

En general, tot i que hi ha hagut alternances en el desenvolupament normatiu dels drets i llibertat, es pot admetre que, gràcies a la participació del Tribunal Constitucional, la concreció de la Constitució en aquest punt ha estat globalment satisfactòria. Existeixen, però, algunes ombres, com per exemple en els pocs, però molt mediàtics, casos en que el Tribunal Europeu dels Drets Humans ha emès sentències contra l'Estat espanyol per vulneració dels drets humans (cas Castells, 1992; cas Inés del Río, 2012; cas cremada fotografies del cap d'Estat i cas Portu Juanenea i Sarasola Yarzabal, 2018); o l'injustificable retard (de quasi deu anys) en la resolució del recurs d'empara en relació a la Llei Orgànica 2/2010, de 3 de març, de salut sexual i reproductiva i de la interrupció voluntària de l'embaràs. Per altra banda, d'ençà l'esclat de la crisi econòmica i dels retalls pressupostaris s'ha produït major desigualtat social (restriccions en l'àmbit de la salut, insuficiència de la Llei de dependència) i s'ha aguditzat la ja precària situació dels més desvalguts. Per això, determinades forces polítiques reclamen una major protecció i garantia per allò que avui en dia són tan sols principis rectors, com per exemple, el règim públic de la Seguretat Social (art. 41), la sanitat (art. 43), l'accés a la cultura (art. 44), el dret a un medi ambient adequat (art. 45) o a un habitatge digne (art. 47).

6.2. L'estructura institucional de l'Estat

a) La Prefectura de l'Estat

Segons la Constitució, el rei és el cap de l'Estat, símbol de la seva unitat i permanència (art. 56.1 CE). A més, hi ha una referència explícita a Joan Carles I (art. 57) per reconèixer el caràcter de «legítim hereu de la dinastia històrica». D'aquesta manera, la Constitució admet una situació anterior

(derivada de la posada en pràctica de les Lleis Fonamentals), però modificant substancialment els poders del monarca i la successió de la Corona. Així, el rei és el titular d'un òrgan de l'Estat, en el qual regna però no governa. Les decisions de l'Estat són adoptades pel Parlament (integrat pels representants del poble) i per un Govern sotmès al control de les Cambres.

L'actuació del monarca durant transició –que va optar per la defensa del sistema democràtic– contribueix a l'acceptació de la monarquia en la persona de Joan Carles I. La Corona referma el seu prestigi amb ocasió de la intervenció del seu titular per apaivagar l'intent de cop d'Estat, el 23 de febrer de 1981. Durant aquesta primera etapa, es percep el prestigi polític i l'afecte social que té el monarca. Però tampoc es pot obviar que la força i el valor que té la institució monàrquica no deriva del text constitucional, sinó de la posició «moral» del rei.

Durant un temps, entre els anys 1982-2000 es viu amb normalitat la institucionalització de la monarquia a Espanya i la Corona reb una notable acceptació. Però poc a poc, el suport social a la monarquia s'ha debilitat. L'any 2011, amb ocasió del cas Noos, la Casa del Rei passa per uns moments molt difícils. La «travelada» reial, en el viatge privat de caça a Bostwana, en plena crisi econòmica (abril de 2012), i la posterior disculpa pública, són els fets que donen un gir al rumb de la Corona. El 2 de juny de 2014 Joan Carles I anuncia la seva abdicació i el 19 de juny es produeix el jurament de Felip VI com a rei. En un primer moment, el relleu en la Prefectura de l'Estat semblava que donaria aire a la institució. Però últimament es percep (des de 2015 el CIS no demana sobre aquesta qüestió) que el nivell d'acceptació de la monarquia és més discret.

És cert que en aquesta darrera etapa s'han donat passes, en consonància amb les exigències dels nous temps, per aportar transparència a la institució de la Corona (sobre el control en la despesa, o a les regles d'actuació dels membres de la família reial; o amb l'establiment d'un règim específic per els regals que se'ls ofereixen). Però aquestes mesures no han impedit que es mantengui obert un debat en l'àmbit polític i també entre l'opinió pública sobre les avantatges i inconvenients de la república; la legitimitat de la Corona en el sistema constitucional espanyol; o la inviolabilitat absoluta del cap d'Estat.

Durant aquests anys, una part de la doctrina se demana perquè es considera que la institució de la monarquia ha d'estar més protegida de cara a una possible reforma constitucional, quan segurament té més repercussió per l'organització democràtica de l'Estat una modificació que afecti a la resta

d'òrgans constitucionals. O per què, a hores d'ara encara, no s'ha reformat l'anacrònica preferència en la successió hereditària dins el mateix grau de l'home sobre la dona (art. 57.1). O per quin motiu s'ha decidit «blindar» jurídicament a l'ex-rei amb un aforament especial. Aquesta decidida voluntat per protegir la monarquia pot generar més desconfiança que assossec entre l'opinió pública; principalment si tenim en compte que tractant-se d'una prefectura hereditària i no electiva, es pot mantenir que «el espacio de protección de su persona y de la propia institución, ante la crítica política sea, incluso, inferior a la de otras personas o instituciones públicas» (Vot particular discrepant de Sáez de Valcárcel a la Sentència de la Sala Penal de l'Audiència Nacional de 6 de desembre de 2008).

b) El parlamentarisme com a forma de govern

La Constitució espanyola estableix una forma de govern parlamentària a partir de tres elements bàsics: el principi democràtic, en el benentès que les Corts Generals queden, a més, condicionades per la pròpia Constitució; el paper dels partits (mitjançant els grups parlamentaris), que tenen un protagonisme preponderant en la pràctica parlamentària; i el principi d'eficàcia, consistent en afavorir unes condicions mínimes d'estabilitat governamental, per facilitar que l'executiu pugui desenvolupar, a partir de l'engranatge de la maquinària de l'Estat, el seu programa de govern.

Per tal d'assegurar aquella tendència inercial a l'estabilitat de l'executiu, durant el procés constituent es decideix mantenir el marc jurídic bàsic de la legislació electoral que s'havia articulat en l'etapa pre-constituent (provinent de la Llei 1/1977, de 4 de gener, per a la Reforma Política i el Reial Decret Llei 20/1977, de 18 de març, de normes electorals). Pensem que aquestes disposicions, que tenien un objectiu molt específic –a mig camí entre el foment del pluralisme i la reducció de les formacions polítiques a les Cambres–, neixen amb vocació de provisionalitat. Tanmateix, amb l'aprovació de la Constitució i de la posterior Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juliol, del Règim Electoral General els elements fonamentals del règim electoral pre-constitucional adquireixen vigència definitiva. La qual cosa pot explicar-se per la persistència d'actituds conservadores sobre la normativa electoral per part de les forces polítiques que han obtingut bons resultats (Montero, 1977). Tots els estudis demostren que l'operativitat real del sistema d'elecció del Congrés dels Diputats afavoreix una sobrerepresentació del partit que obté major nombre de vots; que prima la concentració de vot i sanciona la dispersió del mateix; i que potencia un bipartidisme, modulad per la presència de forces polítiques nacionalistes.

S'ha de dir que, durant l'etapa democràtica, el règim electoral ha permès la consecució de quatre còmodes majories absolutes, sense que l'opció guanyadora arribés al 50% de sufragi. En canvi, els partits estatals més minoritaris es troben greument perjudicats pels biaixos d'un model electoral que, a priori, semblava pensat només per transitar cap a la democràcia. Per això, s'ha plantejat amb insistència la modificació del sistema electoral (sense canviar la Constitució) mitjançant una nova llei electoral que fixés una composició de 400 diputats, sent l'assignació mínima per província d'un escó, i substituir la llei d'Hondt per la fórmula Sainte-Laguë. Amb un Congrés més proporcional seria més complex conformar una majoria absoluta, amb la qual cosa el Govern hauria de tenir en compte les diferents corrents polítiques amb representació parlamentària i es reforçaria la capacitat del Parlament per assegurar que l'executiu actuï conforme a les decisions polítiques aprovades en seu parlamentària. En el pla teòric, la reforma és inobjectable; en la pràctica, els partits que estan en disposició de impulsar i recolzar la modificació del sistema electoral justifiquen el manteniment del sistema a partir de l'interès d'evitar la fragmentació de la representació, que podria posar en perill la governabilitat de l'Estat.

Tanmateix, la realitat és caparruda. El descontent social, visibilitat a partir de 2011 mitjançant el moviment 15-M, posa en relleu la deficiència ciutadana respecte de la forma tradicional de fer política i exigeix un canvi de paradigma. La irrupció dels partits emergents, principalment a partir de les eleccions europees de 2014, trastocuen l'escenari representatiu. A partir d'aquell moment, el trencament de la hegemonia de les formacions estatals majoritàries dona pas a un multipartidisme, que imposa la necessitat de negociar pactes i forjar consensos. Amb un parlament més plural i fragmentat hi ha majors dificultats per l'acció de govern, que ha de retre comptes a una oposició més forta i diversa. D'entre les diferents propostes que es plantegen en aquesta nova etapa destaca conveniència de reformar el sistema electoral, amb la finalitat d'introduir aquells canvis que puguin refermar la legitimació popular de les institucions públiques i facilitar la reconciliació dels ciutadans amb la democràcia representativa.

c) El Consell General del Poder Judicial

La Constitució incorpora un règim de garanties específiques per assegurar la independència del poder judicial. Entre aquestes, destaca la creació del Consell General del Poder Judicial, que serà regulat per una llei orgànica i que regirà l'estatut personal de jutges i magistrats. Així, les funcions més importants sobre la carrera judicial (com, per exemple, la designació

dels alts càrrecs judicials) es deixa en mans d'un òrgan autònom i independent del poder polític.

En la primera etapa d'aquesta institució, conformada a partir del sistema d'elecció fixat per la Llei Orgànica 1/1980, de 10 de gener, els dotze integrants de procedència judicial són elegits directament per jutges i magistrats; amb una majoria conservadora, el Consell General actua com a contrapoder del Govern de l'Estat en matèria de política judicial. Per neutralitzar aquesta situació, en la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial, es determina que els vint membres que integren la institució són elegits pel Congrés i el Senat. L'objectiu declarat de la norma és «asegurar que la composició del Consejo refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad». Però és evident que l'elecció parlamentària de tots els membres de la institució comporta un risc (ja advertit a la STC 108/1986) de traslladar la lluita partidista a l'àmbit del poder judicial.

La inadequada utilització per part del parlamentaris dels instruments per renovar la composició de l'òrgan de govern dels jutges fa que es vegi el Consell General com una corretja de transmissió dels interessos partidistes en l'assumpte de la justícia. Per superar la politització de la institució, s'aprova la Llei Orgànica 2/2001, de 28 de juny, que estableix un model mixt de designació dels vocals de procedència judicial (en el qual els jutges proposen i els parlamentaris elegeixen els dotze vocals judicials). Tanmateix, la norma no només no permet superar la pràctica de «repartiments de quotes» entre els partits polítics, sinó que la seva aplicació no trastoca la perceptible fragmentació ideològica dels membres del Consell General del Poder Judicial.

Durant la X Legislatura, i amb l'objectiu declarat de solucionar els problemes de la institució, s'aprova la Llei Orgànica 4/2013, de 28 de juny, amb els únics vots del partit que dona suport al govern. En l'aspecte de la composició –contra pronòstic– les variacions són menors, ja que pels vocals de procedència judicial es manté un sistema de designació mixt, en el que té la darrera paraula del Parlament. En canvi, en el pla organitzatiu i funcional hi ha importants novetats que desdibuixen el model institucional desenvolupant fins llavors. En qualsevol cas, aquest nou impuls legislatiu no ha evitat la pràctica del repartiment de vocals entre les diverses forces polítiques, que segueix contribuint a la pèssima imatge del Consell General del Poder Judicial. Circumstància que ha quedat palesa a finals de 2018, amb el frustrades negociacions per renovar els càrrecs de la institució. La qual cosa implica que el desenvolupament legislatiu del Consell General del Poder Judicial no ha aconseguit superar els desafiaments fonamentals del principi de la separació de poders.

d) El Tribunal Constitucional

Com ja s'ha dit, el Tribunal Constitucional, en la primera etapa, contribueix eficaçment a la correcta interpretació de la Constitució. En aquest sentit, és molt destacada la labor de l'alt tribunal en la determinació del procés autonòmic –per definir el concepte d'autonomia política i diferenciar-la del de sobirania (STC 4/1981); o per determinar la posició dels Estatuts d'autonomia en el sistema constitucional espanyol (STC 76/1983); per precisar què s'ha d'entendre per «interès nacional» en el procés de reestructuració de l'Estat (STC 100/1984)–. Ningú no discuteix l'autoritat i el prestigi del màxim intèrpret de la Constitució fins a 1994, quan es produeix un important conflicte entre les màximes institucions jurisdiccionals (la doctrina parla de la «guerra de las Cortes», Rosario Serra, 1999) arran de la revisió de les decisions del Tribunal Suprem per part del Tribunal Constitucional mitjançant el recurs d'empara.

Pel que fa a la composició de la institució, la Constitució preveu que els dotze magistrats siguin designats mitjançant procediments democràtics, amb l'objectiu de conformar la sensibilitat política necessària per una adequada i evolutiva interpretació de la Constitució. Tanmateix, en la pràctica, l'origen polític de la institució ha derivat cap a la politització en sentit partidista de les seves decisions. Així, l'any 2007 assistim a un nou «vodevil» sobre la composició del Tribunal Constitucional, que perjudica, una mica més, la malmenada imatge de l'alt tribunal. La reforma de la LOTC per incorporar la «sensibilitat autonòmica» en la designació dels magistrats constitucionals provoca un bloqueig sense precedents en la renovació de la institució. Tres anys més tard, i després d'una dubtosa reforma de la LOTC, es resol el bloqueig, novament, amb la fórmula del repartiment de quotes. Sens dubte aquest nou incompliment de la Constitució manifesta la manca de voluntat política de complir adequadament amb les seves prescripcions.

Haurem de concloure, com ja s'ha fet en relació al Consell General del Poder Judicial, que a dia d'avui la situació del Tribunal Constitucional tampoc no és bona, a pesar dels intents dels dos partits majoritaris de reformar aspectes puntuals de la institució per millorar-ne el funcionament. El manteniment del sistema de quotes per a la designació dels magistrats deixa a les clares que els interessos partidistes es mantenen instal·lats també dins el Tribunal Constitucional.

6.3. L'organització territorial de l'Estat

La impossibilitat d'arribar a un acord entre les formacions polítiques per confegir la distribució vertical del poder de l'Estat determina la indefinició constitucional del model territorial. En el títol VIII de la Constitució es

regula de forma confusa un conjunt de principis i procediments per poder accedir a l'autonomia política, sense arribar a delimitar el model final al que s'havia d'arribar. Amb aquest nivell d'indeterminació s'ha produït una profunda transformació de l'Estat autònic, que ha passat principalment per tres etapes: en la primera fase (1979-1983) es produeix la generalització del procés autònic, marcada pels Acords autònics de 1981, amb una diferenciació a nivell competencial entre cinc comunitats autònes dotades de més competències (País Basc, Catalunya, Galícia, Andalusia i Navarra). La segona fase s'inicia amb els Acords Autònics de 1992, que donen pas a successives reformes estatutàries, i que permet una certa igualació competencial entre totes les comunitats autònes. I la tercera etapa s'obri en la VIII Legislatura, després del fracàs de la Proposta d'un nou Estatut per el País Basc, que culmina a partir de 2006 amb l'aprovació dels Estatuts d'autonomia anomenats de «segona generació».

És precisament en aquesta etapa –concretament, amb la reforma de l'Estatut de Catalunya– quan es produeix l'inici de la crisi territorial. Després d'una tramitació molt complicada en el Parlament autònic i a les Corts Generals, la Llei Orgànica 6/2006, de 19 de juny, és aprovada per majories reforçades i ratificada per la majoria de participants en el referèndum preceptiu. El nou Estatut català se sustenta, entre altres plantejaments, en la garantia de les competències autòniques, la participació de Catalunya en les institucions de l'Estat, l'autonomia fiscal i el reconeixement de la identitat singular catalana. El Partit Popular interposa un recurs a la totalitat de l'Estatut. Durant anys assistim a moviments i tàctiques dubtoses per controlar la composició del Tribunal Constitucional que ha de decidir sobre l'Estatut. Finalment, la Sentència 31/2010, de 28 de juny, que no deixa ningú satisfet, en declara inconstitucionals alguns preceptes i molts altres els buida de continguts.

En general, la resolució del Tribunal Constitucional devalua el significat normatiu dels Estatuts d'autonomia. En particular, per a una part de Catalunya, la Sentència suposa una involució en l'autogovern polític, cultural i econòmic i una minva en el reconeixement de la personalitat nacional diferenciada. A partir d'aquest moment es produeix un punt d'inflexió en les relacions entre l'Estat i Catalunya. Una part de la societat civil catalana i un sector de la classe política planteja la necessitat d'articular un nou estatus jurídic, a partir de la voluntat expressada per la ciutadania a través d'un procés participatiu.

Els esdeveniments que s'han anat produint des de llavors mostren aquest canvi de perspectiva i que a Catalunya hi ha un conflicte polític extremadament complex. Les fases prèvies al procés de consulta són ben

conegudes: la manifestació de juliol de 2012 en contra de la Sentència de l'Estatut, les diverses resolucions dictades pel Parlament de Catalunya en relació amb el dret a decidir, a partir de 2013, l'aprovació de la Llei de consultes de 2014, la celebració d'un procés participatiu el 9 de novembre de 2014, les eleccions «plebiscitàries» de 2015, l'articulació de procediments per preparar la ruptura amb el marc jurídic espanyol i la transició cap a la República, a finals d'estiu de 2017 i el «referèndum» de l'1 d'octubre de 2017. A cada passa que es fa en el sentit polític a Catalunya, el Govern de la Nació respon amb una acció davant el Tribunal Constitucional, que anul·la totes i cadascuna de les disposicions i actes impugnats. Fins i tot, davant la gravetat del moment es considera necessària una intervenció televisada del cap d'Estat. La impossibilitat de reconduir la situació mitjançant els instruments jurídics «ordinaris» determina el Govern per activar l'aplicació del principi de coacció estatal, mitjançant el procediment de l'article 155 de la Constitució. El Senat aprova, el 27 d'octubre de 2017, per majoria absoluta, l'Acord pel qual s'aproven les mesures requerides pel Govern per restaurar la legalitat constitucional i estatutària a Catalunya. A l'empara d'aquest acord, el president del Govern de la Nació convoca eleccions legislatives a la comunitat autònoma. La celebració del procés electoral no modifica substancialment el repartiment de forces en el Parlament. Tot i que el partit més votat és un dels anomenats «constitucionalistes», es reedita un govern que es proposa, com a objectiu polític, «aplicar el mandat republicà que emana de la ciutadania». En paral·lel, l'acció de la justícia determina l'ingrés en presó preventiva de càrrecs polítics catalans acusats, entre altres delictes, de rebel·lió.

La cronologia dels fets ha estat relacionada per acadèmics, polítics, opinadors, segons la seva pròpia interpretació i confrontant, d'una banda, el principi democràtic i la legitimitat del procés; i, de l'altra, el compliment de la llei i el principi de legalitat. És molt complicat presentar una interpretació asèptica dels fets, perquè en un assumpte com aquest l'element emocional hi té un pes determinant. Sigui com sigui, i amb això sí que tots hi estarem d'acord, els danys que s'han produït a causa de l'obstinació de dos blocs enfrontats, han abocat la classe política catalana a la fragmentació i a la confrontació.

Des d'una perspectiva més general, pel que fa a la indefinició del sistema territorial, podem observar que l'evolució de l'Estat de les autonomies s'ha vist afectada per contingències polítiques i ideològiques, avatars partidistes i el joc de majories, que no han pogut configurar un marc estable i de confiança per redefinir els difusos punts estructurals acordats pel constituent. Les constants alternatives polítiques (que propicien la instrumentalització ideològica del problema) i les tensions territorials (particularment intenses

en el País Basc i Catalunya) deriven en una crisi global, capaç de conjurar els dimonis del passat (el d'una societat dividida i políticament desintegrada, incapaç de facilitar la suficient estabilitat jurídico-institucional).

6.4. La reforma constitucional

Quan la Constitució compleix vint-i-cinc anys, l'any 2003, els experts ja posen sobre la taula la necessitat d'adaptar-la a la nova realitat del país. Pensem que fins llavors només s'havia produït una reforma constitucional de l'article 13.2, aprovada el 22 de juliol de 1992 pel Congrés dels Diputats i el 30 de juliol pel Senat, una vegada detectada la contradicció entre la disposició constitucional i l'article 8 B, apartat 1 del Tractat constitutiu de la Unió Europea, que permet a qualsevol ciutadà de la Unió ser elector i elegible en els eleccions municipals de l'Estat membre en què resideixi.

Com diu Pérez Royo, vint-i-cinc anys no són gaire anys en la vida d'una Constitució europea occidental. Però sí que ho són en la vida d'una Constitució espanyola. I més encara, en la vida d'una constitució com la de 1978, que inicia un cicle constitucional tan insegur i incert. El balanç dels primers vint-i-cinc anys és raonablement satisfactori si tenim en compte que en l'àmbit polític i institucional, la Constitució ha facilitat, amb normalitat, l'alternança entre dretes i esquerres en el Govern d'Espanya. I en l'àmbit de l'organització territorial, la norma constitucional ha permès el progrés i avanç de l'autogovern de les nacionalitats i regions (a diferents velocitats, però amb una tendència a l'homologació entre tots els territoris), que podrien entrar dins les expectatives raonables dels partits nacionalistes. Però era necessari donar una passa més, per exemple en relació a la revisió del valor normatiu d'alguns principis rectors, com la «protecció social» (per elevar-los en rang de vinculació i garanties); millorar l'encaix de la Carta Europea de Drets Humans amb la Constitució; fer del Senat una autèntica cambra de representació territorial; revisar els principis electorals fonamentals continguts a la Constitució; o millorar les garanties per salvaguardar l'autonomia i la independència del Tribunal Constitucional i del Consell General del Poder Judicial.

Tot i la necessitat de impulsar canvis en la norma, en aquells moments la conjuntura política no és favorable a la reforma constitucional. Les diferències entre els partits polítics, que són els que han d'impulsar i facilitar la reforma, són evidents. Entremig, l'any 2005, el Govern presenta al Consell d'Estat un document que conté una proposta de reforma constitucional, articulada en quatre punts: la supressió de la discriminació en la successió a la Corona; la recepció del procés de construcció europea; la inclusió a la Constitució de la

denominació de les comunitats autònomes; i la reforma del Senat. A pesar de l'oportunitat de la proposta i de la necessitat de la reforma, no es donen les mínimes condicions perquè els dos grans partits estatals adoptessin un acord que permetés prosperar el Projecte.

A l'estiu de 2011, per sorpresa i de forma urgent, mitjançant un acord entre el PSOE i el Partit Popular, es reforma l'article 135 de la Constitució per introduir concretes limitacions a les finances públiques i a la capacitat de les institucions d'endeutar-se per aconseguir l'equilibri pressupostari. Aquest compromís era una exigència de la «troika» (Comissió Europea, Banc Central Europeu i Fons Monetari Internacional) per sostenir l'economia espanyola en un dels pitjors moments de la crisi. La reforma se planteja com una qüestió d'Estat, que vincula a totes les administracions (estatals, autonòmiques i locals). L'aplicació de les mesures de consolidació fiscal, derivada del principi d'equilibri pressupostari, suposa a la pràctica la contenció de les polítiques socials de l'Estat i, en conseqüència, té una incidència immediata sobre els més desvalguts i desprotegits.

7. LA DIFÍCIL MADURESA DE SISTEMA CONSTITUCIONAL

La Constitució arriba a la maduresa, al seu quarantè aniversari, enmig de la pitjor crisi econòmica, social i territorial que s'ha conegut en l'etapa democràtica. Es produeix, també, una crisi d'identitat constitucional, en el sentit que els ciutadans ni coneixen la Constitució, ni la valoren ni hi confien, perquè segurament la identifiquen amb el mal funcionament del sistema polític i amb les múltiples deficiències que s'han produït en aquests anys en l'entremat institucional.

En els quaranta anys de democràcia s'ha fet palès que el funcionament del règim polític depèn, no tant del que diu la Constitució, sinó de la manera com s'usa la norma jurídica fonamental. A mesura que ha passat el temps, hem assistit al desprestigi de les institucions cabdals per a la separació de poders, com el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial. El paper de la Monarquia, indiscutit els primers anys, s'han vist fortament debilitat principalment a partir a la conducta poc exemplar de membres de la família real i dels errors, públicament reconeguts, del mateix rei Joan Carles, que el varen abocar a l'abdicació l'any 2014. Els drets civils i polítics han passat per etapes de retallades i modulacions (amb la Llei de seguretat ciutadana, la Llei antiterrorista o la Llei dels estrangers a Espanya, per bé que alguns dels seus preceptes han estat declarats parcialment inconstitucionals); més recentment, amb la supressió de la jurisdicció universal, la regulació de la

presó permanent revisable o la nova Llei de seguretat ciutadana s'ha fet prevaler la seguretat sobre les llibertats. Fins i tot, hem vist com els principis propis de l'Estat social queden condicionats com a conseqüència de la reforma de l'article 135 de la Constitució. Però, sens dubte, la qüestió territorial és la que ha presentat més problemes, segurament perquè és l'assumpte que queda més mal resolt de tots els que inclou la Constitució.

La crisi de la Constitució (o del règim constitucional) de 1978 exigeix que s'obri el debat sobre la reforma constitucional. Cal no magnificar l'obra constitucional ni afirmar el manteniment inalterable dels postulats constitucionals. Tancar-se en la negació absoluta de tot tipus de reforma no és el millor camí per defensar la Constitució. Així s'ha entès des del principi del moviment constitucionalista, quan, a finals del segle XVIII, el constituent francès ja va proclamar que «Una generació no pot sotmetre a les seves lleis les generacions futures». Precisament per això, la majoria de les constitucions –fins i tot les més rígides, com la de 1978– incorporen en el seu articulat la regulació dels mecanismes per a la reforma constitucional, per tal que les necessàries modificacions es facin ordenadament i sense tensions. Per això, també, els Estats del nostre entorn, amb una trajectòria democràtica més llarga, escometen, amb normalitat i naturalitat, els processos de reforma constitucional sempre que són necessaris.

És una anomalia democràtica que a Espanya en quaranta anys només s'hagin produït dues reformes constitucionals, i a més de caire puntual. Sembla que es repeteix el nostre passat històric, en què pràcticament no s'han viscut moments de reforma constitucional. I no és que no fossin necessaris. Basta recordar, per exemple, el cas de la Constitució de 1876, que va permetre una certa estabilitat en la vida política, tot i que el sistema parlamentari era una ficció. El sistema constitucional de 1876 entra en crisi per la ruptura del bipartidisme, la desintegració social a causa dels moviments regionalistes, i el descontent de moviments i grups obrers que no es senten representats pel sistema vigent. Quan s'hi afegeix el malestar militar, es planteja la necessitat d'una reforma constitucional i política. Tanmateix, la reforma de la Constitució de 1876, que era necessària i possible, mai va arribar i, en canvi, la dictadura es va fer present.

Si recordam el passat polític a Espanya, sembla que en el constitucionalisme històric era més fàcil veure morir una constitució que procedir a la seva reforma. En paraules de Santos Julià «antes muerta que reformada, tal parece la consigna que recorrió nuestra historia constitucional.» I aquesta circumstància, com ja hem dit, és una anomalia en la vida política d'un Estat.

8. CONCLUSIONS

1. La Constitució espanyola és més llarga i ambigua del que seria desitjable perquè és el resultat d'un joc d'equilibris molt difícils de fer encaixar. Però a la Constitució s'inclouen els valors que sostenen una democràcia avançada i que serveixen per establir un ordre social i econòmic just. També s'hi troben els elements per consolidar un Estat de dret i per protegir i assegurar l'exercici dels drets humans.

2. Hi ha alguna cosa profundament errònia en la forma en què es desenvolupa la vida política espanyola. Però aquesta forma erràtica de funcionar no és el resultat ni d'un disseny equivocat de l'estratègia de la transició ni tampoc d'uns defectes (inevitables) que pugui tenir la Constitució. Creiem que el problema és l'extraordinària influència que han exercit els partits polítics en tots els àmbits, que ha provocat amb el pas del temps un enorme desprestigi de les institucions i ha derivat cap a un funcionament defectuós del sistema constitucional.

3. El conflicte català és molt complex, perquè hi entren en joc dos principis o valors fonamentals: d'una banda, la legalitat en el compliment dels procediments per avançar en les relacions entre l'Estat i les entitats que el conformen; i de l'altra, la legitimitat de qui planteja unes aspiracions democràtiques a decidir el seu futur polític. Però aquest no és un conflicte irresoluble. Així ho entén el Tribunal Constitucional (STC 42/2014) quan considera que és conforme a la Constitució «el dret a decidir dels ciutadans de Catalunya», entès com una aspiració política que es pot concretar mitjançant un procediment ajustat a la legalitat constitucional, amb el respecte amb els principis de legitimitat democràtica i pluralisme polític. És evident que no hi pot haver democràcia sense respecte a la llei; i és igualment cert que l'element democràtic ha d'alimentar la llei.

4. La Constitució, per si mateixa, és insuficient per resoldre els diferents conflictes socials i polítics que sorgeixen en un Estat. A aquestes alçades ja ningú no pot creure en la facultat taumatúrgica del text constitucional i esperar que simplement invocant-lo es resolguin els problemes o pugui canviar una realitat. La Constitució estableix les regles del joc, pretén l'estabilitat del sistema polític i conforma un programa de defensa dels interessos socials. Però l'autèntica virtualitat del text constitucional resideix en el seu caràcter viu i adaptable a la societat que ha de servir, a través de la interpretació que en faci el Tribunal Constitucional i, en els casos en què aquesta interpretació sigui insuficient, mitjançant els procediments de reforma constitucional.

5. El sistema polític i institucional està desgastat i necessita canvis, o bé sigui en forma de grans pactes o bé mitjançant la reforma constitucional, o, segurament, amb la confluència de les dues vies. La crisi no s'ha de veure només com una situació de pèrdua, de fallida, sinó que es tracta d'un moment obert a noves oportunitats de canvis i millores en el sistema polític i institucional. Segurament les iniciatives per renovar les estructures de poder s'haurien d'haver plantejat ja fa anys, abans que esclatàs la crisi econòmica i el problema català.

Vull acabar aquesta breu reflexió sobre l'essència i el valor de la Constitució (o del règim constitucional) de 1978 amb uns versos escrits fa quasi quaranta anys, però que ens fan prendre consciència de l'actualitat immediata i dels reptes de futur. L'any 1980, en un moment de canvis i polítics i de moltes expectatives, Miquel Martí i Pol escriu un poema titulat «Ara mateix». El poeta apel·la a la responsabilitat col·lectiva de tots per actuar en «l'espai d'història concreta que ens pertoca» –l'*ara mateix*–. I, a pesar dels dubtes i renúncies que ens envolten, els versos ens donen a entendre que el moment que vivim és únic i que és ple d'oportunitats, i que per això «tot està per fer i tot és possible». Potser en aquests moments no veiem el futur de la Constitució amb la claredat que pertoca perquè, per diferents motius, han sortit moltes traves al seu camí. Però és responsabilitat de tots treballar perquè aquest futur sigui possible i reeixit. Perquè la convivència democràtica i el progrés de les llibertats passa, necessàriament, per l'enfortiment de la cultura constitucional.

BIBLIOGRAFIA

Els indicadors sobre la valoració de la Constitució i la de la confiança en les institucions s'han extret de les enquestes del CIS. En concret, “Estudio 2966. Barómetro de Noviembre. (http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=13204) i “Estudio 3126. Postelectoral Elecciones Generales 2015 [...] Enero-marzo 2016” (http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14258).

Per la referència a la crisi institucional i constitucional, s'ha consultat l'obra de Santiago MÚÑOZ MACHADO, *Infere sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Crítica, Barcelona, 2012. També és molt destacat el document presentat a Madrid, el 20 de novembre de 2017, per un grup de professors de Dret Administratiu i de Dret Constitucional que duu per títol *Ideas para una reforma de la Constitución* (http://idpbarcelona.net/docs/actual/ideas_reforma_constitucion.pdf).

Els versos de Jaime Gil de Biedma corresponen al poema “Apología y Petición”, publicat en l’obra *Las personas y el verbo*, 1975, reeditat en diverses ocasions. S’ha consultat la setzena edició (2014), de Seix Barral.

Per fixar els principis bàsics del constitucionalisme històric espanyol s’han utilitzat les referències de l’obra clàssica *Breve historia del constitucionalismo español*, de Joaquín TOMÁS VILLARROYA, reeditat pel Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. També s’ha consultat *Las Constituciones de España. Edición y estudio preliminar de Jorge de Esteban*, Taurus, 1981. La referència als nostres “dimonis familiars” està presa de l’obra *La democracia en España* de Joaquín GARCÍA MORILLO (editada per Alianza Editorial a Madrid, l’any 1996).

La cita de la decadència d’Espanya està presa de José ORTEGA I GASSET a l’obra *España invertebrada: bosquejo de algunos pensamientos históricos*, Calpe, Madrid, 1922 (reeditada en diverses ocasions). La referència esperpèntica d’Espanya, de Ramón DEL VALLE INCLÁN, apareix a l’obra *Luces de Bohemia*, de 1924, que també compta en nombroses reedicions.

Sobre la transició política espanyola i el procés constituent s’han consultat els autors i les obres següents: Pablo LUCAS VERDÚ, *La octava ley fundamental. Crítica jurídico-política de la reforma Suárez*, Madrid, Tecnos, 1976; Richard GUNTER, “El proceso constituyente español”, *Revista de Estudios Políticos*, 1986; Raúl MORODO, *La transición política*, Tecnos, Madrid, 1984 (reimpresió de 1997); Josep M. COLOMER, *La transición a la democracia: el modelo español*, Anagrama, Barcelona, 1998.

La visió conservadora del text constitucional i els seus eventuais problemes la trobam a l’article d’opinió “Las luces y las sombras de la Constitución”, de Manuel Fraga https://elpais.com/diario/1978/10/26/opinion/278204407_850215.html, 26 octubre

Sobre la primera etapa de la implantació de la democràcia a Espanya mitjançant la Constitució, és interessant l’obra de Charles POWELL *España en democracia, 1975-2000*, Plaza & Janés, Barcelona, 2001.

La referència al XXV aniversari de la Constitució correspon a Javier PÉREZ ROYO, “Presentación”, *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

Per una visió més completa de la posada en pràctica de les disposicions constitucionals fins a dia d'avui és molt recomanable l'obra de Luis LÓPEZ GUERRA *La Constitución de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

VI.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS DE ESTE BOLETIN

BALLESTER CARDELL, MARIA. Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional de la Universitat de les Illes Balears. Consellera Secretaria del Consell Consultiu de les Illes Balears.

CARDONA GUASCH, OLGA PATRICIA. Licenciada en Derecho por la UIB con Premio Extraordinario de Licenciatura y Doctora por la misma Universidad. Ha compaginado la abogacía y la docencia como profesora de Derecho Civil y Mercantil. Investigadora especializada en las fuentes del Derecho balear, obtuvo el Premio Luis Pascual González en 2004. Es autora de una monografía sobre Derecho civil pitiuso y ha participado en una veintena de obras colectivas. Profesora del curso de Experto Universitario de Derecho Civil Balear para Jueces y Magistrados. Ha sido vocal de la Comisión Asesora de Derecho Civil Balear (2004-2017) y pertenece desde 2005 al Consejo Asesor de Derecho Civil de Ibiza, habiendo sido su vicepresidenta (2009-2016). El 12 de diciembre de 2017 leyó su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares.

CAZORLA PRIETO, LUIS MARÍA. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Consejero de Estado.

FERRER VANRELL, MARÍA PILAR. Doctora en Derecho; Profesora de Derecho civil en la Universidad de Barcelona; Catedrática de Derecho civil de la UIB. Ha sido directora de tesis, de cursos 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 Assesora de Derecho civil y vocal de la Comissió Assesora 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.

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 Real 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. Desde el 1 de enero de 2017, es el Presidente de esta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

GÓMEZ MARTÍNEZ, CARLOS. Ingresó en la carrera judicial en 1982. 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 sobre la formación de los jueces y ética judicial. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears y Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

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 Juzgado 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. Es Académico de Número de esta Real Academia.

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. Ha publicado los siguientes libros: “El Reglamento sucesorio europeo. Un comentario notarial”, “La nueva coordinación realidad-Catastro-Registro” y “Función notarial y jurisdicción voluntaria”.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO. Profesor Titular de Derecho mercantil de la UIB. Ha sido Profesor Visitante en diversas Universidades extranjeras (Göttingen, Ginebra, Colombia, La Habana y Harvard). Director de diversos Grupos de Investigación. Ha impartido conferencias en España, Cuba, Colombia y Estados Unidos. Autor de libros sobre su especialidad y de numerosos artículos publicados en revistas nacionales e internacionales. Se le han concedido diversos premios, entre ellos el V Premio Luis Pascual González, instituido por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, por su trabajo “El Derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica”, y el XV, que se publica en este Boletín.

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 Universidad de les Illes Balears. 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. Es Académico de Número, desde su fundación, y ha sido Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears (2008 a 2016). Autor de libros y numerosos artículos sobre temas diversos, en especial de Derecho civil balear.

MIR DE LA FUENTE, TOMÁS. Abogado del Estado. Doctor en Derecho. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación las Illes Balears, Cruz de Honor de la de San Raimundo de Peñafort. Fue de 1985 a 2008 Abogado del Estado-Jefe de la Abogacía del Estado en Baleares. Fue Secretario de la Comisión Compiladora de Juristas de Baleares, que redactó el anteproyecto de Ley Modificadora de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, que dio lugar a la ley de 1990. Tiene publicado por el Instituto de Estudios Fiscales un libro sobre Retenciones y participó, en las ediciones de 1980 y 2000 de los Comentarios a la Compilación de Derecho Civil Balear, vol.1º del Tomo XXXI. Ha publicado numerosos estudios sobre Derecho Administrativo y Derecho Financiero y Tributario, y de Derecho Civil Balear, y últimamente, sobre el lenguaje jurídico y Derecho de las Islas.

MONSERRAT QUINTANA, ANTONIO. Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia 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. Ex vocal del Consejo General del Poder Judicial en el que, sin perjuicio de otras funciones, ha pertenecido a la Comisión Internacional y Presupuestaria y ha sido Vocal Territorial de Aragón, Rioja y Navarra, así como Director de la “Revista del Poder Judicial”. Miembro del Steering Committee European Network of Councils for the Judiciary. Coordinador del grupo de trabajo sobre “Transparencia, Rendición de Cuentas e Integridad” en la Cumbre Judicial Iberoamericana. Autor de diversas ponencias, artículos y libros jurídicos.

MUNAR BERNAT, PEDRO A. Doctor en Derecho por la UIB en 1990. Ha sido Profesor Titular de Universidad de Derecho civil en dicha Universidad desde 1992 a 2009 y Catedrático de Derecho civil desde enero de 2010. Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de las Illes Balears desde 1993. Vocal de la Comisión Asesora de Derecho civil de la CAIB, entre 2004 y 2009, y en la actualidad, desde febrero de 2014. Miembro de la Comisión redactora del Proyecto de ley de derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles (1997), que se convirtió en la ley 42/1998 de 15 de diciembre. Autor de múltiples monografías, capítulos de libros y artículos. Ha impartido conferencias en los más importantes foros. Es Vocal permanente de la Sección Primera de la Comisión General de codificación.

OLIVER ARAUJO, JOAN. Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de las Islas Baleares y Consejero del Consejo Consultivo de esta

Comunidad Autónoma. Con anterioridad ha sido Presidente de dicho órgano de consulta y Secretario de su Universidad. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, en la que ingresó con un discurso de “Las barreras electorales (governabilidad versus representatividad)”. Ha publicado entre otros libros: “Recuso de Amparo” (1986). “El sistema político de la Constitución española de 1931” (1991). “La objeción de conciencia al servicio militar” (1993). “Política y Derecho” (1996). “La Constitución día a día” (2003) y el “Estado central” (2006).

PAU PEDRÓN, ANTONIO. Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de codificación.

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 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears desde el año 2005.

