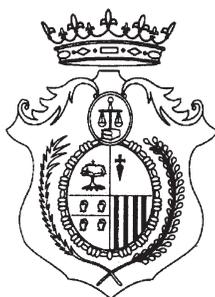


ACADEMIA ARAGONESA
DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

ANUARIO

2018



ACADEMIA ARAGONESA
DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

ANUARIO

2018



Edita: Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Depósito Legal: Z-177-2019

Maquetación e impresión: Tipolínea, S.A.

SUMARIO

PRESENTACIÓN	7
SALUDO DEL ALCALDE	9
MEMORIA DE ACTIVIDADES	15
DISCURSOS DE INGRESO	
DISONANCIAS Y DISTORSIONES EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS A LAS INSTITUCIONES CIVILES ARAGONESAS	
Excmo. Sr. D. Francisco de Asís Pozuelo Antoni.....	23
Contestación: Excmo. Sr. D. José-Luis Merino Hernández.....	61
LOS CUENTOS INFANTILES EN LA HISTORIA DEL DERECHO	
Excmo. Sr. D. José Antonio Escudero López Académico de Número	69
Contestación: Excma. Sra. Doña Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzat ..	79
INDEPENDENCIA JUDICIAL Y DEMOCRACIA	
Excmo Sr. D. Julio Arenere Bayo Académico de Número	89
Contestación: Excmo. Sr. D. Manuel Pizarro Moreno.....	167
CONFERENCIAS	
EL DERECHO INTERNACIONAL ANTE EL DESAFIO SOBERANISTA	
Excmo. Sr. D. Carlos Fernández Liesa Académico Correspondiente	179
LA REFORMA DE LA VECINDAD CIVIL	
Excmo. Sr. D. Adolfo Calatayud Sierra Académico de Número	197

CLAUSURA DEL CURSO 2017-2018

PALABRAS DEL PRESIDENTE

Excmo. Sr. D. José-Luis Merino Hernández..... 215

LUCES Y SOMBRAS EN LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN

Excmo. Sr. D. Ángel Dolado Pérez

Justicia de Aragón..... 219

APERTURA DEL CURSO 2018-2019

REGLAMENTO UE 2016/1103 DEL CONSEJO, DE 24 DE JUNIO DE 2016 SOBRE REGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES: ENTRADA EN VIGOR Y APLICABILIDAD

Excma. Sra. Doña Ana Clara Belío Pascual

Académica Correspondiente 227

CURSO ILTRE. COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA

RENUNCIA Y RECUPERACIÓN DEL DERECHO DE VIUEDAD ARAGONÉS

Excmo. Sr. D. José Luis Merino Hernández..... 247

COMUNICACIONES AL X CONGRESO DE ACADEMIAS JURÍDICAS DE IBEROAMÉRICA:

¿UN PRECEDENTE HISTÓRICO DEL RECONOCIMIENTO UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS? LA CARTA DE AUTORIDAD Y CONFIRMACIÓN DEL REY DE ARAGÓN, SANCHO RAMÍREZ, OTORGADA EN 1063”

Excma. Sra. Doña Rosa-María Bandrés y Sanchez Cruzat

Académica de Número..... 271

LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS A LOS SETENTA AÑOS DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL

Excmo. Sr. D. Antonio Blanc Altemir

Académico de Número 283

SOBRE LA INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO CONSTITUCIONAL

Excmo. Sr. D. Agustín Luna Serrano

Académico de Número 293

LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN EL DERECHO

Excmo. Sr. D. José-Luis Merino Hernández

Presidente..... 307

PRESENTACIÓN

El año 2018 ha sido fecundo en actividades de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, con las que hemos pretendido dar cumplimiento al objetivo principal de la Institución: hacer de ella un centro de cultura jurídica, con especial atención al Derecho civil aragonés, indudable patrimonio cultural y signo de identidad de Aragón.

En el Anuario se recogen las principales actuaciones llevadas a cabo por la Academia durante el año 2018, y que pueden ser objeto de su reproducción gráfica.

También, y con el objeto de su mejor conservación y consulta, en el Anuario se han incluido dos discursos ya leídos tiempo atrás, de los Académicos señores Arenere Bayo y Escudero Pérez.

A ellos se incorpora el del nuevo Académico de Número Don Francisco de Asís Pozuelo Antoni.

Se reproducen también las diferentes conferencias habidas a lo largo del año, relativas a temas tan variados como el posible antecedente histórico de la protección de los derechos humanos en Aragón (Rosa Bandrés), el Brexit (Antonio Blanc), la reforma de la vecindad civil (Adolfo Calatayud), el desafío soberanista (Carlos Fernández), la incidencia de los Reglamentos europeos (Ana Clara Belío) y problemática de la custodia compartida (Angel Dolado).

La permanente colaboración con el Il. Colegio de Abogados de Zaragoza ha permitido a la Academia impartir un curso de Derecho civil aragonés. Se incorpora al Anuario una de las clases impartidas (Merino) acerca de un aspecto concreto del derecho de viudedad aragonés.

E igualmente, las comunicaciones presentadas al X Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, celebrado en Madrid durante los días 22 a 24 de noviembre, elaboradas y defendidas por los Académicos Antonio Blanc, Agustín Luna, Rosa Bandrés y José-Luis Merino.

Un acuerdo firmado con el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza nos ha permitido la edición de este Anuario 2018 de la Academia, y su presentación con la inestimable presencia del Sr. Alcalde.

Por todo ello, la Mesa de gobierno de la Academia agradece a todos cuantos, personas e instituciones, han contribuido a mejorar el nivel de la Institución, dándole mayor visibilidad en el ámbito de la sociedad aragonesa.

JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ
Presidente

EL ANUARIO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Preámbulo del

Excmo. Sr. D. Pedro Santistevé

Alcalde de Zaragoza

7 de febrero de 2018

A iniciativa de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, fue suscrito, en fecha 10 de mayo de 2018, un convenio con el Ayuntamiento de Zaragoza, que posibilita que ambas instituciones realicen actividades de colaboración para la satisfacción de sus intereses respectivos. Es en ejecución de este convenio que el Ayuntamiento de Zaragoza ha tenido la oportunidad de patrocinar la publicación del presente Anuario de la Academia, correspondiente al año 2018.

Debido a su formación jurídica, el Alcalde de Zaragoza no puede verse menos que complacido al disponer de esta oportunidad de dar un paso más en el apoyo y en la evolución del Derecho. Particularmente se congratula este Alcalde con el hecho de que este Anuario acoja dos comunicaciones que versan sobre derechos humanos, al ser este un tema que, tanto como jurista como político le ha presentado siempre gran interés, como lo fue también históricamente, de manera singular y relevante, para muchos aragoneses, si atendemos a la institución del Justicia o a los procesos forales de Firma (decretaba la absoluta prohibición de molestar o turbar a quien la obtenía, en sus derechos, su persona, o en sus bienes, según fuese el objeto del pedimento) y de Manifestación (secuestraba del poder del juez a la persona a quien se oprimía en demasía).

El Derecho es, efectivamente, un instrumento de imposición y de control de las relaciones jurídicas a él sometidas. Pero es también, un instrumento para crear sociedades más justas, como así lo acredita su evolución en el tiempo, caracterizada precisamente por la obtención de cada vez mayores logros de justicia, a fecha de hoy, con un respeto progresivo a los derechos humanos consagrados

en la Declaración Universal de 1948, luego complementada por la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) de Roma en 1950, de París en 1952 y de Estrasburgo en 1983.¹

La positivación de estos derechos en España hubo de esperar al art. 10.2 de la Constitución de 1978² cuando declara que Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Ello fue prontamente reflejado por el Tribunal Constitucional cuando advirtió, ya en la sentencia 21/1981, de 15 de junio, que *“los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”*. No han sido pocas las resoluciones que se han desenvuelto en términos similares. Una de las recientes puede ser la STC 31/2018, de 10 abril, cuando declara que *“para la resolución del presente recurso es obligado emplear, por lo pronto, el parámetro exegético que ofrecen los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Lo impone así, expresamente, el artículo 10.2 CE. Aunque hemos precisado que «los Tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal» (SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 4; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5, 235/2000, de 5 de octubre, 12/2008, de 29 de febrero [sic], FJ. 2), no obstante, ello «no puede ser óbice para subrayar la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2 CE) a determinados instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales» (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 2) y ello porque, según reitera la STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3, «esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado». En suma, es obligado interpretar el contenido de los derechos fundamentales de conformidad con lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.”*

¹ A medida que progresan las sociedades, van creciendo también los derechos que se reconocen a sus componentes. Así, se habla hoy ya de derecho a la solidaridad, a la paz, al desarrollo sostenible, a un medioambiente sano, etc.

² Ya el art. 3 del Estatuto del Consejo de Europa de 1949 establecía que cada uno de los Estados miembros: *«reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales»*. Pero España no fue adherida hasta 1977 (BOE 51/1978).

Otros países europeos constitucionalizaron antes el respeto a los derechos humanos. No quiso hacerlo así, curiosamente, la UE. Desde su creación en el año 1951, el TJUE se mantuvo reacio a reconocer, como parte del Derecho de la UE, derechos y principios que no estuvieran expresamente consagrados en los Tratados constitutivos. Hubo de esperarse a 1969, en la sentencia *Stauder*, para que se reconociese, por vez primera, que la protección de los derechos humanos constituía un principio general de Derecho la Unión. Esta concepción fue ulteriormente continuada en 1970, en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* y, más tarde, en 1974, en la sentencia *Nold*, que hizo especial mención de la CEDH de 1950.³ Con estos antecedentes, Parlamento, Comisión y Consejo Europeos hicieron una declaración común el 5 de abril de 1977, en la que las tres instituciones asumieron su compromiso con la protección de los derechos humanos, conforme eran garantizados en las Constituciones de los Estados miembros y por el CEDH de 1950.

La referencia normativa de los derechos humanos, en el ámbito de la UE, hubo de esperar, no obstante al Acta Única Europea de 1986, la cual incorporó en su Preámbulo, la decisión conjunta de los Estados partes en orden a promover la democracia, basándose en el respeto de los derechos humanos. Posteriormente, el Tratado de Maastricht (1992) introdujo las bases jurídicas sustantivas para la protección de los derechos humanos e incorporó y positivó la obligación de la UE de respetar los derechos humanos, en los mismos términos establecidos por el TJUE. A ello siguió el Tratado de Ámsterdam (1997) que señaló la protección de los derechos humanos como uno de los fundamentos de la UE, principio general común a respetar por todos los Estados miembros y condición de ingreso en la UE. El Tratado de Niza (2001) no introdujo novedad alguna en esta materia. Fue el Tratado de Lisboa (2007), el que modificando el Tratado de la Unión introdujo en éste un artículo 1 bis con la siguiente dicción “*La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. Declarándose expresamente en el nuevo art. 6 que “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico*

³ STJUE de 12 de noviembre de 1969, Erich Stauder contra Stadt Ulm – Sozialamt. Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Stuttgart – Alemania, Asunto 29-69. STJUE de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main – Alemania, Asunto 11-70. Y STJUE de 14 de mayo de 1974, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto 4-73.

que los Tratados (...) 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”

Obviamente, la protección de los derechos humanos en Europa a partir del Convenio de Roma de 1950, a distinto nivel, fue previa su reconocimiento por la UE, y continúa para los países europeos fuera de la UE, que son los que generan el mayor número de decisiones por parte del TEDH. En los países de la UE, existe la posibilidad de que se produzca una falta de armonía entre las decisiones del TJUE y el TEDH, ambos competentes para examinar las demandas de vulneración de los mismos derechos, si bien, es interpretable que las decisiones del TEDH del TJUE dispongan de distinta fuerza obligacional.⁴

Además de la formación y la educación, es también la capacidad de coerción y coacción lo que distingue la eficacia de los derechos humanos en la UE y fuera de ella, al igual que es ello lo que marca la diferencia en el respeto de los derechos humanos entre Europa y otros continentes.⁵ Ya la Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 1945), reconoció el valor universal de los derechos humanos en su preámbulo y en la declaración de los propósitos y principios de la Organización. Y asimismo, impuso su respeto en los artículos 55 y 56. Mas, aunque no son pocas las voces que que proclaman la internacionalización o la universalización de los derechos humanos, y aunque es una realidad que va creciendo la costumbre de los Estados de respetar los derechos incluidos en la Declaración,⁶ ello se queda en el ámbito de lo programático para quienes realmente se opongan a su realización.⁷ Por ello nunca de ha de bastar el recordatorio de la Declaración Universal de 1948 al objeto de que su cumplimiento sea cada vez más efectivo.

⁴ Aparte de la distinta extensión de la competencia geográfica o territorial, la competencia del TJUE alcanza a fiscalizar un marco jurídico mucho más amplio, que tiene por objeto materias de muy distinta índole (sociales, económicas, de relación exterior) y que pretende constituirse como un ordenamiento jurídico autónomo, y no como un mero resultado de acuerdos entre Estados.

⁵ Ha de ser recordado, no obstante, que, según el art. 46 del Convenio de Roma de 1950 (Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias): “1. *Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.*”

⁶ Así lo prueban los convenios surgidos tras el de Roma de 1950, como por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos aprobados en Nueva York, por Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁷ No obstante esto, el TEDH se ha mostrado competente para resolver sobre las reservas de cumplimiento de los Estados y es significativamente restrictivo a la hora de interpretarlas aplicables.

En un Universo en el que se van descubriendo cada vez más miles de millones de galaxias, y en una galaxia que denominan vía láctea, con varios miles de millones de estrellas y con un innumerable y desconocido número de sistemas solares y de planetas, existe uno al que hemos llamado Tierra, en el que sus habitantes no han dejado de pelearse desde sus orígenes. La especie humana, tal y como hoy la conocemos, ha mostrado en la historia una extremada violencia para la solución de conflictos y ha revelado que es capaz de cometer los mayores horrores y atrocidades. Y aunque hoy una parte del planeta vive en paz y prosperidad (aunque no sin a veces crudas peleas por el acceso al poder), en otra parte, existe pobreza y miseria, o se despliegan docenas de conflictos bélicos con un incesante sufrimiento y un desconocimiento de lo que son los derechos humanos. En la conciencia colectiva de los seres humanos no se plantea hoy la comprensión de que podamos viajar todos en el mismo tren y rodar por la misma vía. Por ello nunca puede bastar que sea recordado, una y otra vez, que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad” (Preámbulo de la Declaración Universal de 1948), “que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (art. 1) y que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 2).

Desde estas líneas y a los juristas a los que van dirigidas, el Alcalde de Zaragoza, además de desear a la Academia el mayor éxito en sus emprendimientos y felicitarle por el contenido de este Anuario y por el renovado esfuerzo en su actividad, ha de abogar por un recordatorio constante de los derechos humanos y por el hecho de que la selección de los operadores jurídicos con capacidad de influencia y de decisión en este ámbito, se haga entre juristas con un alto grado de justicia, integridad, sensibilidad, discernimiento y sentido común.

MEMORIA DE ACTIVIDADES AÑO 2018

El funcionamiento en este año de la Academia puede calificarse de revitalizador. En el devenir del curso se han continuado desarrollando actividades cuya satisfacción se había experimentado en tiempos anteriores.

Así con la lectura de ingreso del Excmo Sr don Francisco Pozuelo Antoni el pasado día 3 de Diciembre son 23 los académicos de número que han pasado a leer el discurso de ingreso en esta Academia.

Este año las actividades de la Mesa de Gobierno de la Academia, se iniciaron con la reunión de 16 de Enero, donde inicialmente se dio cuenta por el Presidente de la respuesta formal de la Fundación Ibercaja sobre la solicitud de la subvención interesada por la Academia para la Convocatoria de dos premios jurídicos de investigación para jóvenes juristas. Se propuso previo examen, proponer al Pleno como nuevo Académico de número a la Catedrática y Magistrada del Tribunal Supremo Doña María de los Angeles Parra Lucán. Y se interesó la posibilidad de verificar nuevas gestiones con la Junta del Colegio Notarial de Aragón para la futura firma del Convenio de Colaboración con la Academia. Ante la falta de posibilidad de actualización de la página web de la Academia, se acordó aunar esfuerzos para intentar solventar el problema.

Como continuación de la reunión, el día 19 de Enero se informó a la Mesa por el Presidente y Secretario acerca de la visita a la Alcaldía del Ayuntamiento de Zaragoza, en el que también estuvo presente por parte de la Corporación Municipal el Jefe de Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, don Carlos Navarro. Se dio cuenta de la voluntad conjunta de suscribir un Convenio de Colaboración entre ambas instituciones y a tal fin la elaboración de un borrador de Convenio previo a su aprobación. Se interesó y trató el encargo dado al Académico de número don Ramón Salanova Alcalde con el fin de la edición por cuenta de la Diputación Provincial de Zaragoza de los sucesivos discursos de ingresos de los nuevos Académicos, mediante la firma de un Convenio si así fuere menester. Con el fin de explicar y aclarar las dudas y necesidades de la Academia relacionadas con la página web, tuvo lugar una reunión con Técnicos informáticos, recabando

a tal fin los oportunos presupuestos para la modificación y actualización de la página web de la Academia. Se informó de los méritos y propuesta para en su caso aprobación por el Pleno, como Académico correspondiente a don Rodrigo Ranz. Se señaló la fecha para la celebración del Pleno Ordinario con la posterior intervención del Académico de número don Adolfo Calatayud Sierra que abordaría el tema de la problemática relacionada con la vecindad civil en España a la vista de la llegada de los Reglamentos Europeos relativos a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones tanto en materia de sucesiones como de derecho de familia.

El día 23 de Enero, y dentro de las Sesiones de trabajo programadas, tuvo lugar la intervención del Académico de número don Felipe Zazurca, que abordó la problemática de la Custodia compartida en Aragón en la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Al término de la disertación siguió un amplio debate entre los presentes.

En reunión de la Mesa del día 30 de enero se trasladó por el Presidente el deseo expresado por el Sr Alcalde de la ciudad de Zaragoza, para mantener un futuro encuentro de cara a la elaboración del convenio de colaboración. Se presentó informe económico y liquidatorio del Presupuesto aprobado para el año 2017. Se abre turno de propuestas para nuevos académicos que se someterán a estudio previa remisión de los oportunos currículos. Vuelve a suscitarse la problemática relacionada con el estado de la página web, y se informa de los contactos tanto con el personal de la empresa que en su día la confeccionó como con otros técnicos informáticos. También se informa de las gestiones realizadas ante la Agencia Estatal Tributaria para la obtención de validación del Código de Solicitud del Certificado FNMT de representante de Persona Jurídica. Se comunica la convocatoria recibida para la asistencia al acto homenaje en memoria de nuestro Académico de honor don José María Castán Vázquez a celebrar en Madrid el próximo día 12 de Febrero. También se participó en el acto conmemorativo realizado en la Casa de Aragón en Madrid el día 21 de Febrero. Se hizo también llegar la propuesta de los vocales de formación del Illmo Colegio de Abogados de Zaragoza para que la Academia organizara e impartiera un curso de formación a tener lugar en la sede del mencionado Colegio, los días 3.10 y 17 de Abril, sobre el Derecho civil foral de Aragón. Con tal fin se ofrecieron los Académicos Sres Calatayud Sierra, Merino Hernández y Gil Nogueras, proponiendo todos ellos, que la atribución asignada sea ingresada en la cuenta de la propia Academia para su funcionamiento. Se señaló como nueva fecha de celebración de Pleno Ordinario la de 20 de Marzo.

Entre los asuntos a tratar de la Mesa celebrada el 13 de Marzo cabe destacar la propuesta de borrador de Convenio a celebrar entre esta Academia y el Excmo Ayuntamiento de Zaragoza, con la proposición de algunas modificaciones para su presentación definitiva al Pleno de la Academia con el fin de su firma final. Se acordó preparar y recabar la información necesaria para poder presentar la

documentación exigida para la dotación de los dos premios de investigación para jóvenes juristas. También se examinaron los distintos presupuestos presentados para adjudicar el contrato para actualizar y modificar la web de la Academia, decidiéndose finalmente por una de ellas. Se acordó contactar con los Académicos interesados en colaborar con las sesiones de estudio de la Academia, a la par que impartir el Curso ya diseñado para el mes de Abril en el Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza en las Jornadas de Derecho Foral Aragonés, con el fin de que la retribución del Curso sirviera para sufragar los costes de la Academia. Seguidamente la Mesa abordó el tema relacionado con los Académicos electos que pese a sobrepasar el tiempo fijado para la lectura de su discurso de ingreso, no han procedido a ello. Se propuso mantener una reunión con el Ilmo Sr Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, con el fin de poder suscribir un Convenio de colaboración que favorezca los intereses de ambas instituciones. Del mismo modo se propuso la posibilidad de trabajar en ese sentido con la Diputación General de Aragón a través de la Dirección General de Justicia.

El día 20 de Marzo tuvo lugar sesión de Pleno de la Academia donde tras los informes de Presidente, Secretario General y tesorero se aprobó entre otras las propuestas relacionadas con el nombramiento de nuevo académico correspondiente de don Rodrigo Javier Ranz. Posteriormente don Adolfo Calatayud Sierra pasó a exponer la conferencia relacionada con la Vecindad civil antes anunciada, bajo el título “La vecindad civil aragonesa, su situación actual y perspectivas de futuro”.

La Mesa se reunió en fecha 4 de Abril donde se trató la convocatoria de los premios de investigación jurídica patrocinados por la Fundación Ibercaja, bases y posibles modificaciones. También se fijaron las fechas para las próximas sesiones de trabajo de la Academia con la intervención de los Académicos don Antonio Blanc Altemir y dona Carlos Fernández Liesa, y la confección y publicación ulterior del anuario de la Academia correspondiente al año 2017. Se trató igualmente el tema relacionado con la problemática fiscal relativa al Impuesto de Sociedades que afecta a la Academia, dando cuenta el Sr Secretario de las consultas evacuadas sobre el particular tanto a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y al Instituto de España como a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Gallega. Se incorporó a la Mesa, la Dra Doña Rosa María Bandrés para la presentación del borrador inicial del trabajo por ella preparado, sobre los insignes juristas aragoneses cuyos nombres ostentan la titularidad de los sillones de la Academia. Finalmente se acordó recabar información ante el Ministerio de Educación en Madrid para solicitar ayudas o subvenciones para las actividades de la Academia y su mantenimiento.

En Sesión de la Mesa de Gobierno de 2 de Mayo de 2018 se dio cuenta por el Presidente de la Fecha de firma de Convenio con la Fundación Ibercaja relativo a los premios de investigación jurídica patrocinados por aquella y convocados por esta Academia, convenio que se suscribió en fecha 11 de Mayo.

En esa misma reunión, la Mesa acordó llevar y someter a votación al Pleno a celebrar el 26 de Junio, la propuesta de nombramiento del Magistrado don Juan Ignacio Medrano Sánchez como nuevo Académico de número, y de la letrada doña María Cristina Charlez Arán y de Don Manuel López-Medel Báscones como Académicos correspondientes. También se tomó nota y se decidió fomentar la realización del Libro de insignes juristas aragoneses a los que se asignan los sillones de la Academia.

El 15 de Mayo en el Salón de Actos del Colegio Notarial tuvo lugar la presentación oficial del Anuario de 2017, así como de los dípticos donde se documentaban las bases de la convocatoria de los premios jurídicos (de derecho público y privado) correspondientes a la anualidad de 2018.

Tras la presentación tuvo lugar por parte del Académico correspondiente Don Carlos Fernández Liesa la lectura de la conferencia anunciada en sesión pública, de título “El desafío soberanista y el Derecho Internacional” al que siguió un coloquio con intervención de los asistentes.

En fecha de 23 de Mayo tuvo lugar nueva reunión de la Mesa, en la que el Presidente informó de los contactos mantenidos con el Colegio Notarial de Aragón a fin de remover algunos problemas relacionados con el Convenio futuro a suscribir. Se acordó ante la propuesta de la Empresa de Informática a la que se encargó la modificación de la web, que se establecieran cinco direcciones de correo electrónico corporativas (una por miembro de la Mesa de Gobierno) para un mejor seguimiento de cada una de las actividades sectoriales encomendadas. Se dio cuenta por los distintos miembros de las actuaciones acordadas a realizar para la difusión entre los diversos colectivos interesados, de los premios jurídicos 2018 convocados. Se señaló la próxima fecha de celebración del Pleno ordinario para el mes de Junio con intervención de don Angel Dolado Pérez, Justicia de Aragón.

En sesión de trabajo ordinaria tuvo lugar en el Salón de Sesiones del Colegio Notarial, la lectura de la conferencia impartida por el Académico don Antonio Blanc Altamir con el título “El brexit y el futuro de la Unión Europea”, a la que siguió el oportuno debate posterior entre los presentes.

En reunión de 26 de Junio, el Pleno de la Academia votó favorablemente a la incorporación del Sr Medrano Sánchez como Académico de Número, y como Académicos correspondientes de don Manuel López-Medel Báscones y de Doña María Cristina Chárlez Arán

Seguidamente tuvo lugar la conferencia impartida por el Excmo Sr Don Angel Dolado Pérez, Justicia de Aragón, que tuvo por objeto “Las luces y sombras sobre la custodia compartida en Aragón”.

Se reanudó tras las vacaciones estivales las labores propias de la Mesa de Gobierno, celebrándose reunión el día 3 de Septiembre, decidiendo la proposi-

ción de don Enrique D. Gross como Académico correspondiente para ser votada en el Pleno próximo de la Academia a celebrar. De cara a la homogeneidad pretendida del Libro de Insignes Juristas Aragoneses se citó a la Académica de número doña Rosa María Bandrés, coordinadora y principal redactora del texto, a una próxima reunión con la mesa. Se acordó trasladar a los Académicos miembros que quisieren participar y enviar comunicaciones al X Congreso de las Academias de Iberoamérica a celebrar los días 22 a 24 de noviembre en Madrid, que la fecha límite tanto para el plazo de inscripción cuanto para el envío de trabajos era el 15 de Septiembre.

La Mesa de Gobierno volvió a reunirse el 25 de Septiembre en que se acordó la próxima reunión del Pleno, y la proposición como nuevos académicos de número (Don José Luis Artero Felipe) y correspondiente de don Manuel López-Medel y Bascones. Tuvo lugar una sesión formativa para el manejo y utilización de la página web por los señores Académicos. Se acuerda igualmente la celebración de un acto Académicos en homenaje a la vigente Constitución Española, con motivo de su cuarenta aniversario. Y a tal fin se tanteará a algunos Académicos a tal fin.

El 11 de Octubre se celebró reunión de la Mesa en la que el Presidente dio cuenta de las Autoridades que habían comprometido su presencia al Acto de Inicio del nuevo Curso académico, y se fijó para el día 3 de diciembre la fecha para la emisión del Discurso de Ingreso de don Francisco de Asís Pozuelo Antoni. Igualmente se trató la posibilidad de la financiación para la publicación del anuario correspondiente al año 2018

El día 17 de Octubre se celebró Pleno de la Academia donde se informó de los avances y operatividad de la nueva página web, de la publicación futura del anuario del año 2018, y del Convenio de colaboración concertado recientemente con la Universidad San Jorge. También se procedió a la elección de nuevos Académicos admitiéndose en el Pleno celebrado como correspondientes a los Sres Don José Luis Artero Felipe y a Don Manuel López-Medel y Bascones.

A continuación tuvo lugar el acto solemne de inicio del Curso Académico con una primera lectura a cargo de la Académica correspondiente doña Ana Clara Belio Pascual en que se trataban los Reglamentos de la Unión Europea recientes: el de Sucesiones, el de Regímenes Matrimoniales y el de Parejas de Hecho inscritas.

Los días 6, 13 y 20 de Noviembre tuvieron lugar los tradicionales Encuentros del Foro de Derecho Aragónés (esta vez en su vigésimo octava edición) que entre otras instituciones vienen a ser propulsados por esta Academia, en los que intervino el Académico Don Francisco de Asís Pozuelo Antoni para tratar el tema del Régimen Tributario de la Fiducia sucesoria Aragonesa

El día 14 de Noviembre igualmente tuvo lugar en sesión ordinaria la conferencia programada a cargo del Académico de número don José Antonio Escudero López, en recuerdo y homenaje a la Constitución española, en su cuadragésimo aniversario, bajo el título “Los orígenes del constitucionalismo español”, seguido de un turno de intervenciones.

La Mesa de Gobierno mantuvo sesión el día 26 de Noviembre. Allí se procedió a la distribución de los distintos trabajos presentados por los jóvenes juristas que optan a los Premios convocados por la Academia, con el fin de su lectura y examen entre los Académicos que se han ofrecido a su lectura. Se procedió a la propuesta de nombramiento como Académico de número del Profesor de la Unizar, el Doctor Don Isaac Tena Piazuelo, y a la propuesta como correspondiente de Don Enrique D. Gross. Se constató el problema surgido con el funcionamiento de los correos electrónicos vinculados a la Academia, acordándose la gestión de su solución. También se fijó la fecha para la convocatoria del Pleno ordinario a celebrar el próximo día 19 de Diciembre

El día 3 de Diciembre tuvo lugar sesión solmene de lectura del discurso de ingreso de Don Francisco De Asís Pozuelo Antoni, titulado “Disonancias y discrepancias en la aplicación de la normativa fiscal a las instituciones civiles aragonesas”, con contestación a cargo del Presidente don José Luis Merino Hernández

Como broche final a las actividades del presente año natural, se celebró Pleno el día 18 de Diciembre en que, tras la emisión de los pertinentes informes del Presidente, quien dio cuenta del resultado del Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho y de la reunión en el Instituto de España, y de la solicitud de subvenciones ante el Ministerio, acordó el nombramiento de don Isaac Tena Piazuelo como Académico de número de la Academia y de Don Enrique D. Gross como Académico correspondiente.

Finalmente la Mesa de Gobierno se reunió el día 28 de Diciembre donde se trataron temas relacionados con la publicación del presente anuario.

LUÍS ALBERTO GIL NOGUERAS
Académico de Número
Vocal de Publicaciones

DISCURSOS DE INGRESO

DISONANCIAS Y DISTORSIONES EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS A LAS INSTITUCIONES CIVILES ARAGONESAS

Discurso de ingreso leído por el

Excmo. Sr. D. Francisco de Asís Pozuelo Antoni

Académico de Número

3 de diciembre de 2018

Contestación a cargo del

Excmo. Sr. D. José-Luis Merino Hernández

Excelentísimo Señor Presidente de la Academia Aragonesa de

Jurisprudencia y Legislación

Señoras y Señores Académicos

Excelentísimas e Ilustrísimas Autoridades

Señoras y Señores:

Uno de los debates más antiguos en la Teoría del Derecho es el de la unidad del ordenamiento y el modo en que coexisten sus distintos sectores. Bajo el diseño dogmático de estas relaciones se presenta en la práctica, con cierta frecuencia, que sobre un mismo acto jurídico se proyecten normas, por lo que ahora interesa, de carácter civil y tributario. Normas, por tanto, de sectores, e incluso subsectores, de muy distintos principios y hechuras. Sobre esta situación, de tintes claramente teóricos, está muy generalizada la percepción de que demasiadas veces las normas fiscales se apartan, o las apartan, de las civiles.

Esa separación en ocasiones es directamente querida por el legislador y en otras viene por la vía de la interpretación de las normas. Que en la aplicación de los impuestos se acuda unas veces al derecho civil de manera fiel y estricta, pero

en otras se usen planteamientos exclusivamente tributarios es, quizás, una de las razones que contribuyen a una preocupante apariencia de inseguridad jurídica.

En fechas muy recientes se encuentra un ejemplo de esta idea. La problemática abordada por la STS de 16 de octubre de 2018, entorno a sí en los préstamos hipotecarios ha de tributar por el concepto actos jurídicos documentados el prestatario o el acreedor garantizado, giró realmente sobre la idea de si debía darse preferencia al planteamiento civil (de considerar negocio principal al préstamo y accesorio a la hipoteca) o si, por el contrario, debía atenderse al fundamento tributario de que el concepto AJD se devenga por la inscribibilidad del derecho real de garantía.

La cuestión que queremos tratar no sólo se plantea sobre el derecho civil aragonés, que sin embargo va a ser nuestro centro de atención, sino que también está presente, como se acaba de ejemplificar, cuando el aplicable es el derecho civil común.

Si el foco se centra en el derecho aragonés, pueden encontrarse evidencias de esa extendida sensación de falta de sintonía en la tributación de la fiducia, los pactos sucesorios, el usufructo viudal, la imputación de rentas en los regímenes matrimoniales, el derecho de transmisión o el consorcio foral.

Recientemente, a través de la ley 8/2018, de 28 de Junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón, las Cortes aragonesas han elevado la cuestión hasta el rango legal. Así, en el apartado 4 del artículo 33 se recoge tanto su preocupación porque las normas tributarias, estatales o aragonesas, no produzcan efectos negativos, como la concreción de la finalidad de la capacidad normativa fiscal aragonesa en garantizar y promover la aplicación del Derecho Foral¹.

Más allá de lo sorprendente que se antoja definir la garantía y promoción de la aplicación del Derecho Foral como objeto de las competencias tributarias, este precepto plantea un abanico de cuestiones inabarcables en nuestro inicial propósito pero que, por afectarle en alguna medida, y plasmar la actualidad de lo que se va a analizar, deben reseñarse en esta introducción. Entre otras, el papel del Derecho Tributario como incentivo (o desincentivo) del uso de las instituciones civiles propias, el verdadero valor jurídico del auto mandato de las Cortes sobre cómo ejercer en el futuro su capacidad normativa tributaria, la eficacia de la vigilancia que se le encomienda al gobierno aragonés respecto de la producción normativa estatal o qué deba entenderse por “efectos negativos” en este contexto.

¹ El apartado 4 de ese artículo 33 (que lleva por rúbrica “el conocimiento del Derecho y servicio público”) señala que: *“El ejercicio por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón de sus competencias en materia tributaria y fiscal tendrá por objeto garantizar y promover la aplicación del Derecho foral aragonés, sin que en ningún caso puedan adoptarse medidas que perjudiquen o desincentiven su aplicación. Del mismo modo, la Diputación General de Aragón velará para que las normas y actos del Estado en materia tributaria y fiscal no produzcan tampoco esos efectos negativos”*.

Con independencia del marcado sesgo político, reivindicativo o programático del precepto, es innegable su coherencia con la configuración de nuestra tradición jurídica en esa misma norma como patrimonio inmaterial. Cuestión distinta es que la guía de las relaciones entre ambos sectores deba reducirse a una preeminencia sin excepciones del Derecho Foral o a una visión desconfiada del Tributario por su carácter intrusivo en el Derecho Civil.

En cualquier caso, a la inicial dificultad de un ordenamiento civil y otro tributario perfectamente conciliados, se une, en el sistema jurídico español, la derivada de la existencia de varios poderes legislativos competentes para regular lo civil y lo tributario y que la línea de lo que compete al estatal o a los autonómicos no esté trazada con la suficiente claridad. Por tanto, sin descartar necesariamente ni que existan esos efectos negativos que subraya la ley 8/2018 antes citada, ni que sean consecuencia consciente de decisiones del legislador, debe indagarse si existen otras explicaciones, como así nos lo parece, de las disfunciones o asimetrías que se suelen imputar a la tributación de nuestras instituciones forales.

No se trata ahora de inventariar esas divergencias, sino de explorar y razonar sobre las que, prima facie, se apuntan como posibles causas: que los impuestos de titularidad estatal se construyan sobre la referencia de las normas civiles estatales, que el derecho tributario recele del amplio juego de la libertad negocial, o que la autonomía del derecho fiscal sea origen y medio instrumental del aumento de la separación delo dispuesto en el civil. De este modo nos aproximaremos a poder valorar si los caminos que marcan las líneas civil y tributaria son divergentes, en qué grado lo son y qué consecuencias se derivan de esa eventual disonancia.

1. EL DERECHO CIVIL ESTATAL ES EL PRINCIPAL SUSTRATO DEL DERECHO TRIBUTARIO.

En este primer apartado se tratará cómo una tipificación civilista o, de modo más amplio, una concepción de los impuestos cedidos, fundada en las relaciones patrimoniales derivadas del derecho civil común, puede ocasionar y ser la principal causa de la disonancia entre el derecho fiscal y el civil aragonés.

Para ello hay que partir de la idea de que el basamento civilista impregna las normas tributarias de dos formas: de modo directo o de una manera implícita.

La influencia directa se manifiesta en que, en muchos casos, el elemento objetivo de los hechos imposables de los impuestos patrimoniales (fundamentalmente el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en adelante ISD, el Impuesto sobre el Patrimonio, en adelante IP, y, finalmente, el IRPF) son actos y negocios jurídicos que tipifica el derecho civil o que le conciernen directamente. Por eso es frecuente que los conceptos que emplean las normas tributarias para definir lo sujeto a gravamen se importen de aquel sector jurídico.

En efecto, un escenario frecuente en la práctica, especialmente en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, es que las nociones civiles constituyan, dicho de modo genérico, el presupuesto de hecho de las fiscales.

En estas ocasiones, la interpretación de la ley fiscal no se sirve de criterios distintos de los generales. La guía interpretativa la fija, posiblemente de modo innecesario, el artículo 12 de la LGT que no sólo remite a los criterios del artículo 3 del Código Civil (sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas), sino que, con carácter subsidiario, llama a entender conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, los términos tributarios no definidos.

En este proceso parece evidente que los elementos y conceptos civiles que utilicen las normas fiscales para diseñar la estructura de cada impuesto deben interpretarse a la luz de lo que del derecho civil se desprenda. Si la ley fiscal se refiere al pacto sucesorio, al régimen económico matrimonial o al negocio de permuta, y lo hace sin incorporar un concepto propio distinto del civil, es indudable que la primera normativa que hay que manejar para determinar el alcance de tales conceptos es la civil.

Pero junto a estos supuestos de recepción explícita de conceptos civiles, en los impuestos patrimoniales se evidencia también que el diseño legislativo se hizo en consideración al derecho privado común. Es la que antes calificábamos como manera implícita de influir en las normas tributarias.

En estos casos no hay menciones concretas a instituciones tipificadas civilmente. Simplemente, las consecuencias patrimoniales derivadas de una regulación civil pondrán de manifiesto, o no, una capacidad contributiva de la que podrá resultar un hecho imponible gravado conforme a la delimitación general de éste. Es decir, su tributación se resolverá sin que haya una norma fiscal que expresa y particularmente contemple su régimen legal de modo distinto al que tenga en lo civil².

Este esquema de relación Civil-Tributario es sostenible en lo teórico y no lleva a incongruencias cuando la tributación que liga el legislador a determinadas instituciones, sea directamente o de modo implícito, está diseñada conforme a su realidad civil.

Sin embargo, por lo que concierne a nuestra región, lo habitual es tener que aplicar sobre instituciones forales propias un derecho fiscal diseñado sobre el

² Un ejemplo puede ayudar a completar esta idea. En el Impuesto sobre el Patrimonio el hecho imponible se define como la titularidad de bienes y derechos de contenido económico referida a cada 31 de diciembre. En el caso de ponderar su aplicación a los bienes hereditarios pendientes de asignación fiduciaria, lo decisivo es la caracterización civil de los mismos como bienes sin titular. No existiendo civilmente titular de los bienes, más allá del derecho que pueda corresponder por viudedad, no puede sino constatarse que no hay hecho imponible en este impuesto por llamativa que pueda resultar la conclusión.

derecho civil común. En efecto, dada la condición de impuestos cedidos del ISD, IRPF o IP, la delimitación de alguno de sus elementos claves (quién, por qué y cuándo hay que pagar) corresponde exclusivamente al legislador estatal que, posiblemente con buen criterio, nunca ha afrontado la ingente tarea de adaptar cada impuesto a la variedad de figuras civiles tanto de derecho común como regional.

La primera consecuencia de esta situación es que, ni la legislación estatal contempla todas nuestras instituciones forales, ni la tributación que se asocia a figuras del Código Civil más o menos cercanas resulta siempre de coherente aplicación a las aragonesas. Valga de ejemplo de lo primero que no haya referencia al consorcio foral, o de lo segundo que la tributación que se liga al usufructo del viudo sea el de las instituciones sucesorias cuando el aragonés es figura del derecho de familia.

Otra consecuencia de no ser el derecho civil regional referencia del legislador fiscal estatal es que no resulta cabal imputarle, en la mayor parte de los supuestos, una deliberada intención favorable o desfavorable. De que el legislador fiscal estatal prescindiera del Derecho Foral como referente pueden resultar, y así sucede, tanto situaciones de ventaja como de desventaja cuando se emplean instituciones civiles propias.

Pero lo que es innegable es la tacha de complejidad, rayana en la inseguridad jurídica, que supone que, al estar redactadas las normas fiscales estatales con la referencia de las normas civiles de derecho común, sea precisa una labor interpretativa no siempre fácil ni pacífica.

En ese sentido, la subsunción en la ley fiscal de los efectos de una norma civil foral es un proceso parecido al que se sigue cuando se valora la tributación de una institución extranjera³.

³ Ejemplo de cómo tributan instituciones extranjeras desconocidas tanto por nuestro derecho civil como por el fiscal puede encontrarse en la contestación 2/2017 de la Dirección General de Tributos del Gobierno de Aragón en relación a la institución del deed of variation que consiste, en esencia, en permitir al instituido inicialmente como heredero modificar la voluntad del causante a favor de otras personas. Se considera en la contestación administrativa que *“A la hora de determinar los efectos tributarios de un acto jurídico concebido al amparo de una normativa extranjera, ni cabe buscar analogías con figuras civiles nacionales, ni parece que puedan constatarse con instituciones de nuestro ordenamiento civil, nacional o foral, como la renuncia traslativa o la fiducia sucesoria aragonesa”*. Como el fondo del asunto era determinar el causahabiente que debía contribuir, se aplica la norma fiscal española sobre lo derivado de la norma británica con este razonamiento: *“En la medida en que el hecho imponible en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en cuya normativa hay que subsumir los hechos consultados, lo constituye el incremento lucrativo derivado de una adquisición hereditaria, será la ley civil aplicable la que deba determinar quién es el causahabiente enriquecido. Este planteamiento encuentra fácil acomodo, más allá de su eventual lógica, y en el criterio expuesto de la Sentencia de la Audiencia Nacional, en lo dispuesto en la letra e de artículo 23.2 del RUE, por la que la transmisión de bienes y derechos a los herederos lo determina la ley aplicable a la sucesión”*. Finalmente se hace tributar directamente al designado por el heredero inicial sin considerar que haya una suerte de renuncia: *“No pudiendo calificar este acto jurídico como renuncia a un llamamiento hereditario, figura propia de los ordenamientos civiles españoles, resulta que tampoco hay en el ámbito tributario ninguna disposición que permita hacerlo. Especialmente cuando la normativa fiscal británica, desde el “Capital Transfer Tax” Act 1984 Chapter 51, conduce, en el impuesto británico, a la misma conclusión que se propone en esta contestación”*.

Naturalmente, esa similitud de razonamiento se da cuando la institución civil extranjera surte efectos en nuestro ordenamiento. Cuando el negocio extranjero no es reconocido en España, debe prescindirse de su existencia. Ejemplo paradigmático de esta situación es la del trust anglosajón. Si civilmente no puede reconocérsele validez⁴, tampoco fiscalmente⁵. Y es que, aunque en el Derecho angloamericano el “trust” es una institución característica que guarda una estrecha relación no sólo con el Derecho de obligaciones y el de propiedad sino, incluso, con el derecho de familia y sucesiones, que es el ámbito tradicional que le es propio, la figura del “trust” no está reconocida por el ordenamiento jurídico español. España es uno de los países europeos que desconoce la figura del “trust”. No sólo carece de una ley que regule una figura similar en derecho español, sino que tampoco ha firmado el “Convenio de la Haya sobre la ley aplicable al Trust y a su Reconocimiento”, de 1 de julio de 1985.

Pero por lo que ahora importa, la recepción en el sistema tributario (de origen predominantemente estatal) de una figura foral es un escenario totalmente distinto y no puede llevar, evidentemente, a su inaplicación. A lo que sí conduce es a un delicado proceso interpretativo en el que hay que conjugar los principios que informan la institución civil con los propios del impuesto que se esté considerando.

Resumen de todo lo expuesto es que la configuración de la mayor parte de las normas fiscales aplicables en Aragón por referencia al derecho civil común es uno

⁴ A la figura del *trust* se refiere la STS (Civil) de 30 de abril de 2008, que lógicamente ya tiene en cuenta el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 aplicable al *trust* y sostiene que “ *el trust constituye una figura por la que se establece una relación fiduciaria en la que una persona es el titular del derecho de propiedad sujeto a una obligación de equidad de mantener o usar la propiedad en beneficio de otra. Se puede constituir el trust tanto por acto “inter vivos” como “mortis causa”. Se trata de un negocio jurídico ampliamente utilizado en los países del CommonLaw con diversas finalidades; pero resulta desconocida en derecho español, tanto material como internacional privado.....el término “trust” se refiere a las relaciones jurídicas creadas -por actos inter vivos o mortis causa- por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un “trustee” en interés de un beneficiario o con un fin determinado. El “trust” posee las características siguientes:*

a) Los bienes del “trust” constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del “trustee”; b) El título sobre los bienes del “trust” se establece en nombre del “trustee” o de otra persona por cuenta del “trustee”; c) El “trustee” tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del “trust” y las obligaciones particulares que la Ley le imponga”. Añadiendo la sentencia que “ *falto de prueba el contenido del derecho extranjero aplicable, ha de rechazarse la validez del “trust”, desconocido en el derecho español*”, no siendoademás, dicha figura “ *compatible con nuestras normas de derecho sucesorio* “.

⁵ La contestación vinculante de la DGT del Ministerio de Hacienda V 0817-18 señala que “ *A efectos fiscales del ordenamiento jurídico tributario español, a falta del reconocimiento de la figura del “trust”, en principio, se tiene por no constituido, por lo que no surten efectos las relaciones jurídicas reguladas por el mismo. Por tanto, las aportaciones de bienes al “trust” constituido por la madre del consultante y formalizadas a través del Documento de Constitución y del Documento de Aportación no tienen, en principio, efectos. En consecuencia, las transmisiones de bienes y derechos de la persona que constituyó el “trust” –o de los rendimientos producidos por tales bienes y derechos– ordenados por el gestor del “trust” (trustee) a favor de los beneficiarios, a efectos del ordenamiento jurídico tributario español, se consideran transmisiones directas del grantor al beneficiario*”.

de los motivos de la dificultad de conciliación de ambos sectores. Que en la mente del legislador tributario estuviera la referencia del Código Civil a la hora del diseño de la normativa acarrea, en algunas ocasiones, un grado de dificultad que bien puede identificarse como una de las causas de esa imprecisa idea de falta de sintonía que se tiene del juego del derecho tributario cuando se superpone al civil.

2. ¿LIMITA EL DERECHO TRIBUTARIO LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD RECONOCIDA POR EL DERECHO CIVIL?

Otra de las imperfecciones que suele achacarse al Derecho Tributario es jugar en un sentido distinto, o directamente contrario o limitativo, a la autonomía de voluntad. Siendo tan central en las normas de derecho privado el principio de libertad de pactos, siendo tan relevante en nuestro derecho civil el principio *standum est chartae*, y siendo notoria la escasa querencia de las normas tributarias hacia la originalidad o el apartamiento de la tipificación jurídica, las probabilidades de disonancia entre el Derecho civil aragonés y la normativa tributaria son de fácil pronóstico tanto en el ámbito dogmático como en el práctico.

No corresponde ahora ahondar, porque es terreno ya muy excavado, en el juego de la autonomía de la voluntad⁶ en esos dos sectores del ordenamiento, ni en la panoplia de medidas tributarias que, con carácter general o particular, y en corrección de determinadas estructuras negociales, recoge el ordenamiento público. Tampoco en la distinta valoración que a veces suscita el celo de la Administración tributaria en el cumplimiento de sus obligaciones. Pero sí corresponde hacer alguna reflexión global sobre el estado actual de la cuestión, enfocándola desde la perspectiva fiscal. En concreto, para valorar si realmente las normas tributarias añaden a la autonomía de voluntad límites distintos a los previstos en las civiles.

En los artículos 12 a 16 de la Ley General Tributaria (LGT) se recogen las reglas de interpretación, calificación e integración de las normas tributarias conforme a lo que ha venido siendo habitual en versiones anteriores de esta ley. Solamente hubo un cambio de cierta envergadura pues se suprimió en 2003 la noción tributaria de fraude de ley y se incorporó el concepto de “conflicto en la aplicación de la norma tributaria”. En esencia, esta cláusula genérica “antiabuso” o antielusión comprende los supuestos tradicionalmente considerados como fraude de ley y los denominados negocios indirectos, quedando separada la previsión legal de la simulación en el artículo 16 LGT.

El campo de cada una de estas “técnicas”, fiel trasunto de las construcciones civilistas sobre negocios anómalos, no es de fácil delimitación. Tan es así que

⁶ Dice al respecto la sentencia del TS de 29 de marzo de 2010 que “La admisibilidad de la “economía de opción” o “estrategia de minoración de coste fiscal” puede ser admitida en cuanto no afecta ni al principio de capacidad económica ni al de justicia tributaria. En este sentido, aparece fundada en el principio de autonomía de la voluntad, en la libertad de contratación establecida en el artículo 1255 del Código Civil y produce un ahorro fiscal que no es contrario al ordenamiento jurídico”.

los autos del TS de admisión de recursos de casación de 16 de mayo y 12 de junio de 2018 afirman que: *“Es indudable que los artículos 13<<calificación>>, 15<<conflicto>> y 16<< simulación>> LGT establecen cláusulas generales “antiabuso” enderezadas al logro de la correcta aplicación de las normas tributarias cuando las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes permitan advertir su inadecuada aplicación por los obligados tributarios, pero también lo es que tienen un distinto significado y alcance...”*.

El cambio de 2003 no dispuso las dudas teóricas y prácticas de este tipo de técnicas. Simplemente se han trasladado desde el ámbito del fraude de ley tributaria al del conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Un rápido resumen de lo que el artículo 15 LGT regula sobre el conflicto sirve para justificar esa afirmación y para la valoración que efectuaremos posteriormente.

En ese precepto, la consecuencia jurídica (la exigencia del tributo aplicando las normas correspondientes al acto usual o propio y la eliminación de las ventajas fiscales obtenidas⁷) se desencadena cuando se ha tratado de evitar total o parcialmente el hecho imponible o de minorar la base o deuda tributaria como resultado principal de lo acordado. Esa evitación debe hacerse, además, a través de actos notoriamente artificiosos o impropios. Lo que exige entonces esta norma a quien pretenda aplicarla es identificar un negocio jurídico de referencia (“usual” o “propio”) que no es utilizado por los intervinientes, que lo sustituyen por otro. Si del negocio realmente realizado no se desprende ningún efecto distinto del de “referencia”, salvo la ventaja fiscal, concurrirían los requisitos para aplicar este artículo 15, exigiendo la tributación que hubiera correspondido de haber utilizado como vehículo negocial el acto usual o propio.

Es clave en este concepto la artificiosidad de los negocios pues, conforme a la sentencia del TS de 29 de marzo de 2010, es lo que marca la diferencia con las denominadas economías de opción⁸.

⁷ Realmente, las diferencias de esta figura con el fraude de ley residen fundamentalmente en la exigencia para constatar el fraude de una norma de cobertura y otra defrauda. Al menos, en la configuración que del mismo hizo la Resolución del TEAC de 11 de septiembre de 2014 *“centrándonos, pues, en la figura del “fraude de ley”, como de modo reiterado sintetiza la Audiencia Nacional en diversas sentencias, y comúnmente, con más o menos matices, recoge la doctrina, la concurrencia del mismo requiere de una serie de premisas: la doble presencia de una norma de cobertura y una norma defraudada, pero no de forma suficiente, no teniendo por qué ser necesariamente tributaria; el empleo de formas jurídicas insólitas y desproporcionadas para evitar el efecto exigido por el ordenamiento jurídico tributario, lo que le diferencia de la economía de opción; la finalidad puramente fiscal de los negocios jurídicos realizados de modo que la causa de los mismos responde a la realidad de evitar la tributación o que esta se realice en cuantía inferior a la ordinariamente exigida, pero, como tales, dichos negocios jurídicos son verdaderamente queridos; y consecución de un resultado equivalente a aquel cuya tributación se pretende evitar o reducir”*.

⁸ Señala la STS que: *“En este sentido, la “economía de opción” que comporta una discrepancia interpretativa no alcanza a comprender el intento de una minoración de la base o de la deuda tributaria mediante actos o negocios que, individualmente o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal”*.

Para delimitar cómo deba proyectarse esta técnica sobre las estructuras civiles, y su grado de compatibilidad con el *standumestchartae* (cuya esencia es, precisamente, apartarse de las tipificaciones normativas), debe apuntarse en primer lugar la obviedad de que este principio civil permite desplazar, por voluntad de los otorgantes, normas o figuras civiles perfectamente tipificadas, pero, dada la indisponibilidad de la norma tributaria, resulta ineficaz cuando la norma a con- tornear tenga tal naturaleza, proceda del legislativo nacional o del aragonés. El juego del principio se da, entonces, en el ámbito civil.

El perfil de este principio debe completarse con el recordatorio de los límites que el artículo 3 del 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 (en adelante CDFA) tra- za para la voluntad de sus otorgantes: que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés.

Dibujados la norma cautelar fiscal y el principio aragonés, debe abordarse a continuación dónde cabe pintar la frontera de lo que una y otro permiten o, al me- nos, si la norma fiscal establece unos límites más rigurosos que los de la ley civil.

En tal tarea debe hacerse referencia a la STS 1864/2016, de 19 de Julio, que, aunque referida a una compleja estructura societaria internacional, da unas claves generales para resolver la cuestión que estamos ahora planteando en el ámbito puramente civil, es decir, cuáles son los límites de la autonomía de la voluntad en el ámbito tributario.

El TS, con cierta e inacostumbrada vehemencia en muchos de sus funda- mentos jurídicos, afirma que tal autonomía no puede ser entendida en el ámbito jurídico como lo es en la esfera personal, distinguiendo tal esfera, plena y solo sujeta a límites “naturales”, de la propiamente jurídica, sometida, de entrada, a los límites del artículo 1255 del Código Civil. Y aún define una esfera más al esbozar un juego distinto de la autonomía de la voluntad en el ámbito tributario.

En esa resolución judicial se le exige a la autonomía personal para tener efectos jurídicos que se respeten los “límites que la vida social impone”, límites que el Tribunal encuentra en el artículo 1255 del Código Civil. Tales límites son, por tanto, el respeto a las leyes, la moral y el orden público, interpretados, eso sí, conforme a los parámetros actuales.

Más allá de las diferencias que pueda haber entre tal precepto y el artículo 3 del CDFA, lo que resulta relevante es que, con apoyo en la norma civil, existe un pronunciamiento judicial sobre lo fraudulento del negocio porque *“desde su apariencia externa de realidad enmascaran una realidad que no es otra que la de la elusión de las bases liquidables”*.

Lo destacable ahora de esta sentencia es, en nuestra opinión, que frena la aplicación de unas determinadas ventajas fiscales acudiendo a las normas civiles

limitadoras de la autonomía de la voluntad, sin llegar a aplicar explícitamente los medios que el ordenamiento tributario prevé como reacción a eventuales abusos.

Aunque es una cuestión de corte más procedimental alejada de nuestro actual empeño, conviene apuntar que la Sentencia no deja claro ni definitivamente resuelto si una vez constatada la vulneración de esos límites civiles, y la consecuente anulación de los negocios celebrados por carecer de causa, su regularización tributaria puede hacerse directamente o debe acudir al procedimiento previsto en el artículo 15 de la LGT. Es decir, si correspondiendo al ordenamiento civil establecer los límites, y constatada la concurrencia de alguno de ellos, es precisa la subsunción del concreto supuesto de hecho en el artículo 15 LGT, lo que determinaría una concreta articulación procedimental por parte de la inspección tributaria para regularizar la situación.

Esta esquemática diferenciación del papel de ambos sectores normativos, en la que el civil actúa como primer y estrecho filtro, no puede ocultar que, en la fase de constatación de si hay o no vulneración de los límites civiles, las normas sustantivas tributarias y los principios generales de esta rama del derecho despliegan efectos a través de su consideración en el artículo 1255 del Código Civil o el 3 del CDFR como ley o incluso como integrantes del concepto constitucional de orden público. Vuelve a aparecer entonces la estrecha relación entre ambos sectores, más fácilmente deslindable en lo teórico que en la práctica.

En cualquier caso, por muy perfecto que pudiera llegar a estar el diseño conceptual del alcance de los límites, en el ámbito tributario lo decisivo será algo de tan difícil aprehensión previa como que el efecto preponderante en el uso de una estructura negocial distinta de la “usual” sea la obtención de ventajas fiscales. Y si esa es la clave sobre la que pivota el límite del alcance de la autonomía de la voluntad, es fácil concluir que, efectivamente, es también causa de la separación civil-tributaria.

3. AUTONOMÍA DEL DERECHO TRIBUTARIO COMO CAUSA Y CAUCE DE LADISINTONÍA CON EL CIVIL

Como en cualquier otro sector del ordenamiento, el nacimiento y el estudio dogmático del derecho tributario están vinculados a la proclama y justificación de su autonomía. Lo asentado de tal principio excusa la reproducción de sus argumentos en este trabajo y permite centrarlo directamente, por lo que ahora interesa, en la posibilidad de separarse de las construcciones civiles a la hora de regular el contenido de cada tributo.

Si la referimos a nuestro derecho civil, la cuestión, hasta el momento, es más teórica que práctica porque la única institución que ha tenido una regulación tributaria específica ha sido la fiducia. Aunque el rastro y huella de las vicisitudes

de tal normativa son notables: la inicial regulación en el artículo 54.8 del Reglamento del ISD (estatal) fue declarada nula por STS de 30 de enero de 2012 y la que con valor y rango de ley (aragonesa) se venía aplicando desde 1 de enero de 2013 llegó en 2018 a tener en tramitación simultánea dos modificaciones, una en un proyecto de ley y otra en una proposición de ley.

3.1. Relativa vinculación del derecho tributario al derecho civil

3.1.1. Disonancias con origen normativo y su constitucionalidad

Cuestión distinta a la mera interpretación de conceptos jurídicos singulares o a la preponderancia de la ley civil estatal en el diseño de la normativa tributaria (abordadas en el apartado 1) es que las nociones suministradas desde el ámbito civil, en definitiva, sus instituciones, tengan luego un tratamiento tributario distinto del que pueda derivarse del derecho común. Lo que debe abordarse entonces es cuán diferente pueda llegar a ser ese tratamiento normativo, cuán divergentes pueden llegar a ser las construcciones civil y fiscal.

Como ya hizo el TC tempranamente, aunque de un modo implícito, tomamos por indiscutible la autonomía que tiene el legislador para normar en el ámbito tributario y para no ajustar inevitablemente su producción legislativa a lo dispuesto civilmente. Dijo en 1989 el Tribunal que *“es innegable, sin embargo, que la legislación tributaria, en atención a su propia finalidad, no está obligada a acomodarse estrechamente a la legislación civil (que sin embargo tampoco puede ignorar) “*. Lo hizo en la STC 45/1989, de 20 de febrero para reconocer que, en principio, es *“constitucionalmente lícito que el régimen fiscal del matrimonio sea establecido de modo uniforme, sin atender a la variedad posible en la práctica”*.

Otra resolución relevante es la Sentencia TC 146/1994, de 12 de mayo, que entre otros asuntos abordó, aunque no con carácter nuclear, la separación fiscal de los criterios civiles de imputación de renta. En concreto, la imputación de las rentas del trabajo que, tanto en el Código civil como en el CDFA, son comunes a ambos cónyuges pero que, a efectos del IRPF, se imputan a quien genera su percepción.

Realmente el foco de atención lo ponía el recurso de inconstitucionalidad en la eventual discriminación de los rendimientos del trabajo respecto de los rendimientos del capital en el sistema de gananciales por el hecho de que las rentas del trabajo soporten una carga tributaria mayor que las rentas del capital, puesto que la titularidad compartida del capital permite que los rendimientos sean repartidos entre los cónyuges que se acogen a la tributación separada, mientras que esta distribución o reparto no es posible en las rentas del trabajo que se imputan íntegramente a aquel cónyuge que las haya generado. Pero lo que interesa en nuestro análisis no es ese asunto concreto, sino sus reflexiones auxiliares sobre determinados aspectos civiles.

Así, en esta última STC se señala, en primer lugar, que las reglas sobre imputación de rentas pueden normalmente tomar en consideración las normas reguladoras del régimen económico-matrimonial, en cuanto son atributivas de titularidades dominicales⁹. Pero de inmediato matiza que *“Ello no significa, sin embargo, que la imputación de rentas a efectos tributarios opere mediante una remisión absoluta e incondicionada de la norma tributaria a la civil (STC 45/1989, Fundamento Jurídico 6.), puesto que el problema constitucional de la imputación de rentas no reside en comprobar si las normas tributarias concuerdan o no con la regulación que de las relaciones jurídicas subyacentes hagan las normas civiles, sino en decidir su conformidad con los principios constitucionales aplicables a la materia, al margen del grado de armonía que se consiga entre la ley civil y la tributaria que tampoco, por otro lado, puede ignorarse y dejarse de tomar en consideración de manera absoluta”*.

Por tanto, a juicio del TC, la configuración civil no es límite de la autonomía tributaria, aunque sí es una referencia válida a considerar. En el anterior párrafo copiado de la STC se da alguna de las claves que consideramos decisivas en este asunto. En concreto, que el “problema constitucional” no consiste en cotejar la concordancia civil-tributaria sino, lógicamente, en la conformidad a los principios constitucionales. En el posterior discurso del TC se esbozan los límites de la diferenciación de los dos sectores jurídicos que analizamos más adelante, pero interesa ahora detenerse en insistir en que, si tomamos el “problema constitucional” como la guía interpretativa de las normas¹⁰, la separación de lo civil es perfectamente viable y nunca puede considerarse, por sí sola, vicio normativo. Es decir, la norma fiscal tiene una serie de requisitos y prescripciones que cumplir y son valorables en vía judicial y constitucional. El alejamiento de la ley civil puede ser un incentivo para indagar el ajuste constitucional de aquella, pero no inmediato motivo de su nulidad.

3.1.2 ¿Cabén en Aragón las disonancias con origen normativo?

En este contexto de autonomía tributaria respecto de la norma civil, que tan claramente dibuja el TC, procede estudiar el papel que pueda corresponder a lo dispuesto en el artículo 33 de la ley 8/2018 de las Cortes de Aragón y la aparente finalidad extrafiscal que propone.

⁹ Habría que modular esta reflexión del Tribunal porque sí que es cierto que en el IRPF las rentas del capital mobiliario o inmobiliario se imputan en función de la titularidad jurídica. Pero de la titularidad jurídica de los bienes de las que proceden y no de la calificación (“titularidad”) que civilmente (“jurídicamente”) les corresponda. Es decir, en el IRPF los dividendos devengados por unas acciones privativas de un cónyuge se imputan a este consorte cuando, si bien la titularidad de los valores es privativa, el dividendo tiene la consideración civil de renta consorcial.

¹⁰ Lógicamente, si la norma tiene rango reglamentario también su validez e interpretación habrá de hacerse conforme al principio de legalidad, valorando el respeto a la ley que desarrolle.

En este precepto se trata de condicionar el ejercicio de las competencias tributarias aragonesas en un doble sentido. Con carácter incentivador, para garantizar y promover la aplicación del Derecho foral. Con carácter prohibitivo, se rechazan las medidas que la perjudiquen o desincentiven (“sin que en ningún caso puedan adoptarse...”). De modo complementario se dirige un mandato a la Administración aragonesa para vigilar que tampoco desde el Estado pueden llegar, a través de normas o actos, “esos efectos negativos”.

Así, frente a las posibilidades que propicia el TC, esta norma, aparentemente, sólo permitiría la separación de las construcciones civiles cuando se hiciera con la finalidad de garantizar y promover nuestro derecho civil.

No procede ahora un análisis extenso de este artículo 33, pero sí algunos apuntes al hilo de lo que constituye la guía de nuestra argumentación para valorar en qué medida la situación en Aragón puede ser distinta a la de otras CCAA.

La primera parte del artículo va dirigida, en lo subjetivo, a la Comunidad Autónoma de Aragón. En lo objetivo, lo señalado es el “ejercicio de competencias en materia tributaria y fiscal”.

Por tanto, destinataria de la norma es cualquier institución de la Comunidad Autónoma: a tenor del artículo 32 de nuestro Estatuto, deben darse por aludidos las Cortes, el Presidente, el Gobierno y el Justicia.

Respecto del ámbito objetivo, resolviendo como redundante la mención a lo tributario y lo fiscal, las competencias a las que se puede referir el artículo son tanto las normativas como las relativas a la gestión tributaria. Pero como estas últimas deben ser, y así lo son manifestación de la aplicación de la normativa procedente, fijamos nuestra atención en las normativas.

Para su comentario hay que distinguir entre las reglamentarias y las legislativas.

Las primeras resultan claramente afectadas por cuanto el mandato, como ya se ha dicho, va dirigido a cualquier institución de la Comunidad Autónoma de Aragón, incluyendo así el ejercicio normativo de su gobierno. Por tanto, en atención al rango jerárquico que corresponde al artículo que se está comentando, parece indiscutible que cualquier norma reglamentaria sobre asuntos tributarios (Decreto u Orden) queda vinculada por este artículo 33.

No obstante, dada la amplitud que tiene la reserva de ley en el campo tributario¹¹, de la que es buen ejemplo el muy reducido número de Decretos del Gobierno de Aragón en materia fiscal, la zona natural de desenvolvimiento de las instrucciones de la ley 8/2018 debería ser el de los proyectos y proposiciones de

¹¹ De lo que el art 8 de la LGT es evidente manifestación.

ley. Respecto de la eficacia del precepto sobre futuras normas con su mismo rango y valor de ley, el juicio debe ser muy distinto del anterior. Teniendo la ley 8/2018 categoría de ley ordinaria y resultando desproporcionado elevarla a la de principio general, el futuro ejercicio normativo por parte del legislador aragonés no queda condicionado, al menos en términos jurídicos, por lo que aprobó con esta ley.

Repasados los ámbitos subjetivo y objetivo de la norma, su literal exige abordar un aspecto más, que simplemente alumbraremos, porque se define como objeto de la norma fiscal (y en su caso de los actos administrativos) la protección, en positivo y en negativo, del Derecho foral.

Con esta precisión, lo que se está plasmando es la incorporación al ejercicio normativo autonómico de una finalidad extrafiscal novedosa como es el cuidado del derecho civil. Resultando evidente tanto la constitucionalidad como lo saludable de las finalidades extrafiscales, y entre otras bien pudiera estar ésta, reseñamos, con el mismo grado de evidencia, que en este caso concreto esa finalidad debe estar supeditada al respeto de los principios constitucionales y señaladamente al de contribuir conforme a la capacidad económica de cada cual y no según el medio jurídico por el que se mantiene o incrementa tal capacidad.

Es decir, el incentivo o desincentivo debe proyectarse sobre las consecuencias jurídicas de una determinada institución en función de su sentido y finalidad, no sobre la figura jurídica por el mero hecho de formar parte de nuestro patrimonio inmaterial. Por ejemplo, resultaría absurdo incentivar tributariamente el consorcio foral si no existiera un sólido consenso, como parece no existir, sobre las bondades de la indivisión de los inmuebles. O privilegiar en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones las adquisiciones por parte de nietos y ulteriores descendientes frente a las de los de primer grado simple y llanamente por ser destacada singularidad de nuestra legítima colectiva.

Juicio más crítico, que ligamos a lo que parece latir en este artículo cuando se refiere a “perjudicar” o “desincentivar”, es el que merece en qué pueda concretarse este mandato. No creemos que sea retorcido pensar que en la base de esta norma esté identificar una tributación menor con promoción del bien tutelado, y un mayor grado de imposición con perjuicio, desincentivo o efectos negativos. Esta simplificación, por muy extendida que esté en ámbitos políticos, mediáticos o sociales, no podemos compartirla. Entre otras razones porque puede encubrir un uso instrumental espurio del derecho civil aragonés en pos, sencillamente, de ventajas fiscales.

Pero sobretudo porque parece difícil encontrar un sistema de medición (objetivo y general, se entiende) de cuál sea la imposición óptima. Además, de hallarlo, habría que referirlo a las personas y no a las instituciones jurídicas por admiradas, históricas y queridas que resulten. Los impuestos gravan manifestaciones de riqueza, se produzcan por el vehículo jurídico que se produzcan. Y si se puede

compartir que no tiene sentido (y posiblemente ni amparo constitucional) que una figura civil acarree, como consecuencia de un deliberado cambio normativo o administrativo, una mayor tributación si se compara con otra, siendo que de ambas se desprende un mismo tipo de adquisición de renta, tampoco lo tiene que, por ejemplo, se establecieran beneficios fiscales para gravar en menor medida un mismo tipo de enriquecimiento si se produce a través de una determinada institución foral¹².

Finalmente, tampoco parece que la instrucción final de esta norma a la Diputación General para que “vele” sobre normas y actos del Estado suponga un cambio notable sobre la situación precedente. Dada la trascendencia de cualquier normativa tributaria estatal sobre los ingresos de la Comunidad Autónoma o, por lo que ahora interesa, sobre sus normas de derecho público o privado, el seguimiento de aquella resultaba ya imprescindible. Que el inciso final de este apartado 4 del artículo 33 suponga que ese estudio deba ampliar su ámbito objetivo para velar para que no haya efectos negativos sobre el derecho civil es más que dudoso. Porque es fácilmente comprensible que ese tipo de evaluación normativa ya se efectúa, porque las situaciones que pretenden evitarse raramente se producen, porque no acertamos a identificar el valor y consecuencias jurídicas de esa custodia y porque sobre el objeto de esa vigilancia (que no existan “efectos negativos”) pesan las mismas dudas e incertidumbres que sobre qué sea perjudicar o desincentivar.

3.1.3. Disonancias provocadas por la interpretación de las normas tributarias. El riesgo de la sintonización.

Al desarrollar las disonancias normativas se ha expuesto el principio general de la validez constitucional de la separabilidad del derecho tributario respecto del canon civil (apartado 3.1.1) y el juego que pueda tener la ley aragonesa 8/2018 (apartado 3.1.2). Toca ahora abordar las originadas por la interpretación de las normas tributarias.

Para ello retomamos la idea de que la disintonía no vicia jurídicamente la norma tributaria. Es evidente que este planteamiento juegacuando el TC tiene que enjuiciar, tal es su encargo, la constitucionalidad de una ley fiscal. En nuestra opinión, su proyección es algo mayor e incumbe a cualquier operador jurídico (particular, profesional, Administración tributaria o poder judicial) porque, si en principio puede haber una normativa fiscal diferenciada de lo civil, esa posibilidad lleva implícita la consecuencia de que esa normativa debe interpretarse conforme a su propio sentido y finalidad y no conforme a principios civilistas. Esta obligada consecuencia resulta de central importancia en nuestra argumentación.

¹² El permanente debate sobre la fiscalidad de la fiducia vuelve a ser válida referencia para ejemplificar nuestro discurso.

El Derecho organiza las reglas a través de un complejo de instituciones. Las normas, en continuo cambio y sustitución si miramos las fiscales, definen las reglas mientras que los principios les dan sentido global. Esa combinación de normas y principios, en permanente delicado equilibrio, es la que da coherencia, en este caso, al sistema tributario.

Por tanto, de nada serviría dar validez constitucional a la “separación tributaria” si luego se debiera interpretar tal tipo de norma conforme a los parámetros civilistas. Evidentemente, siempre que esa norma fiscal no tuviera un vicio de inconstitucionalidad como ya se ha dicho y luego se comentará más detenidamente.

Importar principios civilistas para interpretar normas fiscales abriría una vía, enseguida lo ejemplificaremos, de distorsión e incoherencias. Es decir, buscando la sintonía se pueden provocar efectos más indeseables que el de la mera divergencia entre lo civil y lo fiscal.

Para apoyar este planteamiento incorporamos en este apartado lo que puede considerarse un ejemplo justamente contrario de lo que se acaba de exponer y, derivativamente, también de cómo interpretando las normas fiscales con criterios civiles se crean situaciones de inseguridad jurídica¹³.

En concreto, la STS de 5 de junio de 2018, dictada como consecuencia de un recurso de casación contencioso-administrativo, en la que se interpreta la normativa fiscal acudiendo a normas civiles con la inevitable consecuencia de romper el entramado impositivo, haciéndolo incongruente e inaplicable. Versa, además, sobre una cuestión (la del papel de la aceptación del llamamiento hereditario en el ISD) en la que el debate sobre el papel de lo civil y lo fiscal siempre ha estado presente.

El asunto que resuelve con carácter principal es la tributación cuando muere un llamado a la herencia sin aceptar ni repudiar la herencia y por tanto pasa a los suyos el mismo derecho que él tenía. Aunque el caso se plantea sobre el artículo 1006 del Código Civil, en su fundamento jurídico cuarto dedicado al contenido interpretativo, extiende el criterio a aquellos territorios donde exista una regulación civil semejante¹⁴. No obstante el interés del tema, son los razonamientos que

¹³ Naturalmente también hay ejemplos jurisprudenciales de lo que, siempre en nuestra opinión, debería ser lo procedente (razonar la legalidad de un reglamento o la constitucionalidad de una ley fiscal sobre criterios constitucionales y tributarios). Como más adelante se dice, ejemplo cercano son las distintas SSTS sobre la ilegalidad del artículo 54.8 del RISD.

¹⁴ Es posible identificar singularidades en la regulación aragonesa respecto del Código Civil. Lo que no resulta tan sencillo es valorar si son lo suficientemente relevantes para justificar un tratamiento diferenciado en el ámbito fiscal. En la actualidad, la normativa aplicable civilmente en Aragón está recogida en el artículo 354 del 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.

hace sobre la aceptación (como argumentación del objeto principal del recurso), lo que justifica ahora su comentario.

La casación se suscitó, en parte, por el cambio jurisprudencial que en el ámbito civil consagró la STS 539/2013, de 11 de septiembre, también dictada en casación. En tal pronunciamiento, y resolviendo una dilatada discusión teórica, el TS se inclina por considerar que el art. 1006 CC no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *iusdelationis* en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisor. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *iusdelationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *iusdelationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente.

Lo que hace en definitiva el TS en 2013 es decantarse, en lo civil, por la denominada teoría moderna frente a la clásica.

Además de la literalidad de la norma, en la que la aragonesa se refiere explícitamente a la “transmisión del derecho a aceptar o repudiar”, mientras que el derecho común habla de una suerte de “pase” del derecho, las principales diferencias entre ambas normas son el carácter dispositivo del derecho de transmisión y el distinto juego que se le da al usufructo de viudedad.

En concreto, el artículo 278, con referencia al 354.3, ambos de la norma aragonesa, establece que los bienes adquiridos como consecuencia de la transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia quedan sujetos al usufructo de viudedad del cónyuge del transmitente. Es decir, si los herederos aceptan la herencia del primer causante, el viudo del llamado fallecido tendrá también el usufructo sobre los bienes que aquéllos reciban por el derecho de transmisión.

Por otro lado, debe también citarse la letra a del apartado 1 del artículo 350 que recoge la posibilidad de donar o transmitir onerosamente el derecho a la herencia con la consecuencia de considerarla aceptada tácitamente. En la medida en que el derecho a la herencia (antes de haberla aceptado) puede ser objeto de transmisión onerosa, se está poniendo también de relieve que tiene un valor económico. De este precepto pudiera derivarse, además, y a contrario, la posibilidad de transmisión mortis causa del “iusdelationis” sin considerarla aceptación tácita de la herencia.

Por tanto, en la medida en que la ley aragonesa permite al “primer” causante disponer del *iusdelationis* que corresponda sobre sus bienes, que el viudo del segundo causante tiene el usufructo sobre los bienes objeto de ese derecho y, finalmente, la posibilidad de que el derecho de transmisión sea disponible también por el llamado a la primera sucesión, nos parece que se constatan no sólo las diferencias normativas con el Código Civil, sino también que la ley aragonesa reconoce en la esfera patrimonial del segundo causante un valor económico al derecho a aceptar o renunciar.

No obstante, la STSJ de Aragón de 9 de mayo de 2018 parece inclinarse por no apreciar esas diferencias o no darles la entidad suficiente para separarse del criterio fiscal fundado en el derecho civil común.

La teoría moderna (de la adquisición directa o de la doble capacidad), defendida entre otros por Albaladejo, consiste en entender que, si el transmisario acepta la herencia del primer causante, también deviene heredero directo suyo. Según la teoría clásica o de la doble transmisión (Roca Sastre, LacruzBerdejo), el transmisario, al ejercitar positivamente la opción en que consiste el *iusdelationis*, sucede al primer causante no de modo directo, sino a través de la herencia del transmitente, con la consecuencia de que la capacidad del transmisario ha de calificarse respecto del transmitente y no respecto al primer causante, del que en realidad no es heredero.

En un paso siguiente, de modo aparentemente congruente con el planteamiento civil, la STS de 5 de Junio de 2018, corrigiendo su doctrina de las sentencias de 14 de diciembre de 2011 y 25 de mayo de 2011, determina que en estos casos se produce una sola adquisición hereditaria y, por ende, un solo hecho imponible, no dos hechos imponibles ni dos devengos del impuesto, corolario de lo cual es la afirmación final de la reseñada sentencia civil según la cual *“los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente”*.

No procede ahora extendernos más en qué alternativas deja abiertas la sentencia sobre el modo de liquidar estas situaciones en que el llamado inicialmente muere sin pronunciarse. Aunque se nos ocurre alguna opción más¹⁵, baste señalar que el criterio del Ministerio de Hacienda, anterior incluso a la STS de 5 de Junio de 2018 (plasmado por ejemplo en la contestación vinculante V 537-17), es que, por la adquisición hereditaria del *“ius delationis”*, el nuevo heredero adquiere el derecho a aceptar o repudiar la herencia del primer causante, de forma que si la acepta se convertirá en heredero directo de dicho primer causante y deberá liquidar el impuesto de sucesiones por esa herencia, de forma separada de la herencia del segundo causante, por la que también deberá liquidar el impuesto de sucesiones, pues solo aceptando la segunda se le transmitirá el derecho a aceptar o repudiar la primera.

Si hemos tratado este caso es principalmente por lo que afirma la sentencia como fundamento *“tributario”* de su pronunciamiento final. El TS apoya el pilar civil de su argumentación con una referencia a que hasta la aceptación del llamamiento no hay adquisición y que por tanto no hay tributariamente una aceptación presunta o ficticia que permita entender realizado el hecho imponible. Se basa en 2018 en lo que un voto particular de su Sentencia de 14 de diciembre de 2011 decía¹⁶. En ese voto, que pasa a considerarse años más tarde como la buena doctrina,

¹⁵ Por ejemplo considerando el *iusdelationis* como elemento valuable integrado en la *“segunda”* herencia

¹⁶ Se dice en él lo que sigue:

“[...] El artículo 3º1a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones establece que “Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio”.

se afirma la adquisición civil como requisito imprescindible para que se produzca el hecho imponible. Y ante la previsible crítica, a la que nos apuntamos, de que se está confundiendo el hecho imponible con el devengo del impuesto, el autor de aquel voto afirmó que situar el devengo el día del fallecimiento del causante (como hace la LISD) simplemente supone retrotraer los efectos tributarios del Impuesto a ese momento en concordancia con el artículo 989 del Código Civil.

La doctrina que finalmente sienta el TS va a plantear en la práctica notables distorsiones por aplicar una argumentación civilista en un esquema liquidatorio trazado con criterios fiscales. Insistimos en que no tanto por modificar el criterio de cómo actuar cuando se transmite el “ius delationis”, sino por la relevancia que le da a la aceptación del llamamiento al convertirla en pieza decisiva para considerar realizado el hecho imponible.

En efecto, la ruptura con el sistema diseñado por la ley fiscal, por aplicar criterios civiles en su interpretación, nos parece evidente y tratamos de justificarlo en los párrafos siguientes.

El impuesto está construido sobre la idea de su devengo con el fallecimiento, pero pretendiendo gravar como materia imponible la obtención lucrativa de renta, la ley tipifica como elemento objetivo del hecho imponible la adquisición de bienes (artículo 3.1.a LISD), situando tal adquisición en el momento del fallecimiento.

Es verdad que civilmente el enriquecimiento lucrativo objeto de gravamen cabría situarlo en la aceptación, que es el acto que permite al aceptante incorporar a su patrimonio el derecho que le corresponda sobre la herencia. Interesa especialmente destacar que, estrictamente, la retroactividad de los efectos de la aceptación al momento del fallecimiento no hace coincidir temporalmente, producida aquélla, la apertura, la delación y la adquisición. Coincide la fecha en que se entienden producidos los efectos de la apertura, la delación y la adquisición. Pero tal identidad temporal no existe respecto del momento en que se producen, como tales actos jurídicos, la apertura, la delación y la aceptación.

La posterior partición, que permite identificar los bienes que en plena propiedad se atribuyen a cada causahabiente, no se considera hecho imponible del impuesto que grava las sucesiones.

La adquisición, es, por tanto, requisito imprescindible para que se produzca el hecho imponible. En el caso enjuiciado, la hermana del causante murió sin aceptar la herencia de éste, por lo que la adquisición no se ha producido. Esto determina que el hecho imponible no tuviera lugar, no pudiendo practicarse liquidación por el mismo.

Es cierto que el artículo 24 de la Ley 29/1987 establece que el impuesto se devenga el día del fallecimiento del causante, pero esto lo único que supone es retrotraer los efectos tributarios del Impuesto a ese momento, y así hay que entenderlo en concordancia con el artículo 989 del Código Civil, que establece que “Los efectos de la aceptación y de la repudiación de la herencia se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda”, lo que significa que es el hecho de la aceptación el determinante de la adquisición.

En los casos habituales de liquidación del impuesto cuando ya existe apertura, delación y aceptación, la conciliación de la normativa fiscal y civil es inmediata: El impuesto se devenga, por expresa previsión normativa y sin contradicción de norma civil alguna, en el momento del fallecimiento. La trascendencia práctica de este elemento de la liquidación fiscal (el devengo) es considerable: fija el periodo voluntario de declaración (6 meses desde la muerte), establece el inicio del plazo para la prescripción de las acciones administrativas y, entre otras, determina la legislación aplicable a ese hecho imponible.

La controversia surge en los casos en que el llamado¹⁷ a la herencia no la ha aceptado (tácita o expresamente) ni repudiado habiendo pasado los 6 meses desde el fallecimiento. Ya se ha dicho que el TS ha sentenciado claramente que si ese llamado ha fallecido, no ha realizado el hecho imponible. Pero la cuestión adquiere una trascendencia mayor si planteamos la cuestión para el caso de que no haya fallecido. ¿Se entiende realizado el hecho imponible y debe presentar declaración cuando civilmente todavía nada ha adquirido?

Por un lado, se afirma en la LISD como hecho imponible la adquisición de bienes o derechos. Por otro, el devengo se sitúa en el momento del fallecimiento. Si el devengo es la precisión temporal del hecho imponible, la lectura conjunta de ambas normas es que, fiscalmente, se entiende realizada la adquisición en el momento del fallecimiento. Dado que en el derecho aragonés la aceptación es necesaria y tiene efectos retroactivos hasta esa misma fecha, esta idea fiscal no es, en principio, susceptible de especial rechazo teórico. Pero el pacífico ensamblaje se logra, precisa y exclusivamente, por el hecho de que la aceptación tenga efectos retroactivos.

A la vista de lo anterior, entendemos que hay un diferente planteamiento entre la normativa y el criterio interpretativo de la STS antes citada.

Mientras que el TS lo que hace es dar al hecho imponible (que sitúa con la aceptación) efectos retroactivos hasta la fecha del fallecimiento, la ley sitúa el nacimiento del hecho imponible en el momento del fallecimiento porque, cuando se produzca la aceptación, ésta (y no el hecho imponible) tendrá efectos retroactivos. Este sistema fiscal se justificaría en no dejar en manos del contribuyente uno de los elementos de la obligación tributaria (pues en otro caso quedaría el devengo condicionado a su decisión de cuándo aceptar) y para ello, junto al artículo 24 LISD, se dictó el artículo 10.2 RISD¹⁸. El propio TS, en su STS de 30 de

¹⁷ Si controvertido es este supuesto, el que plantea la liquidación a quien ni siquiera ha sido llamado – caso de la fiducia- incorpora obviamente un grado más de controversia.

¹⁸ No conviene hacer descansar en normas reglamentarias el fundamento de la estructura de un impuesto. Especialmente cuando el TS se ha pronunciado en contra de ese fundamento. No obstante, reseñamos que dice ese apartado que las adquisiciones mortis causa “*se entenderán realizadas el día del fallecimiento del causante, por lo que para exigir el Impuesto bastará que esté probado el hecho originario de la transmisión, aunque no se hayan formalizado ni presentado a liquidación los documentos, inventarios o particiones*”. Este artículo liga el hecho imponible (la adquisición) con el aspecto más problemático

enero de 2012, de la que resultó la anulación del artículo 54.8 RISD relativo a la fiducia, parecía validar la irrelevancia de la aceptación, poniendo en aquella ocasión el énfasis en que existiera llamamiento hereditario para poder gravar. Seis años más tarde cambia la delación por la aceptación como acto imprescindible para tributar¹⁹.

En nuestra visión, el TS, si ello hubiera estado en su ámbito competencial, debería haberse pronunciado sobre la constitucionalidad de situar el devengo en la fecha del fallecimiento, pero no haciéndolo, parece impropio que prescindiera, a través de una argumentación que no parece lo suficientemente sólida, de unas normas fiscales claras y con rango de ley.

En esta notable discrepancia, si no se da preferencia a la autonomía tributaria (en este caso proyectada sobre la actividad de interpretación), y lo que resulta es que hay que considerar en cualquier sucesión que la aceptación es necesaria, tal y como el TS ha dictaminado a efectos “ius transmissionis”, el giro que se da a la fiscalidad de las herencias es notable porque en la mayor parte de los casos (por

que presenta situar el devengo en el fallecimiento y no en la aceptación (momento de la exigibilidad del tributo). De una manera cicateramente implícita, afirma la norma la irrelevancia fiscal de la aceptación. Y de ello deriva expresamente que la exigibilidad del tributo (primera consecuencia, en importancia, de la situación del devengo en uno u otro momento) queda expedita con la prueba de la muerte. La posterior alusión en este precepto a la irrelevancia de la formalización o la presentación a liquidación de documentos, inventarios o particiones, es, en comparación con el silencio sobre la aceptación (verdadero núcleo de debate), y en ese contexto, claramente innecesaria.

El planteamiento anterior, conciliador de los artículos 3.1.a y 24.1 de la LISD, no se distorsiona, sino que se refuerza, con el 24.3. En este apartado, la ley pretende dar relevancia a la suspensión de la efectividad de la adquisición de bienes. En tales supuestos, el devengo se traslada al momento en el que las limitaciones causantes de la suspensión desaparecen. El devengo se sitúa, claramente, en el momento de la adquisición “efectiva”. Esta decisión, a todas luces loable, no puede convertirse en un argumento en favor de devengar el impuesto con la aceptación. El elemento diferenciador es que la previsible voluntad del legislador al situar el devengo en el fallecimiento era evitar la falta de presentación de declaraciones y la prescripción de las acciones administrativas para reclamarlas, contando con el plazo ilimitado y el efecto retroactivo que el Código Civil (lógica norma de referencia del legislador estatal), y ahora la ley civil aragonesa, dan a la aceptación.

Salvada esa preocupación, el legislador pretende gravar cualquier llamamiento aceptado, pero de ineficaz resultado en orden a la adquisición de bienes o derechos, sólo cuando la limitación correspondiente desaparezca. La limitación en cuestión, a diferencia de la aceptación, suele no depender de la exclusiva voluntad del llamado, por lo que es razonable retrasar el pago fiscal evitando el riesgo de prescripción, al construir técnicamente esa posposición no como un aplazamiento del pago, sino como un supuesto especial de devengo.

¹⁹ El párrafo más explícito de la STS en ese sentido es el siguiente: *En nuestra sentencia de 31 de marzo de 2004, de cuyo criterio ahora nos separamos, recordamos que la Ley 29/1987 sigue la pauta del derecho germánico consistente en considerar producida la transmisión hereditaria con la muerte del causante, impidiendo al Reglamento situar tal evento en otro momento distinto, que, como se deduce de sus artículos 10.2 y 75, es el del óbito del transmitente, pero entonces no tuvimos suficientemente en consideración que en el caso de la fiducia aragonesa, a diferencia de lo supuestos de herederos desconocidos a que alude el precepto citado en segundo lugar, no hay aún institución hereditaria y, por consiguiente, no existe sujeto pasivo. Parece evidente que para que se produzca el hecho imponible y el tributo se devengue tiene que mediar una transmisión hereditaria, que no puede acontecer mientras no se designe uno o varios herederos.*

desidia, por desconocimiento, por ahorro o por resultar irrelevante a los nudo propietarios dadas las facultades que el usufructo vidual da a su titular) no existe aceptación hereditaria expresa.

Si finalmente resultara que hay que ceñirse a lo que marca el TS, son probables nuevos escenarios en los que los contribuyentes que quieran regularizar su situación deban tener que acreditar que existe aceptación del llamamiento o, del otro lado, que la Administración tenga que desplegar una actividad investigadora en pos de acreditar la existencia de una aceptación tácita.

Por lo que ahora interesa, debemos recapitular indicando que la STS de 5 de junio de 2018 es un ejemplo de apartamiento de la autonomía tributaria pues, constatada la diferente secuencia temporal de la adquisición en el ordenamiento civil y en el fiscal, lo que hace es interpretar el impuesto con criterios civiles. Entendemos que había otra vía posible y era enjuiciar, es verdad que más con parámetros constitucionales, si la construcción tributaria era conforme a los principios del artículo 31 CE, y de haberlo considerado así, podría haber dado valor a la autonomía tributaria y a la claridad con que se expresa la LISD (norma con valor y rango de ley) concluyendo que hay hecho imponible cuando hay delación y mientras ésta no se renuncie.

Además, desde otra perspectiva, es ejemplo de cómo la aplicación de criterios civiles en esquemas liquidatorios contruidos sobre otros parámetros, puede llevar a distorsiones en la práctica en claro perjuicio de la aplicación pacífica de las normas.

3.2 Criterios de evaluación de las disonancias según el TC

3.2.1 Conformidad a la Constitución

Partiendo de la inicial autonomía del derecho tributario, lo que debe definirse, cuando se trata su relación con el civil, son los límites de aquella y, más en concreto, el grado constitucionalmente admisible de divergencia entra la línea fiscal y la civil. Para evitar estériles divagaciones hay que hacer referencia, en primer lugar, a cómo el Tribunal Constitucional ha afrontado esta cuestión.

En la ya citada STC 45/1989 se ventilaba la constitucionalidad de la obligación de que tributaran conjuntamente las rentas obtenidas por todos los miembros de la unidad familiar. Sobre la idea de una inicial capacidad para establecer tal tipo de tributación, el TC hizo descansar su validez en la no conculcación del artículo 39.1 CE.²⁰ y en el principio de igualdad. Y como no se superó tal com-

²⁰ Señala el TC que “*La sujeción conjunta se justifica tan sólo, como acabamos de ver, en virtud de unas relaciones jurídicas específicas que no guardan relación necesaria con el presunto incremento de la capacidad económica que para los miembros de la familia resultaría de su pertenencia a ésta. Las*

probación, concluyó en la inconstitucionalidad de la declaración conjunta como único modo de tributación en el IRPF.

Soporta entonces la norma tributaria que se aparte de la civil, como primer límite, la inevitable coherencia con los postulados constitucionales²¹ que se pide a cualquier norma con independencia de su rango o ubicación sistemática. Realmente, sobra la insistencia en el respeto constitucional de cualquier norma, pero, en caso de hacerlo, simplemente apuntamos la obviedad adicional de que ese juicio hay que instruirlo siempre y no sólo porque exista separación de lo civil. No es parámetro de constitucionalidad por sí mismo el grado de divergencia entre lo civil y lo tributario.

No resultaría fructífero, por inabarcables, enumerar los principios constitucionales que puedan jugar en esta fase de enjuiciamiento de qué grado de divergencia admite la norma fiscal respecto de la línea trazada por la civil. Todos pueden ser aplicables. Pero sí puede aportarse alguna reflexión general y ejemplos particulares.

Sobre la idea de que los impuestos gravan manifestaciones directas o indirectas de riqueza, parece indiscutible que lo que no podría amparar la autonomía del sector tributario sería que de la misma resultara un pago impositivo por la realización de un acto jurídico que no evidencie la adquisición de una renta o la transmisión de un bien. El derecho tributario reclama y se atribuye autonomía. Pero el opuesto de autonomía es heteronomía y no ciega independencia o ignorancia de la realidad resultante de lo que se está gravando. Por tanto, exigir impuestos donde realmente exista una materia imponible es un fácil ejemplo de a qué debe adaptarse la norma fiscal que no se superpone pacíficamente a la civil. Cuestión distinta es que en cada caso concreto resulte también siempre fácil aplicar esta exigencia.

Esta situación extrema de gravar donde civilmente no hay adquisición de riqueza no parece que pueda llegar a darse²², pero debe apuntarse, en aras de una

consecuencias jurídicas que el legislador extraiga de tal diferencia, la diferencia de trato de los sujetos integrados en la unidad familiar en relación con quienes no lo están, sólo serán aceptables, en consecuencia, en la medida en la que sean también adecuadas y congruentes con tal diferencia, salvo en la medida en que, en cumplimiento del mandato contenido en el art. 39.1 C.E. ésta sea tomada también en consideración por el legislador para dispensar a los integrantes de la unidad familiar un trato fiscal más favorable que el que reciben los sujetos no integrados en unidad alguna”

²¹ tanto los referidos estrictamente al sistema tributario como cualquier otro.

²² Uno de los supuestos más llamativos de gravamen es el que se establece en el IRPF a cargo del donante cuando, civil y patrimonialmente, es quien se empobrece. Esta aparente anomalía, en el análisis que estamos proponiendo, se superaría si se identificara una materia imponible (pues de no hacerse, la norma sería inconstitucional) y se hallara un argumento de por qué se llega fiscalmente a una solución tan divergente de la realidad civil. No es ocasión de aportar detalle de tal tipo de razonamiento, pero el sustento de esta tributación habría que encontrarlo en la revalorización que haya podido experimentar el bien mientras ha sido titularidad del donante sin haber estado sujeta a imposición.

mayor concreción, que buena parte de los supuestos de menor pacífica aplicación derivan del señalamiento de un devengo fiscal distinto del que la norma civil identifica como momento de la adquisición dominical. Es decir, no es habitual que el derecho tributario finja o presuma la existencia de una renta, pero no es extraño que fije un momento de realización de esa renta que no case con las normas civiles. Ya se ha visto que es el meollo de la STS de 5 de junio de 2018 pero, por ejemplo, también estuvo en la base de la consideración como ilegal de la regulación fiscal de la fiducia contenida en el artículo 54.8 RISD (STS de 30 de enero de 2012).

En aquella ocasión, conforme a lo que nos parece adecuado, el TS no valoró tanto la separación fiscal de los criterios civiles sino que, en la medida en que el carácter reglamentario de la norma ventilada se lo permitía, fundó el exceso reglamentario en referencia, más bien escueta, a su inconstitucionalidad. Dijo entonces el TS que: *“El artículo 54.8 del Reglamento autoriza a liquidar un impuesto sobre sucesiones sobre personas que no se sabe si van a heredar y, por ello, si van a llegar a adquirir la condición de sujeto pasivo del tributo. Desconoce así los artículos 1, 3 y 5 de la Ley en cuanto gravan los incrementos patrimoniales obtenidos lucrativamente vía herencia, legado o cualquier otro título sucesorio por lo causahabientes en la sucesión mortis causa. Y, de este modo, al recaer sobre el patrimonio de alguien que no ha recibido una herencia ni se sabe si la recibirá, ignora un principio capital, y constitucional, de nuestro sistema tributario, cual es el de capacidad contributiva, proclamado en el artículo 31.1 de nuestra Norma Fundamental y recogido en el artículo 3.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre), como antes lo estaba en el 3 de Ley 230/1963, de 28 de diciembre, de igual nombre (BOE de 31 de diciembre)”.*

El ajuste constitucional de las disonancias entre lo civil y lo tributario no sólo compete al TC o al TS. Buen ejemplo, lastrado por la complejidad que acarrea su aplicación, de que la Administración Tributaria es consciente de que, cuando una norma fiscal se aparta de la realidad civil, gravar conforme a la capacidad contributiva de cada cual es condición indispensable, es el artificioso sistema de tributación de las rentas provenientes de fondos de inversión sobre los que existe un usufructo viudal.

Según el artículo 300 del CDFR, mucho más preciso en este punto que el derecho común, en los productos financieros cuya rentabilidad consiste en la plusvalía obtenida al tiempo de su reembolso, como los fondos de inversión acumulativos, corresponde al viudo la diferencia positiva entre el importe actualizado de su valor al comienzo del usufructo y el que tengan al producirse el reembolso o extinguirse el usufructo.

Por su parte, la LIRPF, siguiendo la normativa sectorial (Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva), imputa a los socios o

participes en este tipo de instituciones, cualidad que recae en los nudos propietarios, las ganancias o pérdidas patrimoniales obtenidas como consecuencia de la transmisión de las acciones o participaciones o del reembolso de estas últimas.

Es decir, que mientras civilmente esas rentas corresponden tanto al nudo propietario (realmente a éstos les queda la renta residual de la actualización del valor de adquisición) como principalmente al usufructuario, fiscalmente quien debe tributar por ellas conforme a la literalidad del artículo 94 LIRPF es el nudo propietario. Tal situación parece a todas luces insostenible, pues haría tributar a quien nada (o casi nada) recibe (nudo propietario) y exime fiscalmente a quien obtiene civilmente una renta (usufructuario).

Para solventar tal efecto y evitar el merecido reproche de inconstitucionalidad, la Administración, yendo bastante más allá de lo que se desprende de la norma, considera que, efectivamente, el usufructuario debe tributar por ser quien realmente se enriquece (en concreto como rendimiento de capital mobiliario). Pero en paralelo (evitando la divergencia), el nudo propietario deberá computar tanto la ganancia patrimonial a la que le obliga directamente la ley como la pérdida patrimonial que impone el respeto a la capacidad contributiva, la realidad patrimonial de la operación y, en definitiva, el sentido común.

Lo tortuoso del camino (que declare uno el rendimiento y que el otro declare simultáneamente una ganancia y una pérdida) se hace llevadero porque conduce a una tributación más equitativa, pero ni la complejidad del sistema ni su buen propósito pueden esconder que, en realidad, todo el artificio, más allá de la triple concurrencia de legislaciones de corte civil, tributario y financiero, está motivado por razones de control y facilidad de operatoria bancaria. Porque tampoco parece tan inasumible que, directa y rectamente, se hiciera tributar al usufructuario dejando al margen a quien nada recibe de esos reembolsos.

3.2.2. Las disonancias deben tener algún fundamento.

Sobre la evidente y pacífica exigencia de que la norma fiscal divergente con la civil debe ser constitucional, un límite más ajustado a lo que nos ocupa, y que de modo sencillo puede formularse como la exigencia de “razonabilidad” o motivada justificación cuando la norma fiscal se separa de la civil, es el que puede inducirse de la ya citada Sentencia TC 146/1994. Hemos utilizado antes sus fundamentos para concluir en que la configuración civil no es límite de la autonomía tributaria, aunque, evidentemente, es una referencia válida a considerar.

La aprovechamos ahora para entender que lo que reclama el TC es que la norma tributaria desvinculada de la civil no sólo respete el canon de constitucionalidad, sino que lo haga con algún tipo de justificación. Así, el Tribunal entendió que *“las rentas del trabajo derivan del trabajo personal, considerado como paradigma de las fuentes personales de la renta; la fuente está constituida por la prestación del trabajo personal, incluidas los conocimientos y capacidades del sujeto*

que lo presta, el cual participa en el tráfico jurídico y económico prestando su trabajo a cambio de una remuneración; por su propia naturaleza, una fuente de renta de estas características no es susceptible de ser transferida a otro sujeto. Por todo ello, la renta debe ser imputada a quien realiza la actividad consistente en la prestación del trabajo”.

Como la reflexión sobre esta Sentencia es instrumental, no procede el análisis del caso concreto, pero obsérvese que el TC valida la atribución fiscal de rentas del trabajo a quien desarrolla la actividad, obviando o soslayando que, en los regímenes como el consorcial aragonés, quien obtiene un enriquecimiento en este tipo de rentas son los dos cónyuges. Esta circunstancia nos permite matizar que la aceptación constitucional de que tribute sólo uno de los cónyuges podría presentar, aparentemente, algún déficit en el cumplimiento del principio de capacidad contributiva. Y o bien el TC no lo consideró así (en su fuero interno, que no en la redacción de la sentencia) o, algo sorprendentemente, desligó su juicio de quién era el que realmente obtenía civilmente las rentas.

Cuando nos referimos a un juicio de razonabilidad entendemos que debe ser poniendo en valor tanto las normas civiles como, principalmente, las fiscales y en función siempre, evidentemente, de los principios constitucionales.

Este segundo límite de razonabilidad no siempre es deslindable del límite básico de respeto a las normas constitucionales, que en un planteamiento teórico debería ser el primero. En cualquier caso, procede un juicio de estricta constitucionalidad y otro de razonabilidad, deban hacerse simultáneamente por su difícil separación, o bien baste solo uno de ellos, nos interesa destacar, y demostrar ahora, la insuficiencia de esta exigencia desde una visión prospectiva.

3.3 Insuficiencias del planteamiento de control expuesto: Las disintonías y sistema tributario

Lo que defendemos, porque se echa en falta en la jurisprudencia del TC, es que, junto a un juicio sobre las disonancias o divergencias civiles-fiscales desde una perspectiva estática, debería añadirse una visión dinámica que abarcara los efectos en los distintos impuestos, tanto en el momento inicial del acto jurídico como en su posterior evolución.

En efecto, el alejamiento de las consecuencias fiscales y civiles de un negocio pueden proyectarse, suele ser así además, en otros impuestos y en otros momentos distintos a los iniciales. Y esa proyección futura ni suele estar prevista por el legislador ni suele llevar a situaciones armónicas y coherentes.

A través del ya manejado supuesto de la imputación de rentas puede ejemplificarse cómo una separación fiscal de los criterios civiles, por muy justificada que resulte, y en este caso concreto quien lo certificó fue el TC, puede llevar a conclusiones indeseables cuando esas rentas tienen implicaciones futuras y devengan nuevas obligaciones tributarias.

Por ejemplo, un supuesto en absoluto infrecuente es el de un matrimonio en el que las rentas hayan sido obtenidas exclusivamente por el marido. Conforme a lo expuesto, habrá sido él quien haya tributado en el IRPF por esas rentas a la par que, tanto éstas como los bienes en que se hayan podido invertir, habrán tenido la condición, en Aragón, de consorciales. Si fallece la mujer antes que el marido, y éste es su heredero, resultará que la mitad de los bienes consorciales de la causante son adquiridos civilmente por el supérstite y, en el impuesto que grava la herencia, deberá tributar por ellos. Es decir, como civilmente adquiere la mitad consorcial, tributa por esa adquisición lucrativa de renta.

Esta situación nos parece mucho más cercana a una indebida doble tributación que la que normalmente se utiliza como argumento en contra del impuesto sucesorio. Frente a la crítica habitual de que el heredero (normalmente descendiente) está pagando por unas rentas por las que ya tributó su ascendiente fallecido, que técnicamente no constituye un supuesto de doble imposición, lo cierto es que en el ejemplo que manejamos sí que la hay, al menos parcialmente.

Estamos en este caso ante una persona que tributó en el IRPF por la obtención de unas rentas y que cuando recibe civilmente la mitad consorcial de los bienes adquiridos con esas rentas resulta obligado también a tributar.

Este desenlace viene provocado por la existencia de impuestos claramente vinculados (tanto el IRPF como el ISD lo que gravan es la obtención de renta por las personas físicas) pero que siguen criterios distintos. El IRPF se sustenta en un inventado criterio fiscal que no se mantiene en el ISD, fiel a los principios de titularidad jurídica, con las indeseables consecuencias apuntadas.

Con el ejemplo se pretende razonar que la creación de normas fiscales ajenas, o directamente contrarias, a las civiles no sólo debe someterse a su razonabilidad puntual en el impuesto y momento para el que se dictan, sino que debería tener presente los efectos actuales y futuros que produce sobre el sistema tributario en su conjunto. Esa consideración, posiblemente porque no forma parte de sus competencias y obligaciones, no la hacen ni los Tribunales de lo contencioso ni el TC, pero resulta de capital importancia especialmente cuanto más valor se dé a la idea de que lo tributario debe ser, como exige el artículo 31 CE, un sistema.

4. LA CAPACIDAD NORMATIVA AUTONÓMICA COMO ELEMENTO DE SOLUCIÓN

No es infrecuente que la divergencia entre normas fiscales e instituciones civiles aragonesas se achaque a la incomprensión de éstas por parte del legislador estatal, principal responsable de las normas tributarias. Ya hemos razonado que más que incomprensión estaríamos, en todo caso, ante la prescindencia por el poder tributario estatal de las referencias civiles de cada Comunidad Autónoma.

Pero en la hipótesis de que una de las explicaciones de la discordancia entre las normas civiles y las tributarias sea el distinto legislador que las dicta, una posible vía de solución podría ser reunir en el mismo poder legislativo ese doble ámbito de actuación. Las propias Cortes de Aragón debieron llegar a esa o parecida conclusión cuando aprobaron la Disposición Adicional Única de la Ley 1/99, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de Muerte²³, refundida actualmente con otras normas en el CDFA.

Tal Disposición fue incorporada mediante enmienda de adición que contenía la siguiente motivación: *“Una vez aprobada la ley sobre sucesión mortis causa parece necesario examinar si las peculiaridades de derecho sustantivo deben llevar aparejadas especificidades tributarias en materias como pactos sucesorios, fiducia, patrimonio agrícola, empresa familiar, etc., y si ello es posible a la vista de la LOFCA y Ley de cesión de tributos a las Comunidades Autónomas.”* La referencia a la motivación parece especialmente oportuna por lo que tiene de reveladora, no sólo de la voluntad del enmendante, sino también de las dificultades que intuía para cumplir su propuesta²⁴.

Dos son los requisitos acumulativos que debían generar la regulación fiscal propuesta: El tener capacidad normativa y la conveniencia de especificidades tributarias en las figuras forales. El primero de ellos es el que nos incumbe y desarrollaremos ahora, sobre el segundo simplemente apuntamos la llamativamente heterogénea selección que hizo el legislador²⁵. Aquella iniciativa legislativa se resolvió finalmente en la Ley 13/2000, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas²⁶, aunque posiblemente con una extensión, intención e

²³ Disposición Adicional Única de la Ley de Sucesiones por causa de muerte: *“El Gobierno remitirá en el plazo de un año un proyecto de Ley que regule las particularidades fiscales de la sucesión mortis causa en Aragón, ya a través de la Ley de medidas tributarias, financieras y administrativas, ya mediante una ley específica atendiendo a nuestras peculiaridades de Derecho foral y actual realidad socioeconómica.”*

²⁴ Sin llegar a enjuiciar el trámite parlamentario de la norma, sí que puede apuntarse que parece existir un eslabón perdido entre la confesada necesidad de examinar las relaciones entre el derecho sustantivo y el tributario y la derivación de un mandato legislativo. Parece más ordenado el examinar tales relaciones, analizar la capacidad legislativa autonómica sobre lo tributario y colegir de tales estudios la posibilidad de una regulación fiscal. Pero ordenar, como hace esta D.A.U, la regulación fiscal de aquello sobre lo que no se tiene la certeza de tener capacidad normativa no es, en lo jurídico, el mejor modo de producir leyes.

²⁵ En concreto se fijaba en los pactos sucesorios, la fiducia, el patrimonio agrícola y la empresa familiar.

²⁶ En el preámbulo de esa ley se explicaba que con parte de su contenido se daba *“cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, regulando aquellos aspectos tributarios de las instituciones forales sobre los que la limitada capacidad autonómica tiene cabida. Y así, despejando las dudas que la nueva normativa civil pudiera haber provocado sobre la tributación de la fiducia, se reconoce la aplicación de cualquier tipo de beneficio fiscal en la liquidación provisional que procede en estos casos en el momento del fallecimiento del causante. Para coadyuvar a solventar el principal problema fiscal de la fiducia --hacer tributar a quien ni siquiera puede considerarse llamado a la sucesión-- se arbitra la solución de posibilitar el pago de su deuda con cargo al caudal relicto pendiente de ejecución fiduciaria. Con ello, al no trasladar la carga tributaria al patrimonio del sujeto pasivo, se eliminan buena parte de los supuestos que la doctrina científica venía denunciando como injustificables”*.

intensidad muy distintas de las que el año anterior llevaron a las Cortes a la aprobación de la Ley 1/1999.

Al margen de lo dispuesto en la ley de 1999, lo que debe plantearse ahora es qué opciones tienen, *lege lata*, las Cortes de Aragón para regular las consecuencias fiscales de nuestras instituciones civiles. Para ello, abordaremos en primer lugar la capacidad normativa que el bloque de constitucionalidad reconoce a las CCAA en los distintos impuestos. Adicionalmente, y en previsión de la insuficiencia de esa primera vía, plantearemos la opción de alcanzar esa competencia fiscal a través de la capacidad que la CE reconoce a las CCAA en materia de derecho civil.

Con todo, y si la solución pasara por reunir en las Cortes de Aragón la doble competencia plena, civil y fiscal, conviene advertir que la proyección de ambos tipos de normas es distinta y que el arreglo no sería total. En efecto, mientras que es la vecindad civil la que generalmente resuelve internamente el punto de conexión de las normas de derecho privado, en el ámbito tributario el criterio de determinación de la ley aplicable suele ser la residencia habitual. Por lo tanto, en una sucesión regida por la ley civil aragonesa, pero en la que el causante tuviera su residencia habitual en Cataluña, lo regulado fiscalmente por nuestras Cortes no sería de aplicación y sí lo dispuesto por el parlamento catalán y/o las Cortes Generales.

4.1. Ámbito de la capacidad normativa tributaria de las CCAA

Las normas que delimitan la capacidad normativa autonómica tributaria son la CE, la LOFCA y la Ley 22/2009. Puede resumirse este bloque normativo haciendo un primer distingo entre tributos propios y cedidos.

Los primeros son aquéllos que surgen del genio creativo de las Cortes regionales e incorporan una regulación autonómica completa de cada figura. En la práctica, la mayor parte de CCAA se ha decantado por la creación de impuestos de corte medioambiental claramente ajenos a nuestro análisis.

Los cedidos, fundamentalmente el IRPF, el IP, el ISD o el ITP y AJD, sí que afectan a las relaciones patrimoniales y se caracterizan por la previa existencia de una completa regulación estatal que las CCAA han podido modificar conforme a los límites que en cada momento les ha establecido el ordenamiento.

El ejercicio autonómico de su capacidad normativa fiscal se caracteriza por un notable esfuerzo de respeto a límites de todo tipo. Buena muestra de ello es el número de normas sobre las que el TC acaba teniéndose que pronunciar. De ese universo de límites interesa ahora destacar que las CCAA no pueden regular cualquier elemento de la liquidación de los impuestos cedidos, sino sólo los determinados por la ley 22/2009 para cada concreta figura.

Un resumen global, pero válido, de esas opciones legislativas es que todos los elementos previos a la cuantificación de la base imponible (esto es, definición del hecho imponible, establecimiento de supuestos de exención, fijación del devengo o la propia cuantificación de la base sobre la que tributar) quedan a la exclusiva capacidad normativa estatal. Sólo a partir de ese hito liquidatorio tienen protagonismo los poderes regionales (por tanto, con capacidad para establecer reducciones de la base, fijar tipos impositivos o establecer deducciones y bonificaciones de la cuota).

Sin ahondar en su justificación, valga como explicación de esa delimitación que el interés latente es que las CCAA tengan autonomía financiera para una mayor recaudación o para el reconocimiento de mayores beneficios fiscales (modificando tipos impositivos o la escala). De modo secundario se les faculta para desarrollar políticas de todo tipo mediante el establecimiento de deducciones o bonificaciones.

A la hora de valorar la suficiencia de ese potencial normativo autonómico para lograr una regulación fiscal aragonesa de nuestras instituciones civiles, las primeras impresiones generales son ya claramente negativas. Tanto por el distinto ámbito de actuación que se reconoce a las Cortes según el impuesto de que se trate, como por el fraccionado campo legislativo en cada concreta figura tributaria. Parece obvio entonces que el entramado normativo no está concebido para desarrollar autónomicamente una regulación integral de figuras civiles.

Aunque es evidente que no poder legislar sobre el hecho imponible cerceña buena parte de la potestad normativa fiscal, puestos a identificar la principal ausencia en el inventario de elementos tributarios regulables autónomicamente sobre los distintos impuestos cedidos, nuestra elección, teniendo en cuenta la situación actual de las distintas figuras forales, es la de no poder regular la regla del devengo. Conviene recordar que líneas atrás se ha referido cómo el criterio del TS sobre el papel de la aceptación del llamamiento puede suponer un cambio radical en la interpretación de las reglas de devengo del impuesto que grava las herencias. Pero ceñidos a nuestro derecho civil, la elección queda justificada también si se aproxima este razonar teórico a lo que en la práctica ha sucedido en los últimos años, por ejemplo y una vez más, con la fiducia sucesoria, pues la discordancia civil y fiscal se plasma en una distinta imputación temporal, además de cualitativa y cuantitativa, del llamamiento hereditario: La norma fiscal inventa una situación de heredero antes de existir civilmente, convierte en sujeto pasivo a quien puede no ser heredero y le atribuye un porcentaje de masa hereditaria sin relación con el llamamiento civil.

No obstante este decisivo límite, las Cortes de Aragón no han renunciado a la regulación fiscal de figuras civiles propias. Pero lo han hecho exclusivamente sobre la fiducia sucesoria, de un modo parcial, en un sentido similar al que reco-

gía el anulado artículo 54.8 RISD y, a pesar de ello, martilleando los límites de su capacidad normativa²⁷.

Ante el escaso margen para cobijar en la LOFCA o en la Ley 22/2009 una acción legislativa autonómica que adecúe la tributación a la verdadera naturaleza de las singularidades civiles aragonesas, otra hipotética vía alternativa es la de conseguir un cambio en la tributación modificando las normas civiles.

Anticipando que no nos parece la manera más adecuada de actuar (en definitiva se trata de lograr indirectamente lo que directamente está vedado), lo cierto es que es un camino que se ha recorrido en la práctica aunque sin haber logrado el efecto final pretendido. Así, en la Ley 1/1999 se incluyó un artículo 133.1²⁸(que es el 448.1 en el vigente CDFR) que, insistiendo en que en la fiducia el efecto adquisitivo no se produce hasta la ejecución, intenta situar el devengo fiscal en ese instante. El salto al campo tributario se ampararía en el inciso inicial de ese apartado (“a todos los efectos legales”).

En nuestra opinión tal efecto no era posible, y sigue sin serlo, porque el sistema de tributación está montado en este impuesto en función del fallecimiento y no de la delación (a expensas de qué resulte finalmente del criterio del TS de considerar relevante la aceptación y por tanto, inevitablemente, también la existencia

²⁷ Desde 1 de enero de 2013, el Texto refundido que contiene las normas tributarias aragonesas recoge la siguiente disposición:

Artículo 133-2.— Procedimiento para liquidar las herencias ordenadas mediante fiducia.

1. El procedimiento establecido en este artículo se aplicará a toda sucesión por causa de muerte ordenada por uno o varios fiduciarios, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título IV, del Código del Derecho Foral de Aragón, Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón.
2. Cuando en el plazo de presentación de la autoliquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o, en su caso, en el plazo de presentación y pago de la correspondiente autoliquidación, no se hubiere ejecutado totalmente el encargo fiduciario, deberá presentarse una liquidación a cuenta, respecto de la parte de herencia no asignada, por quien tuviera la condición legal de heredero conforme a lo previsto en el Libro Tercero, Título VII, del Código del Derecho Foral de Aragón, Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante.
3. En el caso de que, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, el pago del impuesto correspondiera a varias personas, la liquidación resultante a cada una de ellas será la derivada de imputar a partes iguales el valor de la parte de la herencia no asignada.
4. Cuando, habiéndose ejecutado totalmente la fiducia, el destino de los bienes sea distinto del que fiscalmente se tomó en consideración, se girarán liquidaciones complementarias a las iniciales, atribuyendo a cada sujeto pasivo el valor del caudal relicto que realmente se le defirió.
5. La liquidación a cuenta a que se refiere el apartado 2 tendrá el tratamiento que proceda conforme a lo dispuesto en la letra c) del artículo 451 del Código del Derecho Foral de Aragón, Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón.

²⁸ “A todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción”

de delación), porque, sea norma civil o fiscal, se está actuando indirectamente sobre el devengo de la relación tributaria, siendo que escapa tal posibilidad al ámbito autonómico, porque difícilmente puede buscarse amparo a tal actuar en la capacidad legislativa que constitucionalmente le corresponde a Aragón para desarrollar su derecho civil y, finalmente, porque esa vía indirecta está expresamente prohibida en la Ley 22/2009.

De esas cuatro razones, quedan por desarrollar en el apartado siguiente las dos últimas.

4.2. Posibilidad de normas civiles con efectos fiscales

4.2.1. Elasticidad de la capacidad legislativa civil

Por vía de excepción a la regla general, el artículo 149.1.8 CE permite la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. Y con tal amparo, las Cortes de Aragón han ido dictando en los últimos años normas de tal naturaleza refundidas en la actualidad en un único cuerpo normativo.

Fue precisamente una ley aragonesa (la 3/88, sobre equiparación de hijos adoptivos) la que dio lugar a que el TC (STC 88/1993) encauzara la actividad legislativa civil por parte de las CCAA, ligando el concepto de “desarrollo”, pieza clave de esta competencia, a que pudiera justificarse una conexión suficiente con el derecho foral existente²⁹.

La posibilidad, por tanto, de amparar una modificación tributaria en esta capacidad civil vendría de la mano de poder considerarla desarrollo del derecho previamente existente.

Es innegable que el trecho a recorrer para hacer real tal posibilidad es harto complicado. Para resultar exitosa esta alternativa deberían estirarse todavía un poco más los criterios del TC que puedan considerarse más favorables a la fuerza expansiva de esta capacidad.

Aunque su doctrina avala y rechaza casi a partes iguales los asuntos que se le van planteando, lo cierto es que el TC no es siempre restrictivo en este tipo de enjuiciamiento. Nos parece especialmente reveladora, y también llamativa, la extensión que articula en la STC 95/2017 referida a la ley 19/2015, de 29 de Junio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña. Según su preámbulo, ambas modalidades

²⁹ La STC 82/2016 niega la posibilidad de que la Comunidad Valenciana regule el régimen económico matrimonial porque, sin descartar que la referencia pueda ser una norma consuetudinaria, no se probó su vigencia en el territorio autonómico.

de propiedad³⁰ son formas de poder jurídico real que hallan sus fundamentos en instituciones propias de larga tradición jurídica legal y consuetudinaria en las fuentes catalanas y que se mantienen en el Código civil. Y, efectivamente, aunque la finalidad de la ley no puede estar más adecuada a figuras actuales y ajenas al ordenamiento catalán (compra por cuotas de una vivienda-sharedownership- o compra por un plazo determinado-keyworkers- existentes en algunos países europeos), el TC considera que es válido desarrollo del derecho civil regional por su conexión, ahí es nada, con el censo enfitéutico.

No obstante, si de lo que se trata es de argumentar en la competencia civil una modificación del régimen fiscal estatal, esa visión amplia y centrada en la finalidad de las normas no basta cuando se trata de buscar la conexión suficiente con el derecho ya existente. Para ser efectiva, la distribución de competencias civiles que hace el 149.1.8 CE debería considerar como actualización y crecimiento orgánico del derecho civil propio una actuación que tiene repercusiones en otro sector del ordenamiento con reglas de distribución constitucional distintas. Y eso, en lugar de ensanchamiento de la capacidad normativa civil resulta más una sustitución del criterio constitucional realmente procedente (el tributario por lo que ahora nos ocupa) en favor de otro de muy dudosa aplicación.

Desde luego es perfectamente posible que sobre una determinada regulación existan dos posibles normas constitucionales de distribución de competencias, pero en tal caso hay que decantarse por una de ellas. Es decir, tratándose de una discusión competencial, el punto de partida ha de ser encuadrar la cuestión en el título constitucional del artículo 149 que corresponda. Como ahora se explica, la subsunción en una u otra materia competencial, cuando hay aparentemente varias de posible concurrencia, se resuelve conforme a la más específica de las que se planteen.

Ejemplo de este proceder lo han dado las vicisitudes judiciales de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del patrimonio de Aragón, incorporada con igual numeración en el texto refundido de la Ley de patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre. Estas normas fueron analizadas, sin tacha final de inconstitucionalidad, en la STC 41/2018. La norma impugnada prevé la atribución a la Comunidad Autónoma de las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante un proceso de concentración parcelaria, por entender que entra en directa contradicción con el artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio

³⁰ La propiedad temporal otorga a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto y determinado, a cuyo vencimiento el dominio deviene del titular sucesivo. Por otra parte, la propiedad compartida confiere a uno de los dos titulares, que recibe el nombre de propietario material, una cuota inicial del dominio, y la posesión, el uso y disfrute exclusivo del bien y el derecho a adquirir, de modo gradual, la cuota restante del otro titular, que recibe el nombre de propietario formal. Esta situación jurídica supone, en cualquier caso, la exclusión de la acción de división.

de las Administraciones públicas, dictado al amparo de la competencia estatal prevista en el artículo 149.1.8 CE (según expresa la disposición final segunda.2 de la propia Ley 33/2003), en cuanto cada uno de ellos atribuye la titularidad de los mismos bienes a entidades territoriales distintas.

El TC consideró finalmente su constitucionalidad porque esa norma está conectada con los artículos 535 y 536 del Código de derecho foral (reguladores de la sucesión ab intestato) y porque es indiscutible que tal regulación existía antes de la CE.

Lo que nos interesa de esa Sentencia es cómo el TC elige entre dos de los apartados potencialmente aplicables del artículo 149.1 CE. En efecto, aunque conforme a la Disposición Final Segunda.2 de la Ley 33/2003, esta regulación se ampara en el artículo 149.1.8 CE, es decir, en la competencia estatal sobre legislación civil, la Abogacía del Estado también ponía como concurrente el artículo 149.1.18 CE, en cuanto atribuye al Estado la competencia sobre «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas». Y en su planteamiento, *“el establecimiento de la causa de extinción del derecho de propiedad por abandono sí constituye una típica norma de Derecho civil; sin embargo, en la decisión normativa de atribuir la propiedad de tales bienes a una u otra entidad pública tiene una indudable relevancia el título relativo a la regulación del propio patrimonio de esa Administración”*.

Sin embargo, el TC considera que la naturaleza y el destino de estos bienes inmuebles vacantes es una materia propia de la legislación civil, materia competencial que es la más específica dentro de las que se plantean en el proceso. Tal concreción la basa en sus propios criterios anteriores y en la expresa cita del apartado 8 del 149.1 CE en la ley estatal³¹.

Trasladando esta argumentación al análisis de si una norma incluida en una ley civil puede desplegar efectos tributarios cuando la condición regional de aquélla no lo permitiría conforme al criterio competencial aplicable en lo fiscal, entendemos, con la prudencia propia de los planteamientos generales, que será difícilmente posible. En efecto, si una norma despliega efectos tributarios, su validez debe ponderarse conforme a su específico bloque de constitucionalidad, con independencia de que se vincule a una concreta institución civil de la que

³¹ Acabamos de recordar que este Tribunal ya afirmó en la STC 150/1998, FJ 3, que la regulación de los bienes vacantes tiene naturaleza civil. Ya hemos apreciado también que ese es el criterio que expresa la Ley 33/2003 en su disposición final segunda y lo mismo hace la primera de las normas aragonesas, la Ley 5/2011, que, conforme a su exposición de motivos, afirma que su disposición adicional sexta halla amparo en las competencias autonómicas en materia de derecho civil. Y ese es, en fin, el criterio predominantemente expresado por las partes comparecidas que han centrado sus alegaciones en la delimitación de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Aragón en relación con el Derecho civil. Por tanto, el ámbito material en el que deben insertarse las disposiciones adicionales cuestionadas es el relativo al Derecho civil, por ser esta la disciplina directamente afectada.

difícilmente podrá considerarse ampliación orgánica o desarrollo. Consecuentemente, en el caso que se venía manejando como ejemplo o referencia, nos parece que normar la singularidad de la delación en el caso de la fiducia está fuera de toda duda, pero también que la validez de sus efectos en el campo tributario debe medirse con otros criterios.

4.2.2 Limitación de los efectos fiscales de normas autonómicas

Al legislador ordinario no le debió parecer suficiente fiar el respeto a la distribución competencial tributaria a la exclusiva aplicación de los preceptos constitucionales y, recogiendo disposiciones ya existentes en las normas del sistema de financiación autonómica anteriores, estableció una cautela adicional en el artículo 27.2 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

En tal artículo, que no se circunscribe a los efectos de normas civiles regionales porque es aplicable a cualquier norma autonómica, de derecho privado o público, se dispone que *“La normativa que dicten las Comunidades Autónomas en relación con las materias cuya competencia les corresponda de acuerdo con su Estatuto de Autonomía y que sea susceptible de tener, por vía indirecta, efectos fiscales no producirá tales efectos en cuanto el régimen tributario que configure no se ajuste al establecido por las normas estatales”*.

De su simple lectura resulta, como se ha dicho, que este precepto no va dirigido exclusivamente a la ineficacia de normas civiles, sino a cualquier regulación autonómica que, amparada en una competencia normativa exclusiva o de desarrollo de la legislación básica estatal, no se ajuste al régimen fiscal estatal. Por tanto, aunque en este estudio lo centremos en el ámbito civil, también en el urbanístico, medioambiental, cultural o educativo, por poner algunos ejemplos, podría jugar esta limitación.

Al igual que los artículos ya manejados de la LGT en otros apartados, también es éste un precepto de contornos poco claros. Para su comprensión hay que insistir en que la capacidad normativa autonómica resulta en el campo fiscal de fundamentos constitucionales distintos a la que se tiene sobre otras materias. Así, mientras en el sector tributario es el artículo 133 CE y la LOFCA los que configuran el bloque de constitucionalidad sobre el que diseñar los subsistemas tributarios, en el resto de materias son fundamentalmente los artículos 148 y 149 CE, más los correspondientes Estatutos de Autonomía, las normas en las que se basan las leyes autonómicas.

El esqueleto que sustenta este artículo 27 puede resumirse del siguiente modo:

Debería haber una norma autonómica (en principio de cualquier rango, legal o reglamentario) dictada conforme a la competencia que le corresponde a ese ente

según la CE y su Estatuto de Autonomía. Por lo que ahora interesa, se trataría de una norma civil aragonesa.

Existiría, por otro lado, una norma estatal de carácter fiscal³² en la que sería subsumible el acto, hecho o negocio que es también el elemento objetivo de la norma autonómica. No dándose una mayor delimitación, el impuesto concernido puede estar o no cedido a la Comunidad Autónoma (incluso podría ser, por ejemplo, el Impuesto sobre Sociedades que no está cedido), y puede existir sobre el mismo, o no, una capacidad normativa autonómica además de la estatal.

De la norma autonómica (“no fiscal”) resulta una consecuencia distinta de la que la estatal tributaria prevé. Es quizás este elemento, y en concreto la precisión de qué sea una vía indirecta, el que resulta de más complicada interpretación. En una primera aproximación habría que dejar fuera de este precepto aquellos supuestos en los que una norma autonómica contemplara expresamente un régimen tributario (distinto del estatal) amparada en la competencia que se tiene sobre legislación civil. A nuestros efectos, este caso sería el de una normativa dictada por una C.A en relación con las materias cuya competencia le corresponda de acuerdo con su Estatuto de Autonomía y que es susceptible de tener, por “vía directa”, efectos fiscales

Retomando el caso del actualmente primer apartado del artículo 448 CDFA- puede ilustrarse adecuadamente nuestro planteamiento.

El sentido, pertinencia y congruencia civil de la norma parece fuera de toda duda. Como excepción a la normal coincidencia temporal de la apertura y la delación hereditarias en el momento del fallecimiento (artículos 320.1 y 321.1), y con el preaviso del 321.4, el artículo 448 establece un régimen especial, acorde con la naturaleza de la fiducia, para entender producida la delación en el momento en que ésta se vaya ejecutando. En el ámbito civil, y por referirnos sólo a situaciones contempladas en la ley, el 493.1 pone en valor esa regla especial a la hora de computar el plazo de prescripción de las acciones.

³² El juego de la competencia material y la que se tiene tributariamente se desenvuelve en materia de tasas de un modo muy distinto al de los impuestos. Lo deja suficientemente claro la STC 71/14 6 de mayo de 2014 al señalar que el establecimiento de tasas por parte de las Comunidades Autónomas está estrechamente ligado a su competencia material, de manera que, como afirmamos en la STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 5 C), la coexistencia de tasas autonómicas y estatales debe interpretarse de acuerdo con «el principio de que la competencia para crear tasas por servicios deriva necesariamente de la que se ostenta para crear las instituciones y organizar los servicios públicos correspondientes (STC 37/1981, FJ 3) y el mandato expreso de la LOFCA», y en concreto, decíamos entonces, el contenido en los arts. 7.1 y 17 LOFCA, doctrina ésta que recoge el principio de que la tasa sigue al servicio, que hemos reiterado en numerosas ocasiones (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 4; 149/1991, de 4 de julio, FJ 5; y 204/2002, de 31 de octubre, FJ 3; o, recientemente, SSTC 35/2012, de 15 de marzo, FJ 6, y 162/2012, de 20 de septiembre, FJ 3), y que refleja el art. 7 LOFCA, estableciendo que las Comunidades Autónomas podrán establecer tasas, entre otros supuestos, «por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades en régimen de Derecho público de su competencia» (art. 7.1 LOFCA), en los términos y con los límites previstos en el mismo precepto.

Ahora bien, si esa genérica referencia con que se inicia el artículo 448 (“a todos los efectos legales”) es la fórmula para trasladar al ámbito tributario las consecuencias de retrasar la delación (situando el devengo del impuesto sucesorio no en la fecha del fallecimiento sino en cada ejecución), el éxito de tal efecto dependerá de si juega o no este artículo 27.2 de la Ley 22/2009.

Ya hemos dicho que, para que pueda entenderse aplicable este artículo, la valoración central es la de si la del artículo 448 es una vía indirecta en el sentido del 27.2. En efecto, el resto de elementos, que antes identificábamos como estructurales, parecen concurrir: La norma civil aragonesa es evidente. La norma tributaria estatal sería el artículo 24 LISD que determina el devengo del impuesto con carácter general en el momento del fallecimiento, aunque en su apartado tercero se hace referencia a que *“Toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan”*.

Si el devengo fiscal de la fiducia debe situarse en el momento del fallecimiento conforme al artículo 24.1, nos inclinamos por considerar que sí se podría estar ante una vía indirecta para desplazar la norma fiscal que quiere con carácter general ubicar el devengo en el momento del fallecimiento. Y por tanto, sin perjuicio de que despliegue los efectos pertinentes en el ámbito civil, de ese artículo no podría derivarse una consecuencia tributaria distinta a la prevista en el régimen estatal.

En consecuencia, y como resumen final de este apartado 4, la posibilidad de que el grado de divergencia entre lo civil y lo tributario disminuyera gracias a la intervención de las Cortes de Aragón nos parece, conforme al actual sistema de distribución de competencias tributarias y civiles, bastante lejana.

Sólo una profunda modificación de las reglas generales de juego de la capacidad normativa tributaria de las CCAA, por ejemplo pasando a considerarse propios y no cedidos los impuestos patrimoniales, abriría esta vía. Una vez abierta, quedaría a la voluntad del legislador, a su tino para equilibrar los distintos intereses en juego, y a la dificultad intrínseca del propósito, el poder llegar a una adecuada conciliación de nuestra normativa civil y fiscal.

5. FINAL

De lo expuesto en este discurso se desprende fácilmente que no se da en nuestro ordenamiento la sintonía absoluta entre impuestos e instituciones civiles aragonesas. Pero debería servir también para explicar que tal estado de relación no es necesario. Cierta grado de disintonía es perfectamente soportable, siempre que el alejamiento de la norma tributaria tenga acogida constitucional, nazca de alguna fundada razón, y no desbarate el equilibrio interno que debe existir en las leyes fiscales, organizadas, lo exige la Constitución, como un auténtico sistema.

En un marco un poco más amplio, pero siempre dentro del análisis de las relaciones entre los derechos civil y tributario, hay que situar, junto a esas indeseables disonancias, aquellas incongruencias en el sistema tributario originadas, precisamente, por interpretar la ley fiscal con criterios civilistas. Es decir, hay que mantener la alerta no sólo frente a determinadas disonancias, sino también frente a aquellos intentos de lograr una armónica sintonización y que sin embargo lo que provocan son distorsiones en el sistema tributario.

Dada la trascendencia de ambos sectores en la vida personal, social y económica, la tarea de ajuste entre ambos es irrenunciable.

En este empeño, las limitaciones de quienes deberían ser sus protagonistas, los legisladores estatal y aragonés, son relevantes. Las del primero por lo abrumadora, y posiblemente distante, que le puede resultar la tarea, especialmente si la emprendiera, como procedería, para todos los derechos civiles de nuestra Nación. Las del aragonés porque, salvo improbable vuelco del reparto de competencias normativas sobre los impuestos implicados, sus opciones competenciales son más bien estrechas. En este sentido, nos parece que golpear constantemente la frontera de lo que se puede y no se puede hacer legislativamente, valga de ejemplo la proposición de ley tramitada en 2018 en las Cortes de Aragón para modificar la tributación de la fiducia, tiene más sustento en lo político que en lo puramente jurídico.

También el Tribunal Constitucional y los Tribunales contencioso administrativos tienen encuadradas sus posibilidades. Se pronuncien sobre una ley, sobre un reglamento o sobre un caso concreto, las exigencias que se desprenden de la necesidad de considerar el sistema tributario en su conjunto les resultan inabarcables por estar fuera de su competencia procesal. Y, por supuesto, su misión no es legislar sino juzgar.

Lo que puedan aportar las administraciones tributarias - la estatal, la autonómica o las locales aragonesas- también es relativo. Más allá de lo condicionadas que puedan estar por el interés recaudatorio, que no debería ser sino clase específica del interés público, sus criterios tienen la trascendencia que tienen, además, su proyección sobre impuestos que no gestionan sufre, como mínimo, las mismas restricciones que tienen los tribunales encargados de su control.

Recae entonces en otro tipo de instituciones, con vocación de servicio y capacidad de estudio, la oportunidad de asumir parte de este apasionante reto.

Entre éstas, ni puede ni debe faltar la aportación de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Y en la medida que me pueda corresponder, presento con este discurso mi compromiso a colaborar en tal propósito si así se considerara procedente.

CONTESTACIÓN

a cargo del

Excmo. Sr. D. José-Luis Merino Hernández

Excelentísimos miembros de la Academia Aragonesa de
Jurisprudencia y Legislación
Excelentísimas e Ilustrísimas Autoridades
Señoras y Señores:

La Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación se honra hoy en recibir, como nuevo Académico de Número, al Excmo. Sr. Don Francisco de Asís Pozuelo Antoni.

Con él, la Academia incrementa de forma importante su elenco de Académicos, dada la personalidad y categoría profesional del nuevo recipiendario.

La Academia Aragonesa, como rezan sus propios estatutos, en su composición definitiva debe mantener el máximo equilibrio entre todos los sectores jurídicos (art. 9.4). Y el Derecho fiscal, rama jurídica a la que principalmente dedica su actividad profesional el nuevo Académico, es precisamente uno de esos sectores, que, hasta hoy, ha estado ausente de la Academia. Con la incorporación del nuevo Académico, la Academia da un paso importante en ese equilibrio sectorial que propugnan los Estatutos.

Don Francisco Pozuelo Antoni nació en Zaragoza hace ahora cincuenta y cuatro años.

Licenciado en Derecho, en 1987, dos años después era el número 1 de su promoción en las oposiciones a Inspector de Hacienda e Interventor y Auditor del Estado.

Ha desarrollado su actividad profesional en la Agencia Estatal de Administración Tributaria hasta 1995, y en calidad de Inspector Jefe en la Comunidad Au-

tónoma de Aragón hasta 1999. Desde ese año, y de forma ininterrumpida, viene desempeñando el cargo de Director General de Tributos del Gobierno de Aragón.

En su labor como Director General le ha correspondido la dirección de la administración tributaria aragonesa y, por ello, como inmediata exigencia de tal puesto, buena parte de su actividad profesional ha estado vinculada al estudio de la jurisprudencia en materia civil, mercantil, administrativa y especialmente fiscal, al objeto de adecuar la actuación administrativa a lo establecido por los Tribunales.

Por su cargo, ha tenido una participación directa y relevante en la preparación de los sucesivos proyectos de ley que han ido conformando el sistema tributario aragonés. Tarea no siempre fácil, como lo demuestra el hecho de que alguno de los impuestos, como el que grava a las grandes áreas de venta, ha tenido que superar, y ha superado, el juicio de dos Sentencias del Tribunal Constitucional, una del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, más recientemente, dos del Tribunal Supremo.

Esa doble labor en el campo del estudio de la jurisprudencia y de la colaboración en la producción legislativa se ha completado con su participación en distintos órganos y foros de carácter nacional responsables del análisis técnico, jurídico y presupuestario de asuntos tan relevantes como la normativa nacional sobre impuestos cedidos o la defensa del interés de Comunidad Autónoma de Aragón cada vez que se plantea la revisión del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas.

El sr. Pozuelo Antoni, a su excelencia profesional -nadie ocupa un cargo público como el suyo si no es debido a ello- une su inquietud intelectual. Es colaborador habitual de importantes revistas jurídicas de su especialidad, como la Gaceta Fiscal o la Revista del Centro de Estudios Financieros, entre otras. En ellas, en numerosos trabajos, comenta, con la maestría que le caracteriza, diferentes cuestiones fiscales en general, y de forma especial los aspectos tributarios de los diferentes impuestos estatales y autonómicos.

Es, además, autor de dos libros: “Práctica fiscal internacional: un modelo de trabajo”, publicado en 1996, y “Fiducia aragonesa y sucesión empresarial: un análisis fiscal”, edición del año 2000.

Ha colaborado en diversas obras colectivas: en 2011, en “Consideraciones sobre la intersección de los hechos imponible del IVA y del ITP y AJD. Las oficinas liquidadoras”; y en 2010, en “El impuesto aragonés sobre el daño medioambiental causado por la emisión de contaminantes a la atmósfera. La fiscalidad de los derechos de emisión”.

Al respecto de sus colaboraciones, en 1995 recibí el encargo, por parte del profesor Albaladejo, de colaborar en la monumental obra que él dirigía, “Co-

mentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, de la Editorial Edersa. Más de 70 volúmenes de varios autores, comentando todo el Derecho civil español, tanto el general del Código civil español, como el de los diversos ordenamientos civiles territoriales. Para el Derecho aragonés se reservaron cuatro volúmenes, que culminaron con un total de 3.491 páginas. Para su elaboración conté con un valioso equipo de juristas aragoneses, varios de los cuales se sientan hoy en los sillones de esta Academia: Luis-Alberto Gil Nogueras, Rosa-María Bandrés y Sánchez Cruzat, Francisco Mata Rivas y José Manuel Bandrés y Sánchez Cruzat; y otro que espero y deseo que pronto lo haga con la lectura de su discurso: Javier Sancho Arroyo y López de Rioboo.

Cuando ya se había publicado la primera edición, y en el momento de encargarnos una segunda, revisando y ampliando la ya publicada, caímos en la cuenta de que había una materia que no habíamos contemplado hasta entonces, imprescindible a la hora de hacer un buen análisis del Derecho civil: el fiscal, la fiscalidad de las instituciones privadas.

Y fue así como en 1998 –hace ahora treinta años- tuve la suerte y el honor de poder contar con un nuevo colaborador, un experto en Derecho tributario, el hoy recipiendario, Don Francisco de Asís Pozuelo Antoni. En la reedición que hicimos de dos de los volúmenes de los Comentarios, en 2000 y 2002, participó activamente. Para llevar a cabo el trabajo, hicimos una selección de aquellas instituciones forales cuya puesta en práctica puede tener una repercusión fiscal, y, a partir de ahí, en cada una de ellas dedicamos un apartado especial denominado “cuestiones fiscales”. En total, entre los dos volúmenes, fueron más de 250 páginas dedicadas a la fiscalidad. Todo un tratado de Derecho fiscal aragonés.

Más tarde, cuando EDERSA desapareció del mundo editorial, parte del equipo que había trabajado en los Comentarios al Derecho aragonés vimos la necesidad de continuar la labor, esta vez con la edición de tres volúmenes, editados entre los años 2006 al 2009, bajo el título “Manual de Derecho Aragonés”. También en ellos participó, comentando los aspectos fiscales de las instituciones civiles aragonesas, Don Francisco Pozuelo.

Nuestro nuevo Académico no deja de prestar su asistencia y colaboración con cuantas instituciones aragonesas demandan su intervención como experto en Derecho fiscal. Precisamente, hace unos días volvíamos a escucharle en el Foro de Derecho Aragonés, tratando, una vez más, de la controvertida tributación de la fiducia sucesoria aragonesa.

Yo creo que Francisco Pozuelo representa una muy importante incorporación al elenco de la Academia, y estoy convencido de que sus aportaciones enriquecerán el acervo jurídico de la Institución.

Animo al nuevo Académico de Número para que, en el futuro, mantenga la ilusión y el compromiso con que hoy se incorpora a ella, para que todos, Acadé-

micos y juristas que habitualmente están en contacto con la Academia, podamos enriquecernos con el saber y los conocimientos que ha de participarnos.

* * * *

Centrando la atención ahora en el contenido de su discurso, se advierte, fundamentalmente y en primer lugar, el esfuerzo que el sr. Pozuelo hace para explicar -y, sobre todo, tratar de convencer- que las disonancias existentes –como él las califica–entre la normativa civil aragonesa y las normas fiscales que les son aplicables responde al distinto Poder político elaborador de unas y otras.

Las instituciones civiles aragonesas, reguladas en el vigente Código del Derecho Foral de Aragón, de 2011, basan su legitimidad en el Poder Legislativo de la Comunidad Autónoma, reconocido por la vigente Constitución española, cuya conservación, su modificación y desarrollo están plenamente reconocidos en el art. 149.1.8ª de la Carta Magna.

Con base en ese precepto y en las diferentes sentencias del Tribunal Constitucional que lo han ido perfilando, las Cortes de Aragón vienen ejerciendo su soberanía legislativa regulando, en la forma, con el contenido y con los efectos que se ha creído conveniente en cada momento todas aquellas instituciones de Derecho privado consideradas como esenciales en el elenco del ordenamiento civil o foral aragonés.

Manteniendo con mayor o menor fidelidad la tradición jurídica aragonesa, o adaptándola a la realidad social de cada momento, el Parlamento Autónomo de la Comunidad ha creado un cuerpo normativo civil que pretende ser autónomo y autosuficiente en las materias que específicamente regula.

En paralelo, la fiscalidad aplicable a las instituciones civiles aragonesas o a cualesquiera otras españolas territoriales está diseñada en base a las reguladas en el llamado Derecho civil común o Derecho general del Estado, conformado por el Código civil y las leyes civiles que lo complementan, en la medida en que aquél y éstas son elaboradas por el Poder Legislativo estatal, es decir, el Congreso de los Diputados y el Senado. Nuestro propio CDFA así lo reconoce cuando en su art. 1.2, refiriéndose al Código civil y otras leyes civiles generales habla de ellos como “el Derecho civil general del Estado”.

(Al respecto, una breve reflexión a modo de paréntesis. En ciertos sectores de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio -entre ellas Aragón- se mantiene el criterio, cada vez con más ahínco si cabe, de que sus respectivos ordenamientos civiles se encuentran en rango de igualdad con el Código civil español. Que éste es el Código residual para aquellos territorios españoles que no tienen un ordenamiento propio. Y que unos y otros, el Código civil español y los diferentes Códigos o Leyes civiles forales o territoriales se encuentran en

un plano de igualdad. Y ello no es cierto. De la misma manera que en España no existen tantos Estados como Comunidades Autónomas, tampoco hay ocho ordenamientos civiles -los siete territoriales y el Código civil- del mismo rango. El Poder Legislativo que aprueba el Derecho civil común o general es un Poder del Estado considerado éste en su conjunto, y son los órganos de la soberanía nacional -Congreso y Senado- los que lo determinan. En tanto que los diferentes ordenamientos civiles territoriales emanan de un Poder Legislativo constitucional sí, pero no estatal. Y así, mientras el Código civil es de aplicación a todo el territorio español, bien de forma directa, bien de forma indirecta como Derecho supletorio, las leyes civiles territoriales no abarcan más ámbito territorial que el propio de la respectiva Comunidad Autónoma. La idea que aquí ahora rebato, como digo, se va abriendo camino en ciertos sectores jurídicos y políticos de esas Comunidades, un camino de impreciso recorrido y de final en absoluto compartible.)

Pero antes de seguir tratando la cuestión central del discurso del sr. Pozuelo -las discrepancias entre las instituciones civiles aragonesas y las normas fiscales que se les aplican- quiero detenerme brevemente en la reflexión que el nuevo Académico recipiendario hace en su discurso de ingreso a propósito del art. 33 de la hoy recurrida de inconstitucionalidad “Ley de actualización de los derechos históricos de Aragón”, de 28 de junio de 2018. En ese precepto se insta al Gobierno de Aragón para que en el ejercicio de sus competencias en materia tributaria garantice y promueva la aplicación del Derecho foral aragonés, “sin que en ningún caso puedan adoptarse medidas que perjudiquen o desincentiven su aplicación”. Y, además, “la Diputación General de Aragón velará para que las normas y actos del Estado en materia tributaria y fiscal no produzcan tampoco esos efectos negativos”.

Al respecto, el sr. Pozuelo rechaza en su discurso que la guía de las relaciones entre los poderes autonómico y estatal deba reducirse a una preeminencia sin excepciones del Derecho Foral o a una desconfianza del Tributario por su carácter intrusivo en el Derecho civil.

Por mi parte, creo que es un error, en el que desde hace tiempo se viene incurriendo en Aragón, querer hacer depender la utilidad y eficacia de una institución civil de un menor o un nulo pago de impuestos en su aplicación práctica. Es verdad que los profesionales del Derecho, especialmente Notarios y Abogados, tenemos la obligación de procurar que nuestros clientes sufran la menor presión fiscal posible a la hora de aplicar una determinada institución foral. También, advertirles del costo fiscal que, en un momento determinado, puede representar esa concreta institución. Incluso, tratar de conseguir un resultado satisfactorio para el interesado, dentro del marco legal, con la aplicación de otra distinta institución de menor costo fiscal.

Sin embargo, de ningún modo podemos incurrir en la formulación de negocios artificiosos con la sola finalidad de conseguir una “ventaja fiscal”, incu-

rriendo en lo que el art. 15 de la Ley General Tributaria califica de “conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, ni mucho menos eludir la aplicación de las instituciones civiles aragonesas por el solo hecho de que vayan a estar sometidas a una determinada normativa fiscal. Flaco servicio se hace a Aragón y a ese patrimonio cultural que representa su Derecho civil si su aplicación en la práctica lo hacemos depender exclusivamente del costo fiscal.

Ese mismo espíritu latente en algunos profesionales de lo que podríamos calificar de intento de “ahorro fiscal” al cliente, es el que anima también al legislador aragonés a la hora de normar determinadas instituciones civiles.

El caso más característico se encuentra en la regulación de la fiducia sucesoria. Al legislador de 1967, al redactar y promulgar la Compilación del Derecho civil de Aragón, no le preocupaban más que los aspectos sustantivos civiles de la institución. Para nada pensaba en la normativa fiscal que hubiera de aplicarse a una figura desconocida en el ordenamiento general del Estado. Es a partir del momento en el que comienza a aplicarse a la fiducia unos criterios fiscales des-acordes con lo sustantivo de la institución, e incluso contrarios a la normativa fiscal general—como algunos entendemos—, cuando el legislador autonómico trata de modelar civilmente la figura con criterios que intenta hacer extensivos a la normativa fiscal. Y así, de forma expresa, introduce un precepto inexistente en el ordenamiento anterior, bajo el título “Delación”, y en él se hace constar que “**a todos los efectos legales**, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción”.

Con ello se quería ajustar los efectos sucesorios fiscales de la fiducia al doble criterio del Derecho general en la materia, a saber: que el momento determinante de la aplicación del impuesto de sucesiones es el de la delación (y no el de la aceptación), y que, como señala, la propia Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en su art. 24, relativo al “Devengo” del impuesto de sucesiones, “toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de...un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan”. Y, por tanto, que a todos los efectos legales, incluso los fiscales, a la herencia bajo fiducia no debe aplicársele el impuesto de sucesiones sino a partir del momento de la ejecución o extinción del encargo fiduciario.

Sin embargo, la normativa fiscal aragonesa, partiendo del criterio de que la fiducia aragonesa es una institución desconocida en el Derecho civil del Estado, a la que, por tanto, no se le puede aplicar la norma del art. 24 de la Ley ISD, y teniendo en cuenta que este mismo artículo comienza afirmando que “en las adquisiciones por causa de muerte...el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante”, es en ese momento cuando, en las herencias en fiducia, se liquida el impuesto de sucesiones; antes, como liquidación provisional, ahora como liquidación a cuenta.

Es posible que los recientes movimientos en las Cortes de Aragón concluyan con una ley que determine que es la delación, y no el fallecimiento del causante, el momento en el que puede reclamarse el impuesto de sucesiones en los casos de herencias en fiducia. Habrá que ver también qué éxito tiene esa posible nueva ley frente a un hipotético recurso de inconstitucionalidad.

Este intento del legislador aragonés de condicionar la norma fiscal a la civil sí que ha tenido éxito, sin embargo, en otras instituciones forales. Por ejemplo, en el pacto al más viviente o en el derecho de acrecer en el consorcio foral.

En la llamada por el CDFa, art. 395, “Institución recíproca”, fallecido el instituyente supérstite, los llamados a heredar los bienes del premuerto, sean los designados en la propia institución, sean los determinados legalmente a falta de previa designación, suceden al cónyuge premuerto directamente, **como sustitutos** del sobreviviente. Esta llamada a la sustitución fue introducida *ex novo* en la ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte, de 24 de febrero de 1999. Nada se decía al respecto en la Compilación del Derecho Civil de Aragón, de 1967. (Precisamente, ello dio lugar a diferentes interpretaciones en la práctica fiscal de la institución, la peor de las cuales fue entender que el sucesor en los bienes del instituyente primeramente fallecido no heredaba directamente a éste, sino al instituyente supérstite, lo que agravaba considerablemente la carga fiscal del heredero último. Situación que dio lugar a una determinada práctica notarial apelando a la sustitución fideicomisaria de residuo -la figura jurídica que se consideraba entonces la más aproximada a la esencia de la institución foral-. Una aproximación institucional que, hasta hace poco, ha tenido algunas consecuencias prácticas judiciales poco deseables.)

Con esa referencia expresa a la sucesión por sustitución se está consiguiendo en Aragón que, en aplicación del art. 26, f) del la Ley ISD, equiparando el supuesto aragonés con la sustitución vulgar del Código civil, el impuesto de sucesiones se aplique considerando que el heredero final del pacto al más viviente heredera directamente, en sus bienes, al causante primeramente fallecido, y no al sobreviviente. Una flexibilidad interpretativa, dado que los elementos de la sustitución vulgar del Código civil son muy diferentes a los de la sustitución en el pacto al más viviente.

La misma flexibilidad tiene lugar con el derecho de acrecer en el consorcio foral. De conformidad con el art. 374.3 del CDFa, “si un consorte muere sin descendencia, su parte acrece a los demás consortes, que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio”. Aquí, aunque nada se diga expresamente, se está aplicando el mismo criterio de la existencia de una sustitución vulgar, que permite no liquidar la sucesión entre consortes (parientes colaterales), sino entre ascendiente originador del consorcio con su herencia o donación y descendiente consorte supérstite.

Y si cabe, aun mayor flexibilidad tributaria se da en el caso del usufructo viudal de dinero (art. 299 CDFA) que, cuando existe -y existe en la mayor parte de las herencias de matrimonios de aragoneses, en mayor o menor cantidad-, la Administración Tributaria no gira liquidación alguna al cónyuge viudo usufructuario, desconociendo así la disposición del art. 28, f) de la ley general ISD, según la cual "siempre que el adquirente tenga facultad de disponer de los bienes, el impuesto se liquidará en pleno dominio, sin perjuicio de la devolución que, en su caso, proceda".

Todo lo hasta aquí dicho, en la línea de la exposición hecha por el Académico beneficiario, no son sino algunos ejemplos de la discordancia existente entre las instituciones civiles aragonesas y la normativa aplicable a cada una de ellas. Una discordancia que produce esa disonancia a que se refiere el propio título del discurso que acabamos de escuchar.

Y, por cierto, una disonancia que no siempre se produce en perjuicio del contribuyente: los supuestos a que acabo de referirme de asimilación a la sustitución vulgar o a la disposición del dinero por el cónyuge viudo usufructuario son unos buenos ejemplos de lo contrario.

Sin embargo, sea o no favorable la interpretación que la Administración Tributaria haga en cada caso, lo que sí está claro es que todas esas discrepancias normativas van en perjuicio de la seguridad jurídica.

Por ello, sería interesante ahondar en las posibilidades de todo orden que puedan existir en nuestro ordenamiento jurídico español para tratar de corregir esta situación y, con ello, dar estabilidad y seguridad en la aplicación de las instituciones civiles aragonesas.

Desde mi punto de vista, debería intentarse un acuerdo entre la Administración del Estado y la Autónoma, tendente a establecer unos criterios fiscales acordes con las instituciones civiles aragonesas. Para ello podría servir de base legal el art. 5.4 de la Ley General Tributaria, conforme al cual "el Estado y las Comunidades Autónomas...podrán suscribir acuerdos de colaboración para la aplicación de los tributos..." Porque, justamente, es en la aplicación del impuesto de sucesiones donde surgen esas discrepancias y disonancias de que nos ha hablado nuestro nuevo Académico, el sr. Pozuelo.

Y en esa línea de colaboración, como muy acertadamente apunta nuestro nuevo Académico, sr. Pozuelo, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación podría constituirse en un mediador muy cualificado.

Muchas gracias.

LOS CUENTOS INFANTILES Y LA HISTORIA DEL DERECHO

Discurso de ingreso leído por el

Excmo. Sr. D. José Antonio Escudero López

Académico de Número

23 de octubre de 2013

Excmo. Señor Presidente / Excmas. Señoras Académicas. Ecmos. Señores Académicos / Excelentísimas Autoridades. Señoras y Señores.

Quisiera comenzar mi intervención dando las gracias al Presidente y a los miembros de esta ilustre Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, por el honor que se me hace, como jurista y como aragonés, de acogerme hoy en ella. Contraigo así en verdad una honda deuda de gratitud, de la que son principales acreedores los señores académicos que formalizaron mi propuesta, el propio Presidente y el Secretario, Excmo. Sr. D. Eduardo Montull, alma de esta Casa, la académica y colega, Excma. Señora doña Rosa María Bandrés, que contestará a mis modestas palabras, y los académicos y amigos Manuel Pizarro y Fernando García Vicente, que actúan como padrinos en este solemne acto.

En sus orígenes, hace centenares de años, los que hoy conocemos como *cuentos infantiles* eran narraciones destinadas a un público adulto, perfilándose con el tiempo un doble fenómeno: que las tradiciones orales fueron recogiendo por escrito, y que los niños se convirtieron en destinatarios preferentes de lo que antes iba dirigido a los mayores. Desde una perspectiva jurídica, a su vez, uno de los grandes fundadores de la Escuela Histórica del Derecho, Jacobo Grimm, fue autor principal de aquellos celeberrimos *Cuentos* que habrían de quedar incorporados al acervo del espíritu popular, el *Volksgeist*, característico del patrimonio ideológico de la Escuela Histórica, en oposición al espíritu racionalista y a las corrientes codificadoras de la Europa del siglo XIX. Los *Cuentos infantiles*, en fin, formados a lo largo del tiempo, reflejan el mundo de las tradiciones jurídicas

y han sido objeto de cuidadosa atención por la historiografía germánica. Me ha parecido así de interés volver hoy sobre este tema, que me interesó hace muchos años al preparar en una Universidad alemana, la de Gotinga, la preceptiva Memoria para las oposiciones a cátedra, y ofrecer ahora nuevas reflexiones con ocasión de mi ingreso, por la benevolencia de ustedes, en esta Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Son los cuentos, decía, un depósito de tradiciones jurídicas. Como lo son también muchos dichos y expresiones de los niños. Y es que, por poner un ejemplo, cuando un niño dice a otro que pretende arrebatárle lo que antes le ha dado, ***Santa Rita Rita, lo que se da no se quita***, está expresando ni más ni menos que el principio de irrevocabilidad de las donaciones, tutelado por cualquier ordenamiento jurídico y, en concreto, por nuestro Código Civil. Es más, esa irrevocabilidad de las donaciones es más evidente en el caso de los niños, pues las dos causas excepcionales de revocación de donaciones que contempla el artículo 644 del Código Civil (que el donante tenga después hijos, o que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto) difícilmente pueden aplicarse a los niños. En consecuencia, es una gran verdad lo de ***Santa Rita Rita, lo que se da no se quita***. Pero centrémonos en los cuentos.

Como es sabido, la Escuela Histórica del Derecho tuvo dos ramas principales: la germanista, con Gustavo Hugo y Savigny, y la romanista, con Eichhorn y Jacobo Grimm. Savigny debió conocer a Jacobo Grimm cuando éste, seis años más joven, inició sus estudios en la Universidad de Marburgo, estrechando ambos sus lazos personales y científicos hasta que Grimm se convirtió en adalid del romanticismo jurídico y político de una Escuela que se enfrentaba al racionalismo de la Ilustración y a los intentos de codificar el Derecho. De esta forma, los planteamientos anticodificadores de Savigny habrán de nutrirse de esa corriente romántica y de su apelación radical al espíritu del pueblo, por lo que en una obra de madurez, el ***Sistema de Derecho romano actual***, Savigny contempla el Derecho como sujeto a un desarrollo similar al de la costumbre y la lengua. Así, si existe un ***espíritu del pueblo*** debe existir también un derecho que emana del pueblo.

Jacobo Grimm, con su hermano Guillermo, aparece como uno de los fundadores de la filología germánica y de los estudios de folklore y tradiciones populares. Los hermanos Grimm publicaron en 1812 el primer volumen de sus Cuentos infantiles y del hogar, al que siguió el segundo en 1815, acogidos y animados ambos no precisamente por los niños, sino por un auditorio de personalidades egregias en el que figuraron Savigny y Goethe. Significativamente, Jacobo Grimm declaró al publicar sus Cuentos: “El libro no está escrito para los niños, aunque si les gusta, tanto mejor; yo no hubiera puesto tanto ánimo en componerlo de no haber creído que las personas más graves y cargadas de años podían considerarlo

importante desde el punto de vista de la poesía, de la mitología y de la historia”. El mismo Jacobo Grimm publicará en 1825 otro libro fundamental, las Antigüedades jurídicas alemanas, en dos volúmenes, obra extremadamente árdua y difícil, que rastrea los testimonios consuetudinarios del antiguo Derecho alemán y europeo. Se hace posible así, a la hora de entender los cuentos, el confrontar muchos pasajes de ellos con lo que el mismo Grimm dice en sus Antigüedades jurídicas.

La gestación de los Cuentos infantiles se sitúa en la Alemania testigo de la invasión napoleónica que vuelve la vista al pasado de sus propias tradiciones. Así surge el *Guillermo Tell* de Schiller, o la obra de Herder abogando por el “espíritu creador del pueblo”, que encontró una respuesta doble: la famosa colección de canciones populares publicadas por Arnim y Brentano en 1806 y la obra de los hermanos Grimm unos años después. Ahora bien, Jacobo Grimm no inventó los cuentos infantiles ni éstos fueron inventados por nadie, aunque hay que señalar que habían sido siglo y medio antes recogidos y sistematizados en Francia por Charles Perrault. Y si Grimm se desenvolvía en un círculo de juristas, Perrault había sido jurista él mismo. De familia perteneciente a la burguesía de toga, Perrault se diplomó en Derecho y aparece inscrito en 1651 en el Colegio de Abogados de París. A fines de siglo, en 1697, publicará las Historias o cuentos del pasado, también conocidos, por la inscripción que figuró en la cubierta de la edición original, como Cuentos de mi madre la Oca, que presumiblemente serían conocidos y reelaborados por los hermanos Grimm. Es así que los relatos de Grimm pueden ser sometidos a un doble contraste: de una parte al de los cuentos paralelos en Francia de Perrault; de otra, en la vertiente más jurídica, a los testimonios recogidos por el propio Jacobo Grimm en las Antigüedades jurídicas alemanas.

Cuento, fábula y mito

Etimológicamente cuento viene de contar, en latín computare (contar en sentido numérico, calcular). Como ha señalado Anderson en su Teoría y técnica del cuento, la palabra contar, en la acepción de “calcular”, no parece ser más vieja que la de contar en la acepción de narrar. Es pues posible que del enumerar objetos se pasara al relato de sucesos reales o fingidos, existiendo alguna primitiva narración con ambas acepciones. Así en un texto del siglo XI, la Disciplina clericalis de Pedro Alfonso, hay un cuento que “cuenta”, es decir, que computa. Un rey pide que se le haga dormir. Le cuentan entonces que un aldeano pasa dos mil ovejas a través de un río con una barca en la que solo caben dos ovejas en cada viaje: así, pasa dos, y luego dos, y otras dos, etc. hasta que el rey queda dormido. En el Cantar del Mio Cid se emplea el verbo contar en el sentido de “narrar”, aunque no aparece la palabra cuento. Siglos después, en El Quijote, el episodio de “El curioso impertinente” está presentado como una novela, porque se trata de la lectura de un manuscrito hallado en una maleta,

pero en cambio se habla del cuento de la pastora Marcela, porque es un cabrero quien lo narra de viva voz.

El cuento así va a identificarse con la narración oral, aunque luego sea recogido por escrito, y presente confusas fronteras con el mito. Para algunos autores, hay mitos genéricos y amplios, y otros más concretos, próximos éstos a los cuentos, que se expresan en relatos de naturaleza simbólica y ejemplar. Según otros autores, cuentos y mitos participan de una misma fuente original. Se ha señalado también que, así como el mito es anónimo y se caracteriza por su fijeza, el cuento siempre parece compuesto o inventado por alguien, y aunque éste no sea conocido, de ordinario se presupone la existencia de un cuentista que le da fijeza y lo reelabora. En este último sentido, sabemos que buena parte de los cuentos de los hermanos Grimm –y, en concreto, algunos de los más bellos del volumen segundo– proceden del relato de cierta campesina de una aldea cerca de Kassel, Dorotea Viehman, la cual, al parecer, narraba sus historias dos veces: la primera, deprisa y en el tono normal, y la segunda, despacio, para que pudieran ser copiadas por escrito. La campesina, pues, contaba los cuentos y ya va llegando la hora de que lo hagamos nosotros.

Erase una vez...

Este mero inicio del cuento, que es el inicio de todos los cuentos, merece unas reflexiones desde las perspectivas de la Historia. Estas tres mágicas palabras –Érase una vez– se han convertido en el exordio obligado de todos los cuentos en el mundo occidental (Il était une fois, se dice en francés; Es war einmal, en alemán; Once upon a time, en inglés; c'era una volta, en italiano). Es decir, el cuento hace referencia a algo que realmente sucedió, o sucedió al menos una vez, lo que le vincula en cierto modo a la narración histórica.

Según sabemos, las definiciones sobre la Historia comprenden tanto la realidad acontecida, como la ciencia que procede a su elaboración, interpretación y enseñanza. Hablando de esta segunda acepción, Voltaire definió la Historia como “el relato de los hechos que se tienen por verdaderos, al contrario de la fábula, que es el relato de los hechos que se tienen por falsos”. Y esa definición, que a mí me parece extremadamente lúcida aunque no provenga de un historiador profesional, y que he incluido en el encabezamiento de uno de mis libros, sirve para diferenciar la historia de la fábula, y sirve también para comprender la naturaleza de los cuentos. Porque ciertamente lo que diferencia a la narración histórica de la alegórica o fabulosa, es que en la primera lo que se cuenta se cuenta como algo verdadero y realmente acontecido (aunque por error, por dar por cierto, por ejemplo, un documento falso, no haya sucedido jamás), mientras que en la fábula, lo que se cuenta se cuenta como algo imaginario (aunque por coincidencia, algo de lo “imaginario” haya realmente acontecido). ¿Y el cuento?. Pues a mi modo de ver, el cuento se sitúa en un terreno intermedio entre el relato histórico y el mítico de la fábula. Por

una parte, la audiencia oral o el lector anónimo pueden tener el cuento por imaginario, pero quien lo relata –tras ese Érase una vez– lo hace refiriéndose a algo que efectivamente sucedió, no se sabe cuándo, pero sí por lo menos una vez.

Es más, si los cuentos no suelen citar nombres de lugares determinados, hay algunos que sí lo hacen, lo que les asemeja a la narración histórica. Este es el caso, por ejemplo, del cuento “El flautista de Hamelin”, que relata la peripecia de un personaje que, tocando la flauta, se llevó tras sí la plaga de ratas que había asolado a un pequeño pueblo, conduciéndolas hasta el río donde se ahogaron, y que, al no ser retribuido por ello, según se había acordado, volvió y repitió la operación llevándose detrás a todos los niños que también desaparecieron. Y es que Hamelin no es un lugar imaginario, sino una localidad de la Baja Sajonia, Hameln, en cuya iglesia nos consta existió una vidriera hacia 1300 que simbolizaba lo sucedido.

Por otra parte, aplicándole los parámetros de la Historia, surge en el cuento un segundo elemento diferenciador: la ausencia de documentos, si bien la antigüedad del cuento se pone precisamente en relación con su primera fijación por escrito. Así por ejemplo, se tenía por la versión más antigua de la Cenicienta cierto texto medieval francés, el Pentamerone, hasta que fue descubierta la versión china correspondiente al siglo IX, habiéndose llegado a catalogar 345 variantes de ese cuento. En España, La Bella Durmiente aparece ya en un poema catalán del siglo XIV.

Pero sigamos con el cuento. Tras el Érase una vez, puestos a contar un cuento, cabe cualquier cuento, normalmente conocido, pues es connatural a los cuentos su repetición indefinida. Quedémonos así con uno de los que forman parte de la que ha sido considerada por los estudiosos la gran trilogía de los cuentos, La Bella Durmiente, Blancanieves y Caperucita Roja, tres cuentos que protagonizan tres muchachas, y cuyo tema común, según ha dicho Lenz ampulosamente en La sabiduría de los cuentos de hadas, es nada menos que “el destino y descenso de lo humano desde su patria espiritual a las regiones terrenales”. Los tres cuentos hablan, en opinión del mismo autor y desde una perspectiva filosófica, del oscurecimiento de la vida cognoscitiva: la Bella Durmiente en la torre donde está encerrada y duerme; Blancanieves en el ataúd de cristal; Caperucita Roja en el tenebroso vientre del lobo. Quedémonos en fin con Caperucita.

Caperucita Roja

“Érase una vez una niña tan dulce y cariñosa que se adueñaba de los corazones de cuantos la veían; pero quien más la quería era su abuelita, a la que todo le parecía poco cuando se trataba de obsequiarla. Un día le regaló una caperucita de terciopelo colorado, y como le sentaba tan bien y la pequeña no quería llevar otra cosa, todo el mundo dio en llamarla Caperucita roja”.

Situados en el cuento, cabe mostrar algunos ejemplos de la simbología jurídica de cuanto allí aparece. Jacobo Grimm coloca a su heroína una pequeña caperuza, pero en el tomo I de las Antigüedades jurídicas alemanas nos ilustra sobre el trasfondo del uso de la caperuza, que en las compraventas en el antiguo derecho germánico tomaba el árbitro o juez con el vendedor y que, para consumir el contrato, debía pasar al comprador. ¿Y por qué una caperuza precisamente roja? Los estudiosos de las tradiciones y el folklore aseguran que con ese color, el de la sangre, se simboliza en el cuento el tránsito de la abuela que fenece y da la caperuza, a la nieta que la recibe e irrumpe en la vida. Algún historiador del Derecho, en cambio, como Von Künssberg, que escribió sobre estas cuestiones en Heidelberg en los años veinte del siglo pasado, hace referencia a lo habitual del color rojo como premio en cintas, correas o caperuzas que recibían los niños que actuaban como testigos en los juicios. La caperuza tiene así una simbología jurídica, como la tiene en otro cuento, la Cenicienta, el pequeño zapato que debe calzarse quien desee ser la elegida del príncipe, y que solo viene bien a la muchacha más humilde que por ello se convertirá en reina. Y es que en el antiguo Derecho germánico, el novio acostumbraba a regalar a la novia unos zapatos, en señal de compromiso, en la ceremonia llamada Verlobung o esponsales.

A Caperucita le entrega su madre un pastel y una botella de vino para que los lleve a la abuela, encargándole que no se aparte del camino. Caperucita recibe la botella de vino ciertamente para llevarla a otra persona, pero hay que decir que esta entrega de la botella de vino a una niña de pocos años, criticada por los analistas rigurosos, no debía entenderse entonces como algo peligroso o temerario, pues sabemos por las indagaciones del mismo Von Künssberg que era usual premiar a los niños en el mundo jurídico de la zona de Gotinga y de la Baja Austria con tragos de vino y de cerveza.

Caperucita se pone en camino, pero lo abandona y penetra en el bosque. El camino, desde la casa familiar, simboliza la vía segura, como perteneciente a la propiedad de la familia de la niña, pero el bosque era de todos –es decir, de nadie– al formar parte de los bienes comunales o compascua. Allí, en consecuencia, está el peligro y allí está el lobo que, según nos cuenta el mismo Grimm en sus Antigüedades, simboliza en el antiguo Derecho ese papel de atracador o salteador, de manera que en el mundo germánico los ladrones y salteadores de caminos eran a veces colgados con un lobo al lado. El lobo pregunta a la niña adónde va y dónde vive su abuelita. Su casa está, responde ella, bosque adentro, junto a tres grandes robles, lo que significa que se reconoce a esa casa cierta prestancia y nobleza, pues sabemos nosotros, por las Antigüedades de Grimm, que el roble era el árbol más noble de los territorios y marcas germánicas, y que bajo su sombra solían reunirse los tribunales campesinos.

Cabría seguir así, reconociendo el significado de las cosas y pasajes del cuento, pero se hace forzoso abreviar. Como es sabido, el lobo aconseja a Caperucita

coger flores del camino, mientras él alcanza la casa y devora a la abuela para esperar luego a la niña. Cuando ésta llega, tiene lugar el célebre diálogo con las tres exclamaciones de Caperucita –¡Qué orejas más grandes tienes!; ¡Qué manos tan grandes tienes!; ¡Qué boca más terriblemente grande tienes!– que preceden a que ella sea a su vez devorada por el lobo, y que tienen también hondas resonancias jurídicas: el símbolo de las orejas, propias de los testigos en juicio (ille testis per aurem debet esse tractus, dicen los textos), las manos que expresan la auctoritas y potestas de esa abuela o persona mayor; la boca, en fin, que si era grande podía representar cuanto una persona podía aprehender con un bocado de algún bien precioso, como el oro o el dinero disputado en herencia.

Caperucita, pues, ha sido comida por el lobo, y con esto concluye el cuento en la versión de Perrault. Los hermanos Grimm, en cambio, tras desaparecer la niña, hacen intervenir a un cazador que la salva a ella y a su abuela, y posteriormente mata al lobo. Así, desde una óptica penal, los autores señalan que en el cuento de Perrault, el lobo, símbolo del mal, queda sin castigo, mientras en la versión de Grimm es condenado con la muerte, realizándose así la justicia que en la otra versión quedaría frustrada. Desde otra perspectiva complementaria, la moral, la versión de Perrault sería inaceptable y sí en cambio convincente y satisfactoria la de los Grimm.

Tengamos en cuenta, además, que en la narración han intervenido solo personajes femeninos –la madre, la niña y la abuela–, con lo que el cazador, de acuerdo con la mentalidad de la época, nada feminista en el sentido actual, es el personaje masculino que redime y salva. Es ciertamente curioso que en los cuentos, buena parte de los personajes libertadores son cazadores, lo que tiene que ver tanto con la afirmación del héroe masculino cuanto con el hecho de que la caza constituía entonces una actividad aristocrática propia de la sociedad feudal, con lo que el papel benefactor es atribuido a la clase socialmente dominante. También el príncipe que rescata a la Bella Durmiente en el cuento de Perrault, andaba de caza cuando fue advertido de que cierta princesa llevaba años dormida en un castillo.

Los cuentos, en fin, hacen referencia a muchas otras instituciones jurídicas. Tratan, por ejemplo, de herencias, si bien, hay que reconocerlo, con escasa atención a la equidad y a los principios que informan el derecho sucesorio. En El Gato con Botas se nos cuenta que un molinero, a la hora de hacer testamento no quiso llamar al abogado ni al notario, y que, teniendo tres hijos, dejó a uno el molino, a otro el burro, y al tercero el gato, reparto, por supuesto, nada equitativo y que se da por bueno pese a que el propietario del gato, como heredero forzoso que recibe menos de la legítima que le corresponde, podría haber exigido el complemento de esa legítima, según recuerda por ejemplo el artículo 815 de nuestro Código Civil. Otra típica institución jurídica de los tiempos antiguos, la compra de oficios, aparece con frecuencia en los cuentos. En Barba Azul, que es un ogro que muere, o es muerto, según se nos dice, sin tener herederos, todos sus bienes pasan a la esposa,

la cual invierte esos bienes en casar a su hermana y en volver a casarse ella misma, pero también en comprar cargos de capitán a sus dos hermanos. Pulgarcito, a su vez, según relata el cuento, al regresar a casa tras hacer fortuna, “compró cargos para su padre y sus hermanos y así fue colocándolos a todos”.

Los cuentos, en fin, representan a veces a sus personajes en situaciones de dependencia o de relación laboral. Según sabemos. Cenicienta pasaba “el día entero ocupada en diversos trabajos” como criada al servicio de la madrastra y sus hijas, y dormía luego sobre las cenizas del hogar. Cuando Blancanieves escapa de la madrastra y se refugia en el bosque en casa de los enanitos, éstos le proponen que se quede en unas condiciones que la convierten en empleada del servicio doméstico. Debe así cuidar todos los días de la casa, cocinar para los ocho (los siete enanitos y ella misma) hacer las camas, lavar y remendar la ropa de todos, y mantener la casa ordenada y limpia, sin que haya la menor previsión de descanso, días libres ni vacaciones. Es decir, una situación abusiva en la relación laboral, por la que sin duda hoy, en base al artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores y otras disposiciones, los enanitos podrían ser demandados ante la Magistratura de Trabajo o ante el juez de lo social.

Decíamos antes que las referencias a instituciones jurídicas son continuas, pero a veces poco precisas. Pero mucho menos precisas son otras referencias más propias de las ciencias exactas o experimentales. Si se me permite el “excursus” matemático, recordaré las botas mágicas que en los cuentos se calza el mismo Pulgarcito, cierto enano que aparece en La Bella Durmiente, y, sobre todo, el Gato con Botas. Según se precisa en esos cuentos, las famosas botas de siete leguas recorrían esta distancia en cada paso. Ahora bien, si tenemos en cuenta que, por lo común, se da un paso y medio por segundo, y que la legua comprendía 5 kilómetros y medio, llegamos a la conclusión de que aquellas botas permitían recorrer en un segundo diez leguas y media, o, lo que es lo mismo, casi 58 kilómetros, resultando así una velocidad superior a 200.000 kilómetros a la hora, excesiva desde luego para que el gato, según se nos dice en el cuento, acompañara a la carroza del rey charlando plácidamente con él. Pero hay que reconocer que en todo caso eran unas botas adecuadas para las grandes distancias de los reinos que aparecen en esos cuentos, como el reino de Malaquín, en la Bella Durmiente, situado a 12.000 leguas (unos 66.000 km), adonde tuvo que viajar el enano que fue allí a pedir ayuda a las hadas cuando la princesa se pinchó con el huso de hilar y cayó dormida; pues ese enano, con esas botas, haría el viaje en unos razonables veinte minutos.

Pero volvamos al Derecho. Sobre Caperucita Roja y sobre otros cuentos, cabe reseñar para concluir tres características valorables desde parámetros jurídicos. En primer lugar, la presencia de los niños que, al aparecer a veces como héroes y otras como testigos que dan fe de cuanto sucede en los cuentos, se corresponde a su frecuente condición de testigos en la vida jurídica medieval.

Respecto a esto hay que recordar que el primitivo derecho germánico hacía recaer precisamente en los niños, que en buena lógica habrían de vivir más que los adultos, el papel de testigos cualificados cara al futuro, especialmente en los casos de fijación de límites de propiedades territoriales o en la transmisión de inmuebles. Los niños así eran llevados al lugar del litigio para ser allí abofeteados o tirarles de las orejas (alapes donet et torquat auriculas, dicen los textos), a fin de que recordaran años más tarde el acto que había tenido lugar de la transmisión de un fundo o la fijación de los límites de un inmueble. O incluso se les hacía asistir a ejecuciones y ajusticiamientos, para que tomaran ejemplo y aprendieran en el futuro. Todo, en suma, confluía a realzar el protagonismo del niño en el mundo jurídico medieval, en aquella hora que, según Otto von Gierke, fue la de “la juventud del Derecho”

En segundo lugar, es de destacar la paradoja de que estos cuentos que siglo tras siglo habrán de ser leídos en familia, suelen arrancar de la descripción de familias descompuestas y rotas, donde emerge y cobra protagonismo un personaje como la madrastra. No sabemos así nada del padre de Caperucita, ausente de la familia en el cuento. En la Cenicienta, un hombre rico contrae segundas nupcias y la madrastra maltrata a la hija del primer matrimonio. La madre de Blancanieves, a su vez, muere cuando ella nace, lo que luego hará posible los celos de la madrastra por su belleza. Es más, muchos cuentos tienen como punto de partida un hecho con tanta carga jurídica como el abandono de los hijos por los padres, abandono que puede presentarse bajo una doble forma: la mitigada, en el caso de aquellos pequeños que, debido a circunstancias adversas, se ven obligados a huir de la casa paterna (como en el cuento Los dos hermanitos, en que esos niños escapan de los malos tratos), y la explícita y rotunda del abandono sin ambages, como en Hänsel y Gretel, que narra como un leñador y su mujer, al no poder alimentar a los hijos, los abandonan intencionadamente en el bosque. A este respecto conviene recordar que el Principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la ONU, habría de proteger a esos hermanos al considerar derecho del niño el disfrute de alimentación y vivienda, o que todos los códigos jurídicos de Occidente, y entre ellos el alemán y el español, castigan el abandono de los hijos por los padres, abandono que, cuando pone en riesgo la vida del menor, como es el caso que nos ocupa, se castiga más gravemente: con pena de prisión de dos a cuatro años según el artículo 229 de nuestro Código penal.

Y en tercer lugar, otra consideración. Se ha reprochado a algunos cuentos infantiles el menosprecio de los ancianos y de las personas mayores (recuérdese el trato que recibe la abuela de Caperucita), e incluso, algunos rigoristas defensores de los derechos humanos han hecho notar la falta de respeto en los cuentos a los disminuidos físicos, traídos y llevados, y convertidos en protagonistas en el caso por ejemplo de Pulgarcito, que era un niño, según dice el cuento, “no más largo

que un dedo pulgar”, o en el más frecuente de los enanos que aparecen en muchas narraciones (por ejemplo en El enano saltarín o por supuesto en Blancanieves).

Vamos a concluir. Así como los cuentos deben empezar de una forma adecuada –recordemos el Érase una vez– también han de concluir de una manera correcta. Y esa conclusión es un nuevo llamamiento al carácter histórico de aquello que fue una vez. Los cuentos concluyen así a menudo con frases como “y si no han muerto, se encontrarán todavía vivos hoy en día”, o “el que relató todo esto se encontraba presente en sus bodas”, o bien “y si podemos encontrar el camino a su castillo, les veremos ahí ahora”, frases que advierten al oyente o al lector de que, si no ha conocido a los protagonistas o asistido a las bodas, otros sí los conocieron y estuvieron en ellas, y que nosotros mismos, ustedes y yo, podríamos haber estado allí si simplemente hubiéramos conocido a tiempo el camino. El final del cuento reitera así la credibilidad del hecho histórico, que el narrador da como verdaderamente sucedido. Y el final del cuento es además, sobre todo y siempre, un final feliz, como ha sido feliz pasar este rato con ustedes. Y si el señor Presidente me permite concluir con las palabras rituales, *colorín, colorado, este cuento se ha acabado*. He dicho.

CONTESTACIÓN

a cargo de la

Excma. Sra. Doña Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzat
Académica de número

I

Constituye para mí un gran honor, sin duda innecesario, dar la bienvenida en nombre de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, al Excelentísimo Señor Don JOSÉ ANTONIO ESCUDERO LÓPEZ hasta hoy Académico de Número electo de esta Corporación.

Es tradicional en las Reales Academias que este solemne acto de recibir en su seno a un nuevo miembro, contenga dos partes diferenciadas: En primer lugar se debe hacer una exposición sobre la vida y obra del beneficiario y en segundo lugar sobre el Discurso presentado.

I.1. De las referencias personales

Permítanme pues, que en primer lugar realice una breve semblanza sobre su vida, vida tan llena de actividades que resulta imposible abarcar en tan breve espacio de tiempo.

Se trata de un profesor universitario ejemplar, de vocación europeísta, que ha dedicado su quehacer cotidiano a la docencia e investigación científico-histórica, a la formación de Profesores, a la dirección de Tesis doctorales, a la creación de Centros e Institutos Universitarios, por ello ha merecido por sus discípulos y por la comunidad científica el distintivo de “Maestro del Derecho”.

El nombre del Profesor José Antonio Escudero se asocia a la generación de los insignes juristas “Maestros del Derecho” tales como Eduardo García de Enterría, Manuel Clavero Arévalo, Angel Latorre Latorre, Luis Díez Picazo, José Cerezo Mir o Manuel Díez de Velasco.

Don José Antonio Escudero, ha recibido de la sociedad y del mundo del Derecho, el reconocimiento a su personalidad al distinguirle con numerosos premios y honores.

De ascendencia riojana, nace don José Antonio Escudero un doce de octubre de 1936, en la ciudad de Barbastro, ciudad histórica, por excelencia, en la que Pedro I en el año 1100, como rey de aragoneses, pamploneses y sobrarbenses otorga fueros a los infanzones y pobladores que le han ayudado en la conquista de la ciudad, y con tal motivo concede la infanzonía a todos sus habitantes tanto a los que la poblaban como a los que la poblarán.

Y es, en el “Reyno de Sobrarbe” poblado de infanzones que le vio nacer, donde José Antonio Escudero pasaría su infancia, siendo testigo de sus juegos la esplendida naturaleza que rodea la ciudad de Barbastro y es allí donde hizo sus primeros amigos, y allí donde cursó el bachillerato; tras licenciarse en Derecho, se doctoró en 1965 en la Universidad Complutense de Madrid, con Premio Extraordinario.

I.2. De su actividad profesional

Su formación europeísta se afianza con la estancia durante dos años, como becario en las Universidades de Bonn y Colonia, adonde regresaría en 1967.

En el Curso 1964-65 amplía estudios en la Escuela de Ciencias Económicas y Políticas de Londres, y en 1968-69 en las Universidades de Viena y Gotinga.

En dicha fecha de 1969, siendo Profesor agregado interino en la Complutense publica su tesis doctoral que dirigida por su maestro don Alfonso García Gallo, ha sido su trabajo de investigación más laureado y reconocido, publicado en 1969, con el título de Los Secretarios de Estado y de Despacho, 1474-1724. Su gran obra, se encuentra recogida en cuatro volúmenes.

En diciembre concurre a las oposiciones y obtiene la plaza en propiedad. Publicada en el BOE de 26 de enero de 1970.

En el referido año de 1970, da el salto a los EEUU, siendo Profesor invitado en las Universidades de Wisconsin, Berkeley, Stanford, Dallas, Austin y Harvard.

Con dominio del inglés, francés, italiano y alemán le resulta fácil consultar los fondos bibliográficos y documentales depositados en archivos y bibliotecas.

En 1973 obtuvo la cátedra de Historia del Derecho y se traslada a la bella ciudad de San Sebastián, donde permanecería hasta 1977, en que se trasladaría a la Universidad de Cáceres, luego Alcalá de Henares; en 1982 a la Complutense y en 2000 a la UNED, en la que hoy es Catedrático Emérito.

En 1976 José Antonio contrae matrimonio con Rosa María García-Calderón, unión que culminaría con el nacimiento de tres hijos, Rocío, Beatriz y José Antonio.

Sus dotes personales le llevan a ser elegido Decano de la Facultad de Derecho de San Sebastián, a ser el Secretario General y Vicerrector de la Universidad Internacional “Menéndez Pelayo” de Santander; En los Cursos de verano de 1972 nos conocimos, yo como Profesora ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, bajo el magisterio del Dr. Lalín de Abadía. Allí coincidimos con su gran amigo de juegos infantiles, el barbastrense Ramón Martí Ibarz, de feliz memoria, con Concepción García de Paso y Remón, con Ramón Salanova Alcalde o con Enrique Lozano Corbí.

La inquietud docente y universitaria de José Antonio Escudero le lleva a ser el fundador y primer Director de los Cursos de Verano de El Escorial en 1988 y de Almería en 1990, de las que sería su Director hasta 1993. Es además:

Fundador y Director en la Universidad Complutense de Madrid del Instituto Internacional de Historia de la Inquisición (1984-2002).

Fundador y Director del Instituto de Historia de la Intolerancia, adscrito a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Profesor Honorario de la Universidad Nacional de San Marcos (Perú).

Miembro del “Bureau de la Asociación Internacional de Historia del Derecho”.

Miembro del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

Catedrático extraordinario de la Universidad de Lisboa.

Miembro de Honor de la Sociedad Argentina de Historia y Heráldica.

Miembro honorario de la Asociación de Licenciados y Doctores en EEUU.

Director del Anuario de Historia del Derecho Español (1998-2008). Revista de los Historiadores del Derecho, fundada por Eduardo de Hinojosa en 1924.

Director del Colegio Universitario “Domingo Soto” de Segovia, durante veintitrés años. (1982-2007).

Profesor de Doctorado y Presidente del Tribunal Nacional de Reválida de la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Deusto.

I.3. De su actividad política

Sus inquietudes sociales le llevaron a la política, y de la mano de Unión de Centro Democrático (UCD) fue designado Senador por su provincia natal de Huesca en la primera legislatura democrática, de junio de 1977.

Fue Presidente en ella, de la Comisión de Educación y Cultura del Senado y miembro de la Comisión Constitucional, redactora de la Constitución de 1978. Haciéndose acreedor a la Medalla al Mérito Constitucional. Miembro del Comité Ejecutivo Nacional de UCD y Secretario Nacional de Educación y Cultura. Co-fundador y miembro del primer Comité Ejecutivo Nacional del CDS. Fue Director General de Emigración y Presidente del Consejo de Administración de RTVE.

En 1987 fue elegido Eurodiputado, en la candidatura del Centro Democrático y Social (CDS), en las dos primeras legislaturas, y en 1994 en la del Partido Popular. Hasta 1999 vivió entre Bruselas y Estrasburgo. Durante sus doce años en el Parlamento Europeo desarrolló su actividad en la Comisión de Educación y Cultura, y también en las Delegaciones para Estados Unidos, Iberoamérica y en la Asamblea ACP (Países de Africa, Caribe y Pacífico).

Recibiendo por su dedicación la medalla de Honor del Parlamento.

I.4. De los reconocimientos

De entre los reconocimientos que ha recibido el Dr. Escudero cabe añadir a los ya citados:

El Premio “Román Rianza” de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

El Premio “Eduardo de Hinojosa” de la Ilustre Sociedad Andaluza de Estudios Histórico-Jurídicos.

El Premio “Menéndez Pelayo” de investigación histórica del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (1965).

Ha recibido por tres veces el Premio Nacional de Historia: en 1969 por su obra Los Secretarios de Estado y del Despacho, (4 vols.); en 1979 por Los orígenes del Consejo de Ministros en España (2 vols.), y en 2009 por la obra colectiva, por él dirigida, El Rey. Historia de la Monarquía (3 vols.).

Es Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación desde 1986, cuyo Discurso de recepción tituló *La abolición de la inquisición en España*. Contestando al mismo don Alfonso García Gallo. En la actualidad ocupa la Vicepresidencia de la Real.

Ha sido Académico Correspondiente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación desde su reinstauración y puesta en funcionamiento. Acudiendo al primer Pleno, que integrado por diecinueve personalidades, tuvo lugar el 29 de noviembre de 1996, y allí, ha participado en sus *sesiones de estudio y debate*, y demás actividades que le son propias, dejando su impronta y su saber científico. El 16 de mayo de 2012 solicitó y fue aprobado, por unanimidad, su pase a Académico de Número.

Es Académico de Número de la Real Academia de la Historia en 2002. El título de su Discurso fue: *Felipe II: el Rey en el despacho*, el cual fue Contestado por Miguel Artola Gallego.

Es Vicepresidente de la *Académie Belgo-Espagnole d'Histoire*.

Es Miembro Correspondiente de la Academia de la Historia de Portugal.

Es Miembro del Colegio Libre de Eméritos. Medalla de Honor de la Universidad Complutense. Medalla de Oro de la Universidad de Córdoba (República Argentina).

Es Vocal del Consejo Consultivo de la Agencia Española de Protección de Datos.

Es Doctor Honoris Causa por las Universidades de Elche (2004), Mesina (2005) y San Pablo-CEU (2011).

I.5. De su obra científica.

Es autor de numerosas publicaciones sobre la Historia del Derecho, del Estado y de la Inquisición, destaca su especial dedicación a la investigación político-administrativa. Su saber ha cristalizado en Libros, Manuales, Monografías, Artículos de los que se han hecho varias ediciones.

Además de las obras antes citadas, hay que mencionar otros libros, tales como: Historia del Derecho. Historiografía y problemas (2ª ed. 1988); La Real Junta Consultiva de Gobierno (2ª ed., 1997); Los cambios ministeriales a fines del antiguo Régimen (2ª ed., 1997); Administración y Estado en la España moderna (1999); Estudios sobre la Inquisición (2005), Los hombres de la Monarquía Universal, Madrid, 2011, etc. Ha coordinado además otras importantes obras colectivas como Intolerancia e Inquisición, 3 vols.(Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, Madrid, 2005); Génesis territorial de España (ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007); Cortes y Constitución de Cádiz / 200 años, 3 vols., Espasa, Madrid 2011, etc.

De la expansión de su rigor investigador, constituye un exponente de primer orden su Manual de Historia del Derecho, al que denomina Curso de Historia del Derecho.- Fuentes e Instituciones Político-Administrativas, el cual conoce la primera edición en 1985 y la 4ª en 2013. Su dedicatoria reza “*A don Alfonso García-Gallo, maestro de historiadores del Derecho, en testimonio de admiración y respeto*” En su Prólogo, nos introduce someramente, en una inquietud que ha venido configurando su experiencia académica, al indicar textualmente, que al dedicar *dos décadas largas de enseñar a otros Historia del Derecho, me han enseñado a mí que cualquiera de sus parcelas científicas, por severa y adusta que pueda parecer, resulta de hecho atractiva –y quién sabe si fascinante– si se*

la presenta con el ropaje problemático de la discusión científica que la envuelve. Y añade, “alguna vez he dicho, y ahora bordeo la inverecundia al escribirlo, que había que rescatar el sex-appeal de la historia jurídica, consistente ni más ni menos que en sus interrogantes, controversias y dudas; es decir, en sus problemas”.

Prueba de su ciencia y de la alta consideración que despierta y ha despertado en historiadores, historiadores del Derecho y juristas, lo testimonia el Libro-Homenaje que se le ha dedicado con motivo de su jubilación académica, donde han dejado su ciencia y buen hacer más de doscientos intelectuales, recogida en cuatro tomos. Nunca se ha visto algo parecido la invitación a participar en el Libro-Homenaje realizada por Carmen Iglesias y Feliciano Barrios, rompió todas las expectativas. La colaboración y participación de juristas docentes y académicos ha sido masiva, “*a todos nos une el cariño, hacia quien es, sin duda, un ejemplo de generosidad para los que hemos tenido la fortuna de gozar de su cercanía*” dice el Dr. Feliciano Barrios en la “*Presentación*” de la obra. Palabras que suscribimos todos aquellos que hemos participado en el referido Libro-Homenaje, los académicos aragoneses, José Luis Merino Hernández, Eduardo Montull Lavilla, Juan José Sanz Jarque, José Bermejo Vera y yo misma, y donde son dignas de destacar las “*Semblanzas*” en especial la realizada por la pluma del Dr. José María Vallejo García-Hevia. (UCM. Editorial Complutense-Primera edición, Cuatro volúmenes. Marzo, 2012.)

Tan altos valores, la capacidad investigadora y docente y como hemos visto mucho más allá de las aulas universitarias, nació y tuvo su mejor semilla en la ciudad de Barbastro, mecido por los suaves vientos del Pirineo y las claras aguas del río Vero.

II

De la Historia del Derecho en los Cuentos infantiles

La segunda parte de mi Contestación debe referirse, según el protocolo académico, a un comentario acerca del contenido del Discurso de Ingreso de nuestro recipiendario, Discurso que en la historia interna de las Reales Academias suele versar sobre aspectos de la respectiva rama cultural. Como era de prever, su Discurso es una obra maestra.

El título elegido ha sido: “La Historia del Derecho en los Cuentos infantiles”. Su contenido nos ha introducido en el mundo de fantasía que disfrutamos en nuestra infancia, con el análisis, entre otros, de los cuentos de la Cenicienta, Blancanieves, Caperucita Roja, la Bella Durmiente o el Gato con Botas.

La Historia del Derecho está integrada por instituciones y fuentes. Estas últimas que se utilizan para su estudio son muy heterogéneas. Hoy, junto a fuentes directas del ordenamiento jurídico español la ley, la costumbre y los principios

generales del Derecho, tenemos las indirectas, entre ellas, los documentos de aplicación del Derecho, la literatura jurídica o aquellas fuentes que pueden calificarse de puramente históricas: *ad exemplum* las historias, las crónicas, los textos literarios o las que recogen lo que ha venido en llamarse el “espíritu popular”. Así el profesor Hans Fehr, Joaquín Costa o Eduardo de Hinojosa han estudiado las instituciones jurídicas en la poesía popular o en el poema del Mío Cid, temas a los que no fueron ajenos Francisco de Quevedo o Baltasar Gracián. (José Antonio Escudero. Curso de Historia del Derecho, Madrid, 1985. p.26).

Porque todo tipo de sociedad desde la más primitiva a la de nuestros días aparece regida y ordenada por determinadas normas, de ahí la máxima *Ubi societas ibi ius*, “donde está la sociedad está el Derecho”.

El Derecho por su parte suele acomodarse a aquellos principios de carácter moral que con más o menos elasticidad imperan en la sociedad, el deslinde de derecho-usos sociales, nos indica nuestro recipiendario, no ha sido nunca claro, porque junto al Derecho escrito existe un Derecho consuetudinario confundible con determinados usos y porque el Derecho escrito ha incidido en los usos. (J.A. Escudero. Curso de Historia del Derecho. Ob cit. P. 21).

El pasado 21 de febrero nuestro querido Secretario General don Eduardo Montull Lavilla, en su Discurso de ingreso en la Real Academia de Medicina de Zaragoza como Académico de Número, nos decía, precisamente sobre el tema que nos ocupa, respecto de las Ciencias Sociales u Humanísticas, que “ algunas de ellas continúan sirviéndose de los mas remotos saberes de los pueblos clásicos” .. y que constituyen “verdaderos productos culturales objetivados de permanente vigencia”.

Don José Antonio nos ha evocado, en su Discurso, un mundo juvenil, un conjunto de escenas llenas de belleza, del deseo de libertad de sus protagonistas, donde la obediencia o desobediencia a los mayores lleva consigo aparejado el premio o el castigo, donde cobra importancia el principio evangélico de visitar al enfermo y socorrerle en sus necesidades. Donde la vida se desenvuelve, las mas de las veces, en contacto con la naturaleza, y el hombre sea cazador o príncipe está presente, ya como protector ya como salvador. Donde el mal está representado por las madrastras o por el animal más temible del bosque; el elemento mágico por un hada, un espejito o un lobo que habla y el elemento de la cultura tradicional cristiana por una hermosa manzana.

De tal forma, que nos ha introducido, nuestro recipiendario, en unos Cuentos que nos han transportado a un pasado, pasado que ha gravitado con carácter permanente, sobre la vida de nuestros antepasados, donde numerosas generaciones han recitado y narrado una y otra vez de padres a hijos, de abuelos a nietos o por juglares, en épocas en las que se leía poco pero se escuchaba mucho y lo que no

deja de ser importante, este fenómeno sociológico no ha conocido fronteras y pertenece a la cultura universal, al igual que el canto gregoriano, las pinturas al fresco de iglesias románicas o las vidrieras del arte gótico.

Una característica de los Cuentos, es que se cuentan de viva voz, acompañados de gestos, ademanes, entonación, de un lenguaje oral y corporal propio, lo que contribuye a su plasticidad y al deseo de ser repetido una y otra vez. De ahí las múltiples variaciones que los mismos presentan, que como nos dice Don José Antonio Escudero, se llegaron a contabilizar en el caso de la Cenicienta 235. Son, en consecuencia, los Cuentos una realización visual de la palabra. Un aspecto común a los Cuentos estudiados por nuestro recipiendario es la ausencia de nombres propios para designar a los personajes.

Todo es anónimo, desde el autor de los Cuentos hasta el nombre de los personajes. Se trata de la abuela, la madre, las madrastras, el príncipe, el cazador. Tampoco los lugares donde se desarrolla la acción son concretos: Se cita el palacio de la reina o del príncipe, la casa del bosque...

Ello contribuye sin duda, a facilitar su divulgación oral.

Si me permiten un apunte personal les diré que de pequeña, venía por las tardes, a visitarnos, un tío abuelo, que no tenía hijos, nos reunía a los cinco hermanos y sentados a su alrededor, bajo un abeto y la mirada complaciente de nuestros padres, nos contaba el Cuento de un inteligente cerdito que hablaba. Pues bien, nos lo repetía cada vez que nos visitaba, pero no le aceptábamos que cambiara ni una coma. La plasticidad de tío Nemesio Quintilla Aramendía era tal, que todavía hoy nos acordamos de él.

El centro de difusión del Cuento, lo centra don José Antonio Escudero en Alemania, cuando los Hermanos Jacobo y Guillermo Grimm publican a principios del siglo XIX, *Cuentos infantiles y del hogar*, y las *Antigüedades jurídicas alemanas*. Ello surge como consecuencia y reacción al triunfo sobre Napoleón en 1814 y el subsiguiente movimiento codificador.

La importancia de estas obras y la oportunidad de don José Antonio de presentárnoslas, se constata en el hecho de que Alemania celebra este año el 200 aniversario de la publicación de los Cuentos de los hermanos Grimm, para ello ha ideado una ruta de cuento de hadas que lleva desde su casa natal de Steinau; hasta la medieval Marburgo, donde estudiaron; o a las ciudades de Hamelin y Bremen donde ambientaron algunos de sus cuentos. Enriquecido por un viaje por el noroeste de Alemania, con el flautista de Hamelin como guía y Caperucita Roja y los hermanos Hansel y Gretel como acompañantes. (2 de marzo de 2013. Mujerhoy.com).

En estas obras los hermanos Grimm recogen numerosas tradiciones populares que no son otras, sino las procedentes del Derecho germánico.

Las instituciones de Derecho germánico que brotan de los cuentos, se encuentran también en el Derecho aragonés, y entre sus múltiples manifestaciones cabe destacar y constatar en los cuentos y en la realidad, que el bosque o el castillo es el marco de libertad, en el que se desarrolla la acción de los protagonistas.

La familia, se encuentra integrada hasta por tres generaciones, alcanzando un alto grado de responsabilidad y protección hacia los menores de edad, manifestado en el consejo de “no hablar con nadie”, “no detenerse o apartarse del camino” o en el mandato u orden de desempeñar una concreta función. A los malos tratos recibidos, se responde con la huida del hogar. Se observa, así mismo, un cierto grado de protección, cuidado y atención hacia los mayores. Hay estima hacia la mujer representada por una niña o unas adolescentes, frente al repudio o maldad que genera la actuación de las madrastras sea reina o campesina, pues madrastra es tanto la de Blancanieves cuanto la de la Cenicienta, lo que veladamente viene a significar que, la sociedad que divulga los cuentos, rechaza las segundas nupcias. La protección del domicilio se manifiesta en el hecho de abrir, la abuelita, voluntariamente, la puerta de su casa, pese a encontrarse enferma.

La caza, en la Edad Media y en el Renacimiento, era junto a la guerra la actividad principal de la sociedad, como dice el Dr. Escudero, reservada a la clase social dominante; en las narraciones el varón se presenta como el héroe protector; el espíritu de la compasión y de la justicia hacen del cazador el ideal caballeresco de la vida bella por excelencia, representado en los cuentos por el Príncipe y el cazador propiamente dicho. Los tres grandes robles que señalan la situación de la casa de la abuelita, vienen también a significar un lugar concreto del bosque, lo que sin duda nos hace evocar a aquellos árboles debajo de los cuales se juzgaba, actividad que se constata tanto en el pueblo germánico cuanto en el Derecho consuetudinario o en los Fueros Medievales aragoneses o pamploneses, como por ejemplo cuando tiene lugar la creación del Concejo de Ciento jaqués en 1238, “bajo el olmo mayor” y con antecedente en el Antiguo Testamento, donde se juzgaba bajo una palmera. (Jueces 4, 4-6).

También se relata en los cuentos la belleza de la vida cortesana, el boato y las fiestas de la corte son descritas en el cuento de la Cenicienta, donde ésta merece la atención de la persona más significativa del baile: el joven Príncipe en busca de esposa.

Ofrecen los cuentos una intención moralizadora, lo que les hace enlazar con las parábolas, las fábulas, las ordalías, las fazañas o ciertos aforismos jurídicos, caracterizados por la claridad del lenguaje, la fácil comprensión y el deseo de su permanencia en el recuerdo de las gentes.

Y ya finalizo, señalando que con estas ideas de ejemplaridad y a su vez de intimidación evocadas en los cuentos, se introduce a los jóvenes oyentes, en el

mundo del Derecho de una forma sutil, que como dice el historiador del Derecho aragonés Salvador Minguijón, ambas, ejemplaridad e intimidación “son el fin y el fundamento de la Ley penal”. (Historia del Derecho español. 2ª edic. Barcelona, 1927. p.70), como sutil es, así mismo, la evocación de las numerosas instituciones del Derecho civil relativas al Derecho de familia mencionadas.

Si toda época suspira por un mundo mejor, las jóvenes protagonistas de los cuentos, llevan latente la alegría de la vida, sea Caperucita Roja recogiendo flores en el bosque, desoyendo el consejo de su madre, sea Blancanieves limpiando en libertad la casita de los siete enanitos o sea la Cenicienta probándose su zapatito de cristal.

La Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación se siente muy honrada con la recepción como Académico de Número, del gran historiador del Derecho, catedrático, senador, eurodiputado y varias veces académico Excmo. Sr. don José Antonio Escudero López.

Muchas gracias.

INDEPENDENCIA JUDICIAL Y DEMOCRACIA

Discurso de ingreso leído por el

Excmo Sr. D. Julio Arenere Bayo

Académico de Número

28 de febrero de 2013

Excelentísimo Señor Presidente

Excelentísimos Académicos

Autoridades

Queridos compañeros y amigos

Señoras y señores

En primer lugar quiero expresar mi agradecimiento a los miembros de esta prestigiosa Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, que vieron en mi persona dotes adecuadas como para poder pasar a integrarme en ella como miembro y me propusieron como tal. Mi agradecimiento también a la totalidad de académicos que en la sesión en que se deliberó sobre tal propuesta votaron unánimemente mi candidatura y acordaron nombrarme académico de número. Gracias a los que en el día de hoy, honrándome con su amistad han actuado como padrinos.

Agradecimiento a los profesores de la Facultad de Derecho, algunos de ellos aquí presentes, y otros ausentes por haber cumplido su ciclo vital, que, aunque en dispar medida, contribuyeron a mi formación como jurista. Formación que se vio completada por los estudios de oposición, y que se vio incrementada por las deliberaciones con los compañeros, unas veces según lo previsto por las leyes procesales, y otras de manera mas informal por medio de meras conversaciones sobre materias jurídicas, que como tal son susceptibles de opiniones diferentes, pues no debe olvidarse que si el Derecho fuera una ciencia exacta, no haría falta el conocimiento humano para poder interpretarlo, bastaría cualquier medio tecnológico actual para saber cómo interpretar una norma.

Gracias a mis padres que me hicieron ver la luz, me educaron y me enseñaron a trabajar, a mi esposa e hijos, que con su compañía me han proporcionado la serenidad de ánimo que es necesaria para una recta aplicación del Derecho.

Constituye para mí un honor acceder a esta prestigiosa Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación; en su momento se me ofreció dar nombre al sillón que ocupo, y después de meditar sobre quién podría elegir para tal fin, estando en el año del bicentenario de la Constitución de 1812, me incliné, por la persona que presidió las Cortes de Cádiz, cuando se aprobó la misma. D. Vicente Pascual Esteban, nacido en Rubielos de Mora (Teruel) el 22 de enero de 1768. Con 14 años de edad se trasladó a Zaragoza, en cuya universidad permaneció trece años, nueve en calidad de alumno y cuatro como docente. Obtuvo títulos de bachillerato en leyes, y doctor en Derecho Canónico, cursando también estudios teológicos. Nombrado sacerdote fue canónigo de la Colegiata de Mora de Rubielos. En 1810 fue electo diputado a Cortes por la provincia de Teruel. Su participación en el hemiciclo gaditano fue intensa, apoyando a los delegados de la Junta de Aragón que se habían desplazado para solicitar la ayuda de la Regencia en su lucha contra los ejércitos napoleónicos que tenían invadido el territorio del antiguo reino aragonés.

Su participación en las Cortes puede verse en su pertenencia a diversas comisiones. Nombrado Secretario de las Cortes de Cádiz en 1811, fue electo Presidente de las mismas el 24 de febrero de 1812. Bajo su mandato como presidente se promulgará el primer texto constitucional español, la Constitución de Cádiz. Amante de su tierra, en la sesión del 16 de septiembre de 1812, defendió en el hemiciclo gaditano las leyes forales aragonesas. Sabemos que un año después, el 25 de septiembre de 1813, juró como diputado en las Cortes Ordinarias, cargo que ejerció hasta el 13 de febrero de 1814 en que solicitó ser exonerado de su escaño. Tras regresar a Teruel en mayo de 1814, fallecerá el 24 de marzo de 1815 en esa misma ciudad.

INTRODUCCIÓN

Antes de pronunciarme sobre el tema a tratar en este discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, sopesé varios, y al final me decidí por la Independencia Judicial y la Democracia, dado que la función y cometido de los jueces está diariamente en los medios de comunicación y es un tema candente en la opinión pública; e igualmente la actividad de quienes nos gobiernan, electos democráticamente también reúne tales consideraciones.

¿QUÉ FUE PRIMERO EN EL TIEMPO LA DEMOCRACIA O LA INDEPENDENCIA JUDICIAL?

El tratamiento de esta cuestión nos exige una breve reseña histórica de la democracia, en el seno de la cual se desenvuelve la independencia judicial

En general se establece que la democracia en Grecia, concretamente en Atenas, es el primer ejemplo de sistema democrático, sin embargo hay muchos historiadores que afirman que esto no es del todo cierto y entienden que tanto en las organizaciones tribales como en antiguas civilizaciones en todo el mundo se pueden encontrar ejemplos de sistemas políticos democráticos. Por lo que no es de extrañar que antes de Grecia en el mundo pudieran hallarse diferentes experiencias de lo que hoy entendemos como democracia.

La palabra democracia, como es sabido, viene del griego “demos-kratos” que significa gobierno del pueblo; tuvo su antecedente en la “Timocracia”, establecida en Atenas por la Constitución de Solón en el año 594 antes de Cristo; en sus inicios consistía en una asamblea de ciudadanos libres de la que se excluían a las mujeres, a los esclavos y los extranjeros. Y se consagra tal sistema en Atenas, en el siglo V antes de Cristo, también conocido como siglo de Pericles.

Aristóteles en el libro VI de la Política, enumera una serie de rasgos democráticos:

Elección de las magistraturas entre y por todos los ciudadanos.

Atribución de los cargos por sorteo (excepto los que requieren experiencia).

Soberanía de la asamblea.

Salarios para ir a los jurados y al consejo de la Bule.

En las asambleas atenienses había igualdad de palabra y voto, sin importar la riqueza del ciudadano, llegándose incluso a establecer sueldos para que los ciudadanos pobres que ocuparan cargos que eran sólo de representatividad y duraba un año, (puesto que las decisiones políticas importantes se tomaban todas en la asamblea) pudieran subsistir durante su mandato. Las clases altas, que solían ocupar cargos fiscales y militares, no distribuían privilegios y debían obediencia a las decisiones de la asamblea.

Los tribunales de justicia, eran constituidos por varios cientos de ciudadanos que se elegían por sorteo entre los que se ofrecían voluntariamente.

Cada año se elegía el consejo, que tenía el nombre de “Bule” por el llamado sistema de habas, es decir a suertes. En una caja se disponían habas negras y blancas, y las personas que deseaban ocupar el cargo lo hacían en función del color del haba que sacaban. Es decir, si sacaban un haba blanca lo ocupaban, y si era negra, no. Así se garantizaba el acceso a todos los ciudadanos al poder y se evitaban tráficos de influencias.

El Consejo estaba constituido por quinientos miembros, cincuenta por cada una de las diez tribus ciudadanas. Cuidaban de la aplicación de las leyes, vigilaban a los Magistrados, es decir los cargos electos de mayor poder, se ocupaban de que la administración cotidiana funcionara correctamente y también de los asuntos exteriores.

La dirección dentro del Consejo de los quinientos, era ejercida de modo rotatorio por las “Pritanías”, que eran grupos de cincuenta consejeros que cambiaban cada 39 días, manteniendo su cargo en funciones día y noche. Era el Consejo también el que preparaba los temas y leyes que después se debatirían en la Asamblea.

Los cargos de más poder, es decir, los de Estrategos (militares, marinos y diplomáticos) o los de Magistrados de Finanzas eran elegidos por votación directa en la Asamblea. Aunque tampoco estos cargos duraban más de un año, con la excepción de Pericles, que fue elegido durante 16 años consecutivos y acabó dando nombre al siglo.

La Asamblea se convocaba cada nueve días y podía llegar a emplazar 20.000 participantes. A veces duraba todo el día. Allí se decidían las leyes y decretos, y se solventaban los asuntos colectivos que el Consejo había propuesto.

La democracia ateniense destacó por su cometido social, desde ella se procuró buscar trabajo a los más pobres, otorgar tierras a campesinos, conseguir asistencia pública a huérfanos, inválidos o indigentes. Para financiar estas políticas los atenienses tendrán que crear un imperio y dominar al resto de las polis griegas, lo cual dará lugar a las guerras del Peloponeso.

A pesar de que sólo el diez por ciento de las personas que habitaban Atenas podían considerarse ciudadanos y disfrutar de estos derechos, la democracia ateniense no deja de ser el modelo que ha gestado los posteriores sistemas democráticos, afirma Pedro Morera en su Historia de la democracia, y también un ejemplo de participación política real por parte del pueblo.

Las Guerras del Peloponeso y la derrota de Atenas terminaron con la democracia griega. Esto fue en el 322 a. C., es decir, duró casi doscientos años y

no continuó a causa de su derrota militar, ya que Atenas mantuvo el poder a la Asamblea, y ésta llegó a intervenir públicamente en las estrategias militares, que no pudieron competir con las élites especializadas de Esparta lo que supuso un desprestigio de la forma de gobierno democrático. Tras la derrota en las guerras del Peloponeso en Atenas toma el poder la oligarquía. Posteriormente se restaura la democracia, aunque no logra afianzarse totalmente por la crisis causada por la pérdida del imperio ateniense, lo cual no permite financiar las políticas sociales propias de la democracia ateniense. En este contexto las polis entraron en crisis, perdiendo su autonomía frente al poder macedonio procedente del norte. De tal modo que la reinstauración de la democracia se ve impedida por la llegada del padre de Alejandro Magno (Filipo de Macedonia), y posteriormente por la llegada de Roma.

Mientras Atenas perdía la posibilidad de convertirse en imperio por sus raíces democráticas, Roma seguía una evolución muy distinta.

La república romana nació en las mismas fechas que la democracia ateniense, pero ya desde el principio fue un régimen mixto, es decir, si bien se daba voz y poder al pueblo, éste siempre era compartido por la clase aristocrática, que configuraba el senado.

En la República primitiva (en torno al 500 a.C.) los patricios dominan por ser los supuestos descendientes de los fundadores de Roma. Frente a esta situación los plebeyos se rebelarán realizando una huelga ciudadana y llegando casi a la secesión. Así lograrán poner por escrito las leyes (ley de las 12 tablas), permitir los matrimonios mixtos entre patricios y plebeyos y la creación del Tribuno de la Plebe, que representaba el pueblo en el régimen romano, discutía las propuestas que hacía la aristocracia, y, a lo sumo, tenía capacidad de vetarlas, pero no era la asamblea quien proponía las leyes.

Poco a poco, la república romana, que nunca fue democrática, sino una plutocracia, que estaba controlada por las familias patricias, pasa a convertirse en imperio con la finalidad de salvar la estructura republicana del control de la nobleza, del control de los militares, y de las guerras civiles y desordenes que no paran de acontecer en la lucha por el poder. Y en efecto lo hace, aunque superpone el poder de los Cesares a las instituciones; estas son respetadas, aunque su poder real es recortado por el control efectivo del Cesar quien reúne la tribunica potestas de legislar y vetar, y el imperium, que conlleva el poder ejecutivo y el control del ejército.

Los intentos de democracia europea que surgieron más tarde, son herederas directas del sistema romano, no del sistema griego. Podríamos decir que mientras Atenas perdió un imperio por preservar su fidelidad a la democracia, Roma sacrificó la república para asegurar el imperio.

La confederación Iroquesa

En el siglo XII, mientras Europa estaba sumida en el feudalismo, los indígenas de América del Norte, redactaban una Constitución de 117 artículos a la que llamaron la “Gran Ley de la Paz”, y establecían un Parlamento constituido por representantes de la población.

Esto ocurría concretamente en los territorios que se hallan ahora en la frontera entre Estados Unidos y Canadá, cuando seis tribus o naciones sellaron una alianza de paz y decidieron regirse por las mismas leyes.

Estas tribus estaban constituidas por clanes que podían gobernar indistintamente hombres o mujeres, aunque los cargos militares eran siempre ocupados por hombres. Cuando una mujer era la jefa de clan, ésta designaba el jefe militar correspondiente. Los clanes tomaban las decisiones por asamblea, y elegían sus representantes para el parlamento o consejo. En las asambleas de los clanes las decisiones se solían tomar por consenso, sólo se recurría a las votaciones en caso de que fuera estrictamente necesario.

Benjamín Franklin, que participó en la redacción de la Declaración de Independencia de Estados Unidos, en la de la Constitución y formó parte activa en la lucha por la evolución de la esclavitud, escribió sobre la Confederación de Iroquesa, y le atribuyó específica influencia en la elaboración de la propia Constitución estadounidense. El símbolo americano del águila y el fajo de flechas es tomado de estas tribus.

La Edad Media y las Cartas Comunes

Con la caída del Imperio Romano en el siglo V después de Cristo, Europa entra en el periodo que conocemos como Edad Media, donde el sistema político que impera es el feudalismo. La historia de la Edad Media es larga y compleja y cabe destacar las organizaciones comunales y democráticas del norte de Europa de las que hay muy pocas noticias, aparte del Parlamento Islandés del siglo X.

En lo que respecta a España, sabemos que los señores feudales, más por desinterés que por otra cosa, cedieron, mediante las llamadas Cartas Comunes, el uso de tierras a los campesinos que las habitaban, y que ellos debían organizarse para su explotación así como para cubrir sus necesidades básicas. De estas organizaciones comunales de la Edad Media surgieron los gremios y las rutas de comercio que más adelante gestarían la revolución burguesa que daría paso a los estados parlamentarios que hoy conocemos.

En el siglo XV, con el imperio de Carlos V, nace la idea de estado tal y como ahora la conocemos y en sus estructuras irrumpe la Revolución Francesa que, de algún modo configura las bases de nuestra realidad social. Todas las sociedades

se han organizado de un modo u otro, y podemos ver estas organizaciones como Estados. En la Edad Moderna es cuando el concepto de Estado incorpora la soberanía en manos de un monarca, quien cada vez concentra más poder en sus manos y va camino de ser un monarca absoluto. Con las Revoluciones Americana y Francesa (e incluso con la Revolución Gloriosa de 1688, inglesa), el Estado adquiere las características propias actuales, configurándose la idea de Estado-Nación, y trasladando la soberanía del monarca a la Nación.

La revolución francesa

Después de la Edad Media, con la irrupción del concepto de Estado, que ya fue tratado por Platón, si bien quien introduce el termino será Maquiavelo, el intento democratizador fue ganando espacio trabajosamente a partir del siglo XVII en adelante, cuando en Europa se empiezan a superar las monarquías absolutistas.

Anterior a la Revolución Francesa, en 1215, en Inglaterra se otorga la Carta Magna, por Juan I “Sin Tierra” (hermano de Ricardo Corazón de León) por la presión de los barones ingleses. En ella se limita el poder del monarca ingles frente al parlamento; en 1688, la llamada por lo ingleses “Gloriosa Revolución” sustituyó la monarquía absoluta de la Gran Bretaña, por la monarquía parlamentaria o mixta, reflejo fiel de la república romana, con sus tres elementos típicos: el rey o reina, el poder aristocrático, que en Inglaterra se llamará la “Cámara de los Lores” y la “Cámara de los Comunes” o representantes del pueblo. Sistema, todavía en vigor, y con poca evolución social. Vemos pues, que los albores del parlamentarismo moderno tomaron como modelo la república romana.

Pero ya en el año 1.761, el ginebrino Jean-Jacques Rousseau en su “Contrato Social”, volvió a proponer la democracia de tipo ateniense como proyecto político irrenunciable y ello tendría influencia directa en la revolución francesa.

La vieja discordia entre griegos y romanos volvía a hacerse patente en esta revolución, que tomó parte por los griegos.

Fueron el crecimiento de la burguesía, es decir, los ciudadanos no aristócratas que iban adquiriendo poder económico, la rigidez de la monarquía absoluta, y el descontento de las clases más bajas por su precaria situación de vida frente a los abusos de la aristocracia, los factores que determinaron la revolución en Francia. Combinadas estas circunstancias con la llegada de nuevos pensadores como Voltaire, Rousseau o Montesquieu llegamos al periodo conocido como “La Ilustración”. Estos y otros pensadores empezaron a manejar los conceptos de libertad, igualdad, fraternidad, así como el rechazo a los abusos a una sociedad donde la distancia entre ricos y pobres era abrumadora, empezando a elaborar teorías políticas como la repartición del estado en tres poderes que ahora nos es tan familiar: legislativo, ejecutivo y judicial. (Montesquieu, El Espíritu de las Leyes).

La revolución americana de 1776, históricamente es vista como antecedente de la francesa. En su declaración de independencia se incluyen algunos de los derechos humanos fundamentales:

“(...) todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se vuelva destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que base sus cimientos en dichos principios, y que organice sus poderes en forma tal que a ellos les parezca más probable que genere su seguridad y felicidad (...).”

Fue, como siempre, una gran crisis económica el desencadenante de los hechos. En 1789, debido a la situación económica extrema, el Estado decidió convocar los Estados Generales de Francia, cosa que no se había hecho desde 1614. Los Estados Generales constituían en la Francia del Antiguo Régimen una asamblea o junta magna que convocaban los reyes para, con carácter excepcional, tratar asuntos urgentes, fundamentalmente de índole legal o financiera, como era recabar impuestos extraordinarios.

La convocatoria no gustó nada a la oposición, que veía en ello un intento de la monarquía de manipular la Asamblea y con ella la voluntad popular. Como hacía tanto tiempo que no se reunían, no estaba clara la cantidad de votos que correspondía a cada brazo. Así las cosas, y en medio de una tremenda tensión, los representantes del tercer brazo, es decir, el pueblo, se declararon como los únicos integrantes de la Asamblea Nacional. La monarquía cerró la sala de reuniones del palacio de Versalles, por lo que los miembros de la Asamblea se reunieron en otro lugar (un frontón), y decidieron no separarse hasta dotar a Francia de una nueva Constitución (reflejado en el famoso cuadro: El juramento del juego de pelota).

Como primer paso, elaboraron la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” que en su artículo 16 dispone: *“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.”*

El pueblo, el 14 de Julio se lanzó a la calle, apoyado por parte del ejército, en lo que es conocido históricamente como “La toma de la Bastilla”. La revolución se fue extendiendo por todo el estado francés, se formaron nuevos ayuntamientos que sólo reconocían el poder de la Asamblea Nacional.

Ésta, abolió el feudalismo, los diezmos, las justicias señoriales, instaurando la igualdad ante los impuestos, ante las penas, y también en el acceso a los cargos públicos.

Más de dos años tardó la Asamblea Constituyente en redactar la Constitución, que finalmente restituyó al rey, aunque con poco poder, instaurándose una monarquía constitucional. El rey sólo tenía poder de veto sobre las leyes y la potestad de elegir a sus ministros.

La revolución francesa, con su declaración de derechos del ciudadano, fue la que sentó las bases sociales de este nuevo mundo, pero fueron los pensadores del siglo XIX los encargados de dar forma a las grandes cuestiones de cómo se debía gestionar esta nueva realidad.

Poco a poco, parecía que las monarquías absolutas iban cediendo ante las monarquías parlamentarias, la palabra democracia era una semilla que crecía imparable.

Durante el periodo comprendido entre las dos guerras mundiales, se produce un ataque a la democracia tanto desde posiciones de derechas (fascismos) como desde posiciones izquierdistas (comunismo). La caída de los imperios tras la primera guerra mundial dejará un vacío de poder que será ocupado por ambos lados, siendo la democracia incapaz de organizar Estados fuertes que frenen los regimenes totalitaristas, regulen adecuadamente la economía, frenen la conflictividad social etc.

Ante el nuevo orden universal, recién acabada la segunda guerra mundial, se creó la necesidad de establecer un organismo supranacional que velara por la paz universal, ya que la anterior Sociedad de Naciones, que tenía esa finalidad, había demostrado su inoperancia. Escarmentados por las dos últimas guerras, los florecientes países democráticos debían crear sistemas de seguridad que no permitieran más derramamientos de sangre.

La Conferencia de San Francisco (25 de abril-26 de junio de 1945) aprobó la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que fue firmada por cincuenta y un estados.

El libro de los jueces

Cuando se documenta uno para un discurso como el presente, nos llamó la atención, El Libro de los Jueces, que contiene la historia del periodo transcurrido entre la muerte de Josué y la judicatura de Samuel, o sea, hasta la implantación de la monarquía, pero el título no debe llamarnos a engaño y pensar que es un tratado de la Justicia.

Llámase Libro de los Jueces porque sus protagonistas desempeñaban el cargo de jueces, que era idéntico con el cargo de gobernar y reinar, pues en todo el Antiguo Testamento juzgar es sinónimo de reinar. Fueron en realidad los caudillos del pueblo de Israel en el periodo indicado. Dios solía llamarlos directamente en tiempos de suma necesidad, para que librasen a su pueblo de sus opresores. Una vez reprimidos los enemigos, seguían desempeñando, por regla general, las funciones de gobernantes, sea en su tribu, sea en todo el pueblo.

LA JUSTICIA EN LAS ANTERIORES CONSTITUCIONES ESPAÑOLAS

Nuestras Constituciones históricas han regulado la justicia desde la primera de ellas. Así, los antecedentes más diáfanos los encontramos en los artículos 247 y siguientes de la Constitución de Cádiz de 1812 que se refieren a la garantía del juez legal o natural, pero sobre todo en los artículos 264 a 267 que regulan la competencia de los diferentes órganos judiciales. Por lo que respecta al estatuto de los jueces y magistrados el artículo 251 regula su nombramiento y el 279 su toma de posesión.

Los constituyentes reservaron el poder ejecutivo al Rey (artículo 16) y decidieron que el legislativo se llevase a cabo en “las cortes con el Rey” (artículo 15).

La Constitución de Cádiz al proclamar que “la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley” (artículo 17), sentó las bases de la justicia moderna hasta el punto de que muchos de sus postulados siguieron vivos a lo largo de los años y han llegado, incluso, hasta la Constitución vigente de 1978.

En total son 66 artículos los que indican la relevancia que tenía la justicia para los constituyentes gaditanos y el detalle con que quisieron regularla.

Los constituyentes gaditanos quisieron resaltar con gran fuerza expresiva, la exclusividad e independencia de la función judicial “la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales” (artículo 242). “Ni las Cortes ni el Rey podrán *exercer* en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos” (artículo 243). “Los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado” (artículo 245).

Se profesionaliza la función judicial fijándose los requisitos para ser Juez o Magistrado y se garantiza su inamovilidad.

La Constitución de 1837 en su artículo 64 señalaba que: “Las leyes determinarán los tribunales y juzgados que ha de haber, la organización de cada uno, sus facultades, el modo de ejercerlas y las cualidades que han de tener sus individuos”. Dicción que se repite literalmente por el artículo 67 de la Constitución de 1845. Por último, deben señalarse también los artículos 11, 94 y 97 de la Norma Fundamental de 1869, el 78 de la Constitución de 1876, y el artículo 95 de la de 1931.

EL GOBIERNO DE LOS JUECES EN ESPAÑA

El Artículo 122 de la Constitución española en su apartado 1 prevé que la ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces

y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia. Y en el apartado 2, afirma que el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario.

El apartado primero establece un mandato constitucional que obliga al Poder Legislativo a desarrollar y ejecutar lo contenido en él, a través de la correspondiente Ley Orgánica (STC 198/1989, de 27 de noviembre). Ello supone una reserva de ley para la regulación normativa de la organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales y el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia.

Este mandato constitucional es consecuencia inmediata y directa de la independencia del Poder Judicial sancionada por el artículo 117 de la Constitución Española de 1978; ello implica, dice Enrique Arnaldo Alcubilla, una prohibición de que los jueces estén sometidos, en principio, a normas de rango inferior a la ley.

Por tanto, cuestiones como la selección, el nombramiento, los destinos, los ascensos, el régimen disciplinario etc. deben de estar también al margen de la regulación gubernamental. Así, lo ha establecido la STC 108/1986, de 29 de julio: “El status de los jueces y magistrados, es decir, el conjunto de derechos y deberes de los que son titulares como tales jueces y magistrados ha de venir determinado por ley y más precisamente por Ley Orgánica (art. 122.1 CE)”, aunque según la misma sentencia ello no excluye la posibilidad de que algunos aspectos secundarios puedan ser regulados reglamentariamente.

Por último debe señalarse que se trata de una reserva de ley no sólo reforzada sino especialmente cualificada porque el constituyente no se refiere “a cualquier ley orgánica sino muy precisamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial, entendida, por tanto, como un texto normativo unitario que regula el régimen estatutario de los Jueces y Magistrados globalmente considerados” (STC 60/1986, de 20 de mayo). Además, sobre esta reserva de ley reforzada es interesante la STC 105/2000, de 13 de abril que establece: ...“nada impide que una vez regulados por la LOPJ, la constitución, el funcionamiento y el gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera (Art. 122.1), la misma Ley Orgánica pueda atribuir al Gobierno de la Nación o al Consejo General del Poder Judicial, indistintamente, competencias sobre todas aquellas materias que no afecten a dicho marco de atribuciones, constitucionalmente reservado al Consejo a través de la precisión que haga la LOPJ”.

El Consejo General del Poder Judicial se configura como órgano de gobierno garante de la independencia del Poder Judicial, atribuyéndole las funciones administrativas necesarias para ello, que antaño ejercía el Ministerio de Justicia.

Para evitar la perniciosa dependencia del Poder judicial respecto del Poder ejecutivo era imprescindible la creación de un órgano absolutamente independiente del Poder Ejecutivo.

No obstante, la Constitución no establece de manera precisa cuáles serán las funciones del Consejo General del Poder Judicial. Se limita a señalar genéricamente las materias mínimas en las que deberá intervenir: nombramiento, ascensos, inspección y régimen disciplinario de los miembros del Poder Judicial. Esta enumeración no debe entenderse como un *numerus clausus*. En realidad, el constituyente facultaba al legislador orgánico para que fuese éste el que delimitase su ámbito competencial, pero respetando la consideración del Consejo General del Poder Judicial como una garantía institucional de la independencia del Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional en Sentencias 45/86, de 17 de abril, y 108/86, de 26 de julio, razonaba, que el Poder Judicial es un poder de configuración plural, que consiste en la potestad de ejercer la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en nombre del Rey. En este sentido, los Jueces y Magistrados integran el Poder Judicial o son miembros de él, y concluye: “la existencia de un Poder Judicial independiente constituye una pieza esencial de nuestro Ordenamiento Jurídico, como en todo Estado de Derecho, poniéndolo de relieve la Constitución Española al hablar expresamente de “Poder Judicial”.

Cuando se pretende hablar del “gobierno del Poder Judicial” advierte Lucas Murillo, si acudimos al Diccionario de la Lengua Española, veremos que se refiere a la acción y efecto de gobernar o regir y a las ideas de mando o autoridad siempre sobre otros. Por otra parte, si relacionamos la voz gobierno con el Poder Ejecutivo o con los órganos que lo integran, comprobaremos que ese concepto objetivamente significa capacidad de dirección o de decisión sobre el conjunto de aparatos estatales y, en último extremo, sobre los ciudadanos. Si la función jurisdiccional requiere la independencia judicial, los jueces no han de tener ninguna otra obediencia distinta de la que deben a la Constitución y las leyes. Por tanto, exige excluir toda intervención externa de los demás órganos estatales encaminada a mediatizar su labor o que sea susceptible de producir ese efecto. En definitiva, “el llamado gobierno del Poder Judicial posee un significado diferente del que usualmente se atribuye a ese término, ya que abarca decisiones relativas a la selección, ascensos, traslados, licencias y situaciones administrativas de los jueces, así como las concernientes a su régimen disciplinario”.

En la medida que el gobierno del Poder Judicial implica la aplicación de las normas relativas al estatuto personal de los jueces supone una cuestión fundamental para la efectividad de su independencia.

La extensión del concepto “gobierno del Poder Judicial” supone la necesidad de garantizar la independencia de los órganos judiciales en el ejercicio de su

función esencial, la jurisdiccional, lo que justifica la existencia de una estructura autoorganizativa en el marco del Poder Judicial, y el autogobierno del Poder Judicial encuentra su justificación, en la garantía de su independencia funcional.

La competencia del Consejo General del Poder Judicial no es discutible, y debe ser interpretada extensivamente, en todos aquellos supuestos en que el acto dictado por un órgano de gobierno del Poder Judicial pueda afectar mediata o inmediatamente a la independencia de los órganos jurisdiccionales o al ejercicio de su función jurisdiccional, en tal sentido se ha pronunciado la STS 15-11-2002.

En los últimos años, la organización, composición, funcionamiento y forma de elección de los miembros que integran el Consejo General del Poder Judicial ha sido objeto de críticas, pues ha creado graves problemas que puede suponer la falta de una independencia del sistema judicial que, por su propia naturaleza, la reclama.

Como dice Antonio David Berning Prieto, lo que nuestra Carta Magna realmente sienta es el principio de división de poderes, dándole curiosamente tal denominación sólo al Poder Judicial, regulándola en el Título VI (artículos 117 a 127 CE), teniendo especial cuidado en que el “Poder Judicial” presidiera el título dedicado a la Administración de Justicia, con la finalidad de poner de relieve su independencia de los demás poderes.

Los tres principales aspectos de la regulación constitucional, fueron:

1º.- Regulación del Estatuto de los miembros del Poder Judicial y, en particular, la garantía de su inamovilidad e independencia.

2º.- La necesidad de la legitimidad democrática, señalando que la justicia emana del pueblo y estableciendo unos cauces de participación ciudadana (jurado y acción popular, fundamentalmente).

3º.- La creación ex novo de un órgano colegiado de elección parlamentaria parcialmente, para el gobierno de los jueces.

CRITERIOS PARA EVALUAR LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN CADA PAÍS

La primera comisión de estudios de la Unión Internacional de Magistrados (UIM) formada por expertos de una organización judicial internacional, ha confeccionado un estudio acerca de los criterios (objetivos y subjetivos) a través de los cuales podría ser evaluada la independencia judicial. No se trata de una lista completa de criterios, pero la relevancia del documento reside en el hecho de que países diferentes, con diferentes sistemas judiciales, han alcanzado un acuerdo sobre los mismos.

Este documento constituye una herramienta para alcanzar el objetivo de acercar la independencia judicial en los distintos países del mundo.

Elementos objetivos

1.- ¿Contiene la Constitución un reconocimiento del principio de separación de poderes?

2.- El Juez, ¿es inamovible?

3.- ¿Está prevista una protección física al juez y a su familia, por parte del ejecutivo, con el fin de permitirle llevar a cabo su función de modo efectivo?

4.- ¿Es un órgano independiente el que rige el nombramiento y ascenso de los jueces? ¿Los jueces que integran dicho órgano están en mayoría?

5.- ¿Está el salario de los jueces determinado por un órgano independiente? ¿Es su decisión vinculante?

6.- ¿Está asegurada la independencia del juez en el seno del sistema judicial, de modo que no pueda ser sometido a ningún tipo de presión por parte de sus colegas o por la de sus superiores cuando aquel dicta sus resoluciones?

7.- ¿Existe un código de ética judicial; esta diseñado y controlado por los jueces o por otro tipo de órgano?

8.- ¿Está la materia disciplinaria gestionada por un órgano independiente?; en caso positivo ¿hay mayoría de jueces? ¿Es su decisión vinculante?

9.- ¿Está la formación de los jueces gestionada por un órgano independiente?

10.- ¿Es la administración de los Tribunales independiente de cualquier departamento perteneciente al poder ejecutivo?

11.- ¿Existe un presupuesto separado para el sistema judicial? ¿Quién determina el presupuesto? ¿Quién decide sobre la prioridad del gasto?

12.- ¿Gozan los jueces de inmunidad frente a un proceso penal o civil?

13.- ¿Gozan los jueces del derecho de libre asociación?

14.- ¿Están las organizaciones profesionales de los jueces reconocidas por el poder ejecutivo, legislativo, o por el órgano judicial de gobierno?

Elementos subjetivos

1.- ¿La opinión pública cree en, o al menos, respeta la independencia de los jueces?

2.- ¿Los medios de comunicación, prensa, creen, en, o al menos, respeta la independencia de los jueces?

3.- ¿Existe algún tipo de informe realizado por organizaciones internacionales acerca de la independencia judicial?

En este discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, trataremos de responder a si tales criterios tienen un soporte legal en la judicatura española, los cuales pasamos a analizar a continuación.

ELEMENTOS OBJETIVOS

1. ¿Contiene la Constitución un reconocimiento del principio de separación de poderes?

Respondiendo a la primera pregunta de las formuladas por la Unión Internacional de Magistrados, sobre si contiene la Constitución española un reconocimiento del principio de separación de poderes, hemos de responder afirmativamente, ya que en nuestra Constitución se establece claramente que somos un “Estado de Derecho”, y todo estado de derecho conlleva la necesaria existencia de la División de Poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, refiriéndose a este último la Constitución de 27 diciembre 1978, en su TITULO VI, como ya hemos dicho, bajo la rúbrica “Del poder judicial”, y en su Artículo 117.1. dice, 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.

Desaparecen las jurisdicciones especiales, el Poder Judicial deja de estar integrado por funcionarios dependientes del Ministerio de Justicia, del Ministerio de Trabajo y de los Ministerios Militares, se habla de división de poderes, y como vemos se afirman los principios de independencia, inamovilidad y responsabilidad y sólo están sometidos al imperio de la Ley según el citado artículo 117.

Asevera, también nuestra Carta Magna, que el Poder Judicial es un poder del Estado, y lo hace sin establecer limitación, subordinación o dependencia alguna, por tanto sin la connotación que Montesquieu parecía darle en su teoría de la división de poderes, en la que el judicial, no era un poder como los demás, sino un poder subordinado.

Ahora bien, ¿funciona de verdad la división de poderes?. Eduardo Punset abogado, economista y comunicador científico, que fue Ministro de Relaciones para las Comunidades Europeas (1980-1981), después de afirmar que la división de poderes es sobre la que se asienta la democracia, continua argumentando que: “No basta con asegurarse que cada poder se ciña a sus competencias, es decir, los Jueces, a la observancia de los Códigos y Leyes; el Congreso, al desarrollo de los equilibrios necesarios para el bienestar económico, social y moral; el Gobierno, a

la consecución de los objetivos aprobados. Se trata de evitar que a los miembros del Congreso les dé por nombrar Jueces, que a los Jueces se les antoje cambiar la ley, y al Gobierno no hacer caso ni al Poder Judicial ni al Legislativo. Se trata del requisito esencial de todos los sistemas democráticos y el más difícil de aprender, como se ha visto en la democracia española con la intromisión de la política en el Poder Judicial.”

2. El Juez, ¿es inamovible?

Debemos responder afirmativamente, ya que solo puede ser suspendido, jubilado o trasladado en las situaciones previstas por la Ley, a excepción de los cargos de carácter temporal. Un Juez no puede ser independiente, si el poder establecido puede trasladarle por el simple hecho de que sus resoluciones no le resulten cómodas o porque desee un Juez determinado para un caso concreto.

Pero como dice José Manuel Sieira Miguez, existen técnicas de las más sutiles para intentar mediatizar a la Justicia, como son los cargos de libre provisión del poder ejecutivo, permitiendo a la vez que conserve la plenitud de sus derechos administrativos como profesional de la Justicia.

Deben cerrarse las puertas a la posibilidad de que los Jueces y Magistrados puedan acceder a cargos públicos en otras Instituciones del Estado conservando sus derechos administrativos y su situación en la Judicatura, sigue afirmando Sieira. Ello no supone una oposición a que los jueces puedan acceder a cargos políticos, pero tal acceso debe conllevar la pérdida de derechos administrativos en la carrera judicial como son destino y antigüedad.

Lo que así ha sido hasta el Pleno del Congreso de los Diputados, que en su sesión del día 22 de septiembre de 2011, aprobó, el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduciendo novedades en la letra f) del artículo 351, que prevé los supuestos de servicios especiales y en la letra f) del artículo 356, que regula la excedencia voluntaria, así como en los apartados 6, 7 y 8 de la disposición transitoria octava de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Esta reforma fue incluida dentro del Proyecto de Ley de medidas de agilización procesal y se introdujo como una enmienda en el Senado. Al llegar al Congreso y dado su carácter se votó por separado, votación que se saldó con 343 votos a favor y una abstención. La reforma no contiene preámbulo ni exposición de motivos que den cuenta de las razones de la modificación legislativa.

El artículo 351. f) en su nueva redacción admite la situación de servicios especiales, cuando los jueces sean nombrados para cargo político o de confianza en virtud de Real Decreto o Decreto autonómico, o elegidos para cargos públicos representativos en el Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales.

Eso sí, dispone expresamente, -qué menos- que los Jueces y Magistrados, y los funcionarios de otros Cuerpos, que reingresen en la Carrera correspondiente, deberán de abstenerse de conocer de los asuntos concretos vinculados con su actividad política.

Además a tal modificación se le da efecto retroactivo, al disponer que los miembros de la Carrera Judicial que, a la fecha de aprobación de los apartados 6, 7 y 8 de la presente disposición transitoria, se encontraren en situación de excedencia voluntaria por la causa prevista en la letra f) del artículo 356, serán considerados, cuando así lo soliciten, en situación de servicios especiales desde la fecha de su nombramiento o aceptación del cargo, computándose como servicios efectivos en la Carrera Judicial el tiempo que hayan permanecido en dicha excedencia voluntaria.

Hasta esta modificación, si un juez quería presentarse a unas elecciones generales, autonómicas o locales para ocupar un cargo político tenía que pedir una excedencia voluntaria de su puesto y durante el tiempo que permanecía en dicho estado, no acumulaba antigüedad en el cargo ni se le reservaba la plaza que tenía. Ahora, si el juez -o un fiscal- quiere hacerlo, podrá solicitar acogerse al régimen de “situación de servicios especiales”: así, el tiempo que permanezca en el cargo político le computa “como servicios efectivos en la Carrera Judicial”.

José Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, miembro de esta Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, en un artículo publicado en el número 27 de “El Cronista”, bajo el título de La Reforma Constitucional Del Poder Judicial, citaba el artículo 127 de la Constitución, según el cual, los Jueces y Magistrados, mientras se hallan en activo no pueden pertenecer a partidos políticos o sindicatos, aunque podrán adherirse a asociaciones profesionales, y comentaba, “el alcance de esa prohibición, que restringe justificadamente los derechos políticos de jueces y magistrados, para preservar un interés constitucionalmente protegido -la independencia judicial-, está comprometido cuando se produce, aunque sea esporádicamente, la irrupción de jueces y magistrados en el escenario político, que desnaturaliza su posición institucional de ajeneidad respecto de las partes del proceso.”

La reforma del año 2011 ha conllevado críticas unánimes de los jueces y de las asociaciones judiciales y la han tildado de “injustificable” y de “barbaridad”, además de apuntar que su trámite se ha llevado a cabo “con nocturnidad y alevosía”, llegándose a acusar por alguna asociación a las fuerzas políticas y al Parlamento de comprometer la credibilidad e imparcialidad del Poder Judicial afirmando que se han puesto por encima “complacencias personales” antes que los intereses generales. Se facilita con esta reforma, añaden, una “permeabilidad” entre el Poder Judicial y la actividad política.

3. ¿Está prevista una protección física al juez y a su familia, por parte del ejecutivo, con el fin de permitirle llevar a cabo su función de modo efectivo?

A comienzos del presente siglo, la mayoría de los países centroamericanos efectuaron reformas para fortalecer la independencia del Poder Judicial, y entre los temas que abordaron, destaca la creación de unidades de protección judicial, con la finalidad de garantizar la seguridad de los jueces.

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su Artículo 11 dispone que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de funciones, entre las que se encuentra “Velar por la protección y seguridad de altas personalidades.”

La falta de protección física, en el caso del País Vasco, afectó a uno de los principios fundamentales que deben acompañar a la independencia judicial, la inamovilidad de la plantilla judicial.

Los peores años en cuanto a movilidad de la plantilla judicial en el País Vasco, por la amenaza terrorista, se sitúan entre 1997 y 2002. En esos cinco años, 110 jueces abandonaron el País Vasco y entonces sólo se cubría una de cada cuatro vacantes. Las peticiones de traslado se produjeron especialmente entre quienes fueron objeto de campañas de intimidación del entorno terrorista. En agosto de 2001 las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado localizaron en poder de un comando terrorista datos sobre 79 jueces, un importante porcentaje de ellos desarrollaban su trabajo en el País Vasco. El punto álgido fue el asesinato del juez de la Audiencia de Vizcaya José María Lidón, a raíz de lo cual se pusieron en marcha medidas para proteger a los jueces vascos frente al terrorismo etarra.

Cuando el Ministerio del Interior suspendió a finales de junio de 2012 la asignación de guardaespaldas a ciento cincuenta jueces y fiscales de la Audiencia Nacional, del Tribunal Constitucional y del Supremo, además de a los vocales del Consejo General del Poder Judicial, hacia ya más de tres meses que los jueces y fiscales vascos no contaban con escolta, que fue retirándose paulatinamente.

La protección física del juez mediante asignación de personal de seguridad, solo está prevista para altos cargos, o para destinos de especial connotación en los que podía correr peligro su vida. En estos momentos sólo cuentan con protección, que se va suprimiendo paulatinamente, los presidentes de Tribunales Superiores de Justicia de algunas comunidades autónomas.

Cualquiera puede opinar y todos tienen derecho a criticar las resoluciones judiciales, porque “la justicia emana del pueblo”, pero en nombre de esa conocida expresión no cabe justificar, ni permitirse, que un número de personas grite desafortadamente a las puertas de un Juzgado o Tribunal pretendiendo ejercer una presión ilegítima sobre los magistrados que han de juzgar. Eso es puro desorden y

anarquía dice el Magistrado del Tribunal Supremo, Antonio Salas Carceller. Pero es además, una actuación profundamente antidemocrática, porque esa presión que se intenta ejercer tiene por finalidad obtener un resultado contrariando el interés general de millones de personas que confían en la Justicia y tienen derecho a que los magistrados que la sirven resuelvan en un clima de libertad intelectual y sosiego. Libertad y sosiego, que cuando es, o puede ser amenazada por la perturbación física, debe obtener una medida de protección adecuada por parte de las fuerzas de seguridad del Estado para conseguirla.

4. ¿Es un órgano independiente el que rige el nombramiento y ascenso de los jueces? ¿Los jueces que integran dicho órgano están en mayoría?

Antes de analizar si es o no un órgano independiente el que rige el nombramiento y ascenso de los jueces, debemos examinar si existen precedentes históricos del Consejo General del Poder Judicial.

En la historia de España se encuentran algunos precedentes remotos de instituciones e intentos de crear un órgano que garantice el autogobierno del Poder Judicial, al menos parcialmente, pero ninguna alcanzó la misma naturaleza y finalidad que el CGPJ. En especial porque un órgano de este tipo solamente encuentra su auténtica razón de ser dentro de un régimen democrático, basado en la separación de poderes y en la tutela efectiva de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Entre los antecedentes remotos destacan en primer lugar la Junta Central o Suprema (1849); a continuación el intento de Salmerón, político y ministro español en la Primera República, que es distinguido en la doctrina por su labor a favor de la independencia del Poder Judicial, quien intentó por primera vez instaurar un régimen de autogobierno judicial con el Decreto de 8 de mayo de 1873, el que fue derogado por el Decreto de 14 de enero de 1874, lo cual hizo que su efectividad fuera casi inexistente, o el Consejo Judicial, creado por Real Decreto de 18 de mayo de 1917, aunque nunca llegó a funcionar al ser derogado en julio de ese mismo año.

El siguiente intento se produjo por el Decreto de 20 de octubre de 1923, de Primo de Rivera, con el que creó la Junta Organizadora del Poder Judicial, compuesta por miembros elegidos por los propios Jueces y Magistrados integrantes del tercer poder del Estado.

Se restableció en junio de 1926 el Consejo Judicial, creado por Real Decreto de 18 de mayo de 1917, para ser nuevamente derogado en mayo de 1931. Ninguno de estos ejemplos fue un precedente en sentido estricto. Tampoco lo fue el Consejo Judicial creado con la Ley de 20 de diciembre de 1952 y que operó hasta la implantación del régimen constitucional democrático.

El Consejo General del Poder Judicial fue establecido por la Constitución de 1978 (artículo 122), siguiendo los modelos de otros países próximos como Francia, Portugal y, en especial, Italia. Su creación fue en su día una auténtica innovación del constituyente español, ya que no es posible hallar ningún antecedente directo en nuestra historia de un órgano de gobierno autónomo del Poder Judicial y garante de su independencia.

En el constituyente español influyó la Constitución francesa de 1946, que en su Título IX regula el Consejo Superior de la Magistratura. Fue el precedente de los demás órganos de similar finalidad establecidos después en la Constitución italiana de 1947 (a partir de sus artículos 104 y 105) y en la portuguesa de 1976 (artículo 220). El modelo italiano fue importado por las Cortes constituyentes en sus aspectos fundamentales.

La preconstitucional Ley 11/1978, de 20 de febrero derogó la 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases de la Justicia, estableciendo además, en su Disposición Adicional que en el plazo de cuatro meses, desde la promulgación de la Constitución, el Gobierno remitiría a las Cortes un proyecto de ley de bases de organización del Poder Judicial, que se retardó en su presentación parlamentaria hasta abril de 1980 (BOC, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 129).

Tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/1980, del Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno remitió al Congreso el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 16 de abril de 1980) que se dedicaba a la regulación de las líneas básicas de conformación de un cuerpo único que integrase a Jueces, Magistrados y Secretarios de la Administración de Justicia. Su tramitación parlamentaria se vio interrumpida por la disolución de las Cámaras de 1982 lo que supuso la caducidad de este primer intento de regulación normativa de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En 1984, durante la II Legislatura, volvió a intentarse la definitiva regulación del Poder Judicial y el Proyecto de Ley Orgánica remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados el 19 de septiembre terminó por convertirse en la vigente Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en cuya Disposición Derogatoria se aclara la farragosa normativa existente hasta la fecha en materia de organización de los Tribunales y Juzgados en España.

Hay que aclarar que la estructura de la Ley Orgánica se modificó en profundidad por Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, como consecuencia del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito por los principales partidos políticos el 28 de mayo de 2001 que fijaba entre sus objetivos que “la Justicia actúe con rapidez, eficacia, y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados”.

El desarrollo normativo de las previsiones constitucionales debía producirse a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la que alude la propia Carta Mag-

na. Sin embargo, se dictó primero la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, ante la necesidad de poner en funcionamiento el Tribunal Constitucional ya que dos de sus miembros debían ser propuestos por el CGPJ, de acuerdo con la Constitución (artículo 159.1). Con posterioridad, se aprobaría la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), donde se reguló de forma definitiva el Consejo, derogándose la Ley Orgánica de 1980, y que implicó un cambio en la forma de elección de los vocales de procedencia judicial, sistema que fue reformado en 2001.

El Consejo General del Poder Judicial se rige por la Constitución, por la Ley orgánica del Poder Judicial y por su propio reglamento interno: el Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de Organización Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, cuya aprobación corresponde al propio Consejo.

El modelo español ha sido referente para la creación de órganos constitucionales similares en Iberoamérica, en especial en Argentina.

Al plantearse si el Poder Judicial es o no un Poder en pie de igualdad con los otros Poderes del Estado, si se dan los presupuestos económicos y sociales necesarios para que podamos hablar de un Poder Judicial realmente independiente, si el Consejo General del Poder Judicial es realmente un Órgano garante de la independencia judicial o se ha convertido, al menos en parte, en un Órgano de control, Sieira afirma que: “No es suficiente un Órgano de Gobierno teóricamente independiente para garantizar unos Jueces y un Poder Judicial independiente, máxime si, como ocurre en nuestro caso, ese Órgano de Gobierno no es Poder Judicial y se le convierte en su composición, al menos aparentemente, en una fotografía de la composición política del Parlamento”.

a) En cuanto a si el órgano que rige el nombramiento y ascenso de los jueces, en nuestro caso el Consejo General del Poder Judicial, es o no independiente, dicha independencia resulta de vital importancia porque la sociedad y los otros poderes que gobiernan la sociedad tienen una importante responsabilidad para garantizar esa independencia, y para ello deben adoptarse las medidas necesarias, pues en caso contrario se puede intentar mediatizar la actividad judicial mediante un sistema de promoción o designación, en el que la decisión no se adopte por puros criterios profesionales, sino teniendo en cuenta factores de mayor o menor afinidad ideológica o política. Por ello resulta imprescindible que el nombramiento y promoción de los Jueces se efectúe por Órganos ajenos al Poder Político, lo que nos lleva directamente al autogobierno de la Magistratura como requisito de independencia.

Quizás deberíamos plantearnos la razón del peso específico que las fuerzas políticas tienen en la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial treinta y cinco años después de la aprobación de la Constitución; y la realidad ha demostrado que lo que se buscaba no era otra cosa que una fórmula

a través de la cual se pretendía, por las distintas fuerzas políticas, garantizarse su presencia en el Órgano de Gobierno del Poder Judicial. Situación que no se ajusta a los principios constitucionales de división de poderes ya que no sitúa al Poder Judicial en pie de igualdad con los otros poderes del Estado.

Debemos reseñar como normas organizadoras del mismo, las siguientes:

Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio en su Artículo 111 al regular la composición del Consejo General del Poder Judicial, determina que estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por un período de cinco años por el Rey, mediante Real Decreto refrendado por el Ministro de Justicia, previa propuesta formulada conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.

El Artículo 112 regula el nombramiento de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Los doce miembros que conforme a lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución han de integrar el Consejo entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales serán propuestos para su nombramiento por el Rey de acuerdo con el siguiente procedimiento: 4. Entre los treinta y seis candidatos presentados, conforme a lo dispuesto en el número anterior, se elegirán en primer lugar seis Vocales por el Pleno del Congreso de los Diputados, y una vez elegidos estos seis Vocales, el Senado elegirá los otros seis entre los treinta candidatos restantes. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el número 2 del artículo siguiente. Concluyendo en el Artículo 113.1. que los restantes ocho miembros que igualmente han de integrar el Consejo, elegidos por el Congreso de los Diputados y por el Senado, serán propuestos para su nombramiento por el Rey entre abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión.

Tras la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, la renovación de los vocales del Consejo se efectuó de acuerdo con lo establecido en ella, y el Congreso de los Diputados eligió a los diez vocales que le corresponden, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Resolución de su Presidencia de 24 de septiembre de 1985. Mientras el Senado hizo lo propio.

La Sentencia Tribunal Constitucional núm. 108/1986 (Pleno), de 29 julio en el Recurso de Inconstitucionalidad número 839/1985, razonó sobre la atribución plena del nombramiento de la totalidad de los miembros a las Cámaras de la siguiente manera:

“Entienden los recurrentes que al asignar a las Cámaras la facultad de proponer la totalidad de los veinte vocales del Consejo, vulneran el artículo 122.3 en relación con el 66.2 de la Constitución. Por el primero de estos preceptos se dispone, que de los veinte miembros del Consejo serán nombrados por el Rey «doce, entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales en los términos que establezca la Ley Orgánica;

cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros entre Abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión». Para los recurrentes si bien es cierto que el artículo 122.3 de la Norma Suprema no dice expresamente que los doce vocales del Consejo han de ser elegidos «por» los Jueces y Magistrados y no sólo «entre» ellos, tal imperativo se desprende de la interpretación sistemática, histórica y teleológica del precepto. La inconstitucionalidad del artículo 112.1 y 3 de la L. O. P. J. resulta, según los recurrentes, de que estos preceptos atribuyen a las Cortes Generales la facultad de proponer a todos los vocales del Consejo cuando, de éstos, doce debieran ser propuestos por los Jueces y Magistrados y sólo ocho por las Cámaras.”

A continuación, sigue razonando la mencionada sentencia que:

“según el Texto finalmente aceptado, parece deducirse la existencia de un consenso implícito sobre la necesidad de que los doce vocales procedentes de la Carrera Judicial expresasen no sólo diferentes niveles de experiencia por su función y su edad, sino las distintas corrientes de pensamiento existentes en aquélla, pero ese consenso no parece extenderse hasta la determinación del procedimiento adecuado para alcanzar tal resultado, de forma que no se constitucionalizó una fórmula concreta, sino que los constituyentes se limitaron a remitirla a una futura ley orgánica.”

Un resultado en cierto modo análogo es el que se alcanza al intentar la interpretación de la norma contenida en el artículo 122.3 según su espíritu y finalidad.

La finalidad de la norma sería así, cabría afirmar de manera resumida, la de asegurar que la composición del Consejo refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad y, muy en especial, en el seno del Poder Judicial. Que esta finalidad se alcanza más fácilmente atribuyendo a los propios jueces y magistrados la facultad de elegir a doce de los miembros del C. G. P. J. es cosa que ofrece poca duda; pero no puede afirmarse que tal finalidad se vea absolutamente negada al adoptarse otro procedimiento y, en especial, el de atribuir también a las Cortes la facultad de propuesta de los miembros del Consejo procedentes del Cuerpo de Jueces y Magistrados, máxime cuando la Ley adopta ciertas cautelas, como es la de exigir una mayoría cualificada de tres quintos en cada Cámara (artículo 112.3 L. O. P. J.). Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios que atiendan sólo a la división

de fuerzas existente en su propio seno distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y especialmente, el Poder Judicial.

La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, **parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez.**

Así pues, la STC 108/1996 aconseja, en su Fundamento Jurídico 13º, que el artículo 112 LOPJ, que conduce a la elección total de los miembros del Consejo General del Poder Judicial por las propias Cámaras, sea modificado, pues la existencia y la probabilidad del riesgo de politización del Consejo es claro, si bien reconoce la propia sentencia que no existe fundamento bastante para declarar su invalidez.

Este sistema fue objeto de encendidas críticas y se sucedieron diversas propuestas de modificación. Sin embargo, hasta 2001 no se modificó la anterior normativa por Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio sobre composición del Consejo General del Poder Judicial, fruto del acuerdo entre los dos principales Grupos parlamentarios (Grupo Popular y Grupo Socialista) dentro del marco del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito por ambas formaciones políticas, y al que después de adhirió el resto. El cambio en el sistema de elección de los vocales del Poder Judicial consiste en que en el trámite de propuesta se instaura un sistema referente a los 12 miembros de la carrera judicial que han de integrar el Consejo.

Podrán ser propuestos los Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo y no sean miembros del Consejo saliente o presten servicios en los órganos técnicos del mismo.

Los candidatos serán presentados, hasta un máximo del triple de los doce puestos a proponer, por las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados o por un número de Jueces y Magistrados que represente, al menos, el 2 % de todos los que se encuentren en servicio activo. La determinación del número máximo de candidatos que corresponde presentar a cada asociación y del número máximo de candidatos que pueden presentarse con las firmas de Jueces y Magistrados se ajustará a criterios estrictos de proporcionalidad, y establece unas reglas que en lo esencial resalta el siguiente contenido:

Los 36 candidatos se distribuirán en proporción al número de afiliados de cada asociación y al número de no afiliados a asociación alguna, determinando este último el número máximo de candidatos que pueden ser presentados me-

diante firmas de otros Jueces y Magistrados no asociados; todo ello, de acuerdo con los datos obrantes en el Registro constituido en el Consejo General del Poder Judicial conforme a lo previsto en el artículo 401 de la presente Ley Orgánica y sin que ningún Juez o Magistrado pueda avalar con su firma más de un candidato.

En el caso de que el número de Jueces y Magistrados presentados con el aval de firmas suficientes supere el máximo al que se refiere la letra a), sólo tendrán la consideración de candidatos los que, hasta dicho número máximo, vengan avalados por el mayor número de firmas. En el supuesto contrario de que el número de candidatos avalados mediante firmas no baste para cubrir el número total de 36, los restantes se proveerán por las asociaciones, en proporción al número de afiliados; a tal efecto y para evitar dilaciones, las asociaciones incluirán en su propuesta inicial, de forma diferenciada, una lista complementaria de candidatos.

Entre los 36 candidatos presentados, conforme a lo dispuesto en el número anterior, se elegirán por mayoría de tres quintos de sus respectivos miembros, en primer lugar 6 Vocales por el Pleno del Congreso de los Diputados, y una vez elegidos estos 6 Vocales, el Senado elegirá los otros 6 entre los 30 candidatos restantes.

El Magistrado-Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, José Manuel Sieira Míguez en un artículo publicado en la Revista del Poder Judicial nº 92 del año 2011, con el título: “Poder judicial independiente exigencias individuales y como poder del estado”, efectúa una serie de reflexiones para analizar si la situación del Poder Judicial en relación con los otros Poderes del Estado, es en definitiva, un Poder en pie de igualdad con aquellos o, por el contrario, estamos ante un Poder subordinado.

La independencia judicial, principio básico del Estado de Derecho, debe afirmarse, dice Sieira, tanto del Juez a título individual como del Poder Judicial en su conjunto, como poder del Estado en pie de igualdad con los otros a los que se refería la clásica división tripartita de Montesquieu. Nuestra Constitución afirma, en el título V, relativo al Poder Judicial, la independencia individual de cada Juez. “Jueces independientes”, pero también contiene preceptos de los que se infiere esta característica como Poder del Estado.

El afán actual de los partidos políticos por ocupar los puestos del Consejo General del Poder Judicial GPJ debería desaparecer para que este órgano recobrar su independencia y autonomía plenas, pues en caso contrario seguiremos politizando el Poder Judicial, con las consecuencias que ello conllevaría, tanto internas como externas, de cara a la mediatización u opinión pública. El Consejo General del Poder Judicial debe caracterizarse por tener como propia razón de existencia, la salvaguardia de la independencia judicial, mediante el procedimiento de privar al Gobierno de cuantas atribuciones se relacionan con el estatuto personal de Jueces y Magistrados.

b) En cuanto a si están en mayoría los jueces en el Consejo, hay que responder afirmativamente, pero dada la forma en que han sido nombrados ¿son independientes?

El 13-III-2010 doña Gabriela Bravo, portavoz del Consejo General del Poder Judicial, en una entrevista concedida a un semanario respondió a la pregunta sobre si la Justicia estaba politizada, o no: “Desde mi punto de vista, la Justicia que imparte el poder judicial no está politizada. Los jueces actúan con absoluta independencia. Desde el punto de vista de si el Consejo General del Poder Judicial, que es otra cuestión, está politizado, tengo que decir que somos un órgano político, que hacemos política judicial. Si por politización se entiende nuestra sumisión a otros poderes del Estado, al Ejecutivo o a los partidos políticos, por supuesto que no.”

El Consejo General del Poder Judicial es el órgano que escoge a los miembros del Tribunal Supremo investido de atribuciones para revocar las resoluciones más importantes del resto de los tribunales, además de crear la más respetada doctrina jurisprudencial. Del Consejo, asimismo, depende la provisión de cargos internos de la carrera judicial.

La Organización no Gubernamental Transparency Internacional, adelantó en enero de 2012 un informe sobre España donde se leía: “El poder judicial tendría como punto fuerte la independencia, reconocida de forma expresa constitucionalmente y garantizada legalmente; en la práctica es también posible ejercer con plena independencia por parte de los jueces, aun cuando el órgano de control de los jueces está fuertemente politizado y los miembros de los Tribunales superiores se nombran con una relativa influencia política. En suma, existe un cierto incentivo, para los jueces que quieran llegar a los puestos superiores del sistema, de subordinar su plena independencia a ciertos compromisos políticos.”

Nótese cómo el citado organismo internacional reconoce que el ejercicio de la jurisdicción conserva en la práctica su independencia. El riesgo está en el diseño orgánico del gobierno judicial.

Por su parte el Ministro de Justicia, Ruiz Gallardón, reconoce implícitamente la politización del Consejo General del Poder Judicial, al afirmar “mi compromiso es despolitizar el órgano de gobierno de los jueces ...” y se hace eco de la Sentencia del Tribunal Constitucional, la cual “advertía ya del riesgo de que las Cámaras atendieran sólo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyeran los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de estos”.

Sea como fuere, la manera en que se reparten los cargos por el Consejo suele conllevar que las asociaciones sin clara filiación ideológica, están preteridas al ostracismo, al igual que la mayoría de los jueces no asociados a la hora de ser nombrados para un cargo de libre designación; por el contrario las que tienen una

afiliación ideológica con los dos grandes partidos políticos acceden mas fácilmente a esos puestos (en su día los medios de comunicación pusieron en boca de un miembro del Consejo General del Poder Judicial la cantidad de compañeros de su asociación que había “colocado”, de lo cual se vanagloriaba).

El Consejo General del Poder Judicial tal y como lo conocemos, es de íntegra elección parlamentaria, y con sus prácticas ha conseguido, dice Antonio David Berning Prieto que se filtren prácticas partidistas y políticas que llega a influir incluso en asociaciones judiciales que requieren, para obtener posibilidades de acceso al Consejo General del Poder Judicial, de un partido político que los respalde. El resultado de esta conjugación es una clara falta de autonomía e independencia, con claros ápices de politización, que se pueden observar claramente (y ello llama la atención de cualquiera, sea profesional del Derecho o no) en los dos bloques en que se distinguen los vocales: los conservadores y los progresistas, que proviene de la adscripción a una u otra formación política.

Muchos jueces han exigido la elección democrática de todos los órganos de Gobierno del Poder Judicial. No sólo de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, sino los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, de las Audiencias Provinciales y los decanos.

José Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, como se ha dicho, miembro de esta Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, en un artículo publicado en el número 27 de “El Cronista”, bajo el título de La Reforma Constitucional Del Poder Judicial, afirmaba:

“La crisis de gobernanza de la Administración de Justicia es imputable, entre otros factores, a la pluralidad de actores institucionales que asumen responsabilidades de dirección y gestión en este ámbito, -Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Justicia, Comunidades Autónomas, Presidentes y Salas de Gobierno de los Tribunales-.”

Juan Antonio Xiol Ríos, (según cita de José Manuel Bandres Sanchez-Cruzat) afirma que la experiencia acumulada del Consejo General del Poder Judicial demuestra su contribución al desgobierno y politización del sistema judicial.

Según el artículo 123.2 de la Constitución, el Presidente del Tribunal Supremo será nombrado por el Rey a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, pero en la praxis se ha impuesto, desde los años 80, dice, José Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, “una convención que determina que el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial sea designado “informalmente” por el Presidente del Gobierno con la aquiescencia del principal líder de la oposición.”

Efectivamente y al parecer, la designación por las Cámaras de miembro del Consejo General del Poder Judicial, condiciona la aceptación por parte de estos,

al acto de que se elija a una determinada y concreta persona, con nombres y apellidos, como Presidente de dicho Consejo.

En Enero de 2012, la vicepresidenta del Gobierno, Soraya Sáez de Santamaría, anunció, que reformarán la Ley que regula la elección del Consejo General del Poder Judicial, una especie de Gobierno de los jueces con más funciones, para que recupere la independencia perdida desde 1985.

El argumento para la reforma es que el Consejo está muy politizado y que ese problema se arregla si son los propios jueces, y no el parlamento como hasta ahora, quienes nombran a los integrantes de ese organismo con la finalidad de devolver la independencia al Consejo General del Poder Judicial que, supuestamente, se perdió cuando el PSOE estableció un nuevo modelo en 1985 para elegir a los vocales desde el parlamento.

Ante esta afirmación, los que llevamos muchos años en la Carrera Judicial somos escépticos, si recordamos que ya en julio de 2001, el Gobierno de José María Aznar selló con el PSOE de José Luis Rodríguez Zapatero un Pacto por la Justicia que, entre otras medidas, reformaba el sistema de elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial de manera que los jueces tuvieran un protagonismo especial para decidir quienes ocupaban 12 de los 20 puestos del consejo, pues los otros ocho correspondían a profesionales del derecho ajenos a la judicatura (abogados, catedráticos, fiscales...).

La XXI Reunión Nacional de Jueces Decanos de España, celebrada en Vitoria del 28 a 30 de Noviembre de 2011, propuso una serie de medidas urgentes para la reforma de la Justicia, entre las que destacaba el CESE DEL INTERVENCIONISMO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL, afirmando que existe un excesivo protagonismo de los partidos políticos en el ámbito de los órganos de gobierno y, en especial, en el Consejo General del Poder Judicial.

Se propugna por una votación directa de los jueces para la elección de miembros del Consejo General del Poder Judicial, un juez un voto. Pero, si bien es el sistema más democrático de elección, me entran dudas a la hora de afirmar que, este, sería el método para lograr una mayor representatividad de los miembros de la Carrera Judicial, pues no podemos olvidar que todo evento electoral precisa de una organización, y de un programa por parte de los candidatos. Ello nos lleva a afirmar que solamente las asociaciones judiciales poseen esa capacidad de organización necesaria para afrontar unas elecciones, por lo que siendo no asociados casi el cincuenta por ciento de los jueces y magistrados, esa representatividad sería relativa.

Por su parte Gonzalo Moliner, un mes después de ser nombrado Presidente del Consejo General del Poder Judicial, en una entrevista concedida a un periódico de difusión nacional, al ser preguntado cual sería el mecanismo para elegir

a los vocales, contestaba: “El sistema actual es manifiestamente mejorable. Mi criterio es que las asociaciones tengan menos protagonismo, y más protagonismo el Parlamento. Las asociaciones deberían estar en la preselección de candidatos, pero abriendo más la mano a los no asociados y también permitir que el Parlamento pueda tener más margen de decisión.”

Este, parece ser el sentir del anteproyecto del ministro de justicia aprobado el 21 de diciembre de 2012 por el Consejo de Ministros, que a pesar de las promesas electorales mantiene la elección por las Cámaras, si bien admite que cualquier juez podrá presentar su candidatura aportando el aval de 25 miembros de la carrera judicial en servicio activo o el de una asociación judicial. Cada juez o asociación podrá a su vez avalar a un máximo de 12 candidatos.

Las Cortes procurarán respetar la proporción existente en la carrera judicial entre afiliados y no afiliados y, como mínimo, la proporción de 3 magistrados del Tribunal Supremo, 3 con más de 25 años de antigüedad, 4 con menos y 2 jueces.

Dentro de este apartado debemos efectuar una breve referencia al sistema de elección de los órganos de gobierno del poder judicial en el derecho comparado, y alguna de sus competencias.

Existen sistemas de gobierno del Poder Judicial en los que su órgano simplemente no se elige, sino que se designa. Este procedimiento arrojaría una sombra de sospecha, no infundada, sobre la capacidad de independencia del Poder Judicial, pues se trataría de un poder sujeto a un órgano del poder ejecutivo, típicamente el Gobierno.

La independencia del órgano jurisdiccional, dice Chueca Rodríguez, es inversamente proporcional a su distancia orgánica y funcional respecto del poder ejecutivo, se presume que a menor intervención del ejecutivo en el gobierno del poder judicial, más independencia.

La complejidad progresiva de la demanda de servicios jurisdiccionales en un estado de derecho cada vez más garantista y la desconfianza hacia el ejecutivo, con el cual el poder judicial ha mantenido históricamente polémicas relaciones, están en la base del nacimiento y consolidación de la mayoría de los órganos colegiados de gobierno del poder judicial.

FRANCIA

La Constitución de la IV República, 27 de octubre de 1946, estableció el Consejo Superior de la Magistratura como órgano dirigido a garantizar institucionalmente la independencia de los titulares de los órganos jurisdiccionales, y capaz de decidir sobre la promoción profesional de los mismos. El Consejo Superior de la Magistratura estaba integrado por el Presidente de la República, dos miembros nombrados directamente por el mismo, el Ministro de Justicia, seis

miembros de la Asamblea Nacional y cuatro Magistrados de elección por y de entre ellos.

La Constitución de 1958 configura una idea presidencialista del órgano de gobierno atribuyendo la Presidencia al de la República y respecto de la cual el Consejo Superior de la Magistratura juega un papel de asistencia.

Este Consejo Superior tiene como Vicepresidente al Ministro de Justicia y lo integran además cinco Magistrados, un Fiscal, un consejero de Estado designado por el Consejo de Estado y tres miembros no pertenecientes al Parlamento ni al orden judicial designados respectivamente por el Presidente de la República, el de la Asamblea Nacional y el del Senado, tres de los miembros electos entre magistrados lo son por un colegio electoral integrado por unos 500 miembros (los magistrados de más alto rango), mientras que los tres restantes lo son a partir de la elección realizada por un colegio de algo menos de 6.000 magistrados.

En cuanto a competencias del órgano, elabora las propuestas para el nombramiento de los magistrados del Tribunal de Casación, primer presidente de tribunal de apelación y para los de presidente de tribunal de gran instancia. Los restantes magistrados son nombrados con informe favorable previo del Consejo Superior de la Magistratura.

ITALIA

La idea de independencia se plasmó sobre todo en la obsesión por privar al ejecutivo de cualquier competencia en relación con el status de los titulares de los órganos jurisdiccionales.

El Consiglio Superiore Della Magistratura, está compuesto, según el artículo 104 de la Constitución, por el Presidente de la República que lo es también del CSM, el primer Presidente y el Fiscal General del Tribunal de Casación. El resto de los miembros se eligen en sus dos terceras partes por los magistrados ordinarios de todas las categorías y de entre ellos. El tercio restante se elige por el Parlamento en sesión conjunta de ambas cámaras entre catedráticos de universidad de materias jurídicas y abogados con quince años al menos de ejercicio profesional. Un Vicepresidente es elegido por el CSM, al constituirse, de entre los miembros designados por el Parlamento.

En la actualidad, el CSM, está compuesto por veintisiete miembros: los tres miembros natos, ocho miembros nombrados por el Parlamento y dieciséis elegidos por los magistrados.

El CSM es el órgano de gobierno autónomo de la magistratura ordinaria al que competen entre otras, materia de contratación, las asignaciones de destinos, los traslados, los ascensos y las medidas disciplinarias.

A cambio, permanece en manos del Ministro la facultad de promover la iniciación de un procedimiento disciplinario contra un magistrado, debiendo ser el Consiglio Superiore Della Magistratura el órgano que actúa como juez. Es igualmente competencia del Ministro de Justicia “la organización y el funcionamiento de los servicios relativos a la justicia”.

PORTUGAL

La Constitución portuguesa, tras la revisión de 12 de diciembre de 2001, establece un Conselho Superior da Magistratura que se compone del Presidente del Supremo Tribunal de Justicia que es Presidente nato del Conselho y dieciséis vocales. De ellos, dos son designados directamente por el Presidente de la República, siete miembros elegidos por la Asamblea de la República y siete jueces elegidos por, y de entre ellos, según criterios de representación proporcional. La Constitución prevé la posibilidad de que puedan integrarse en el Conselho funcionarios judiciales cuya pertenencia al órgano se circunscribe a aquellos supuestos en que se trate de pronunciarse sobre sistemas de evolución de los méritos profesionales o procedimientos disciplinarios sobre funcionarios de su misma categoría.

El Conselho Superior da Magistratura es el órgano de gestión y disciplina de la magistratura al que corresponde el nombramiento, la atribución de destinos y traslados y la aplicación de medidas disciplinarias con respeto a los principios constitucionales de independencia, inamovilidad e irresponsabilidad por las decisiones tomadas en el ejercicio de sus funciones.

ALEMANIA

En Alemania los Länder comparten las competencias en materia judicial con lo órganos de la Federación.

La independencia del órgano jurisdiccional se acoge en la Constitución en los artículos 97.1 y 2 y 98. Convive con una atribución al poder ejecutivo en la provisión de plazas judiciales, régimen de ascensos, e inspección del servicio así como ejercicio de las competencias en materia disciplinaria.

La selección de Magistrados de los Tribunales Supremos Federales se realiza por un órgano específico de jueces compuesto por los Ministros del ramo de los Länder y un número igual de miembros elegidos por el Bundestag. Las decisiones lo son por mayoría simple en un órgano que preside el Ministro Federal de Justicia pero en el que carece de voto, aunque no de veto. La selección para Presidente de Sala, Vicepresidentes o Presidentes del Tribunal Federal es competencia del Ministro Federal sin participación de ningún otro órgano.

El sistema de selección y acceso a la judicatura es extremadamente complejo, y descansa en una formación progresiva en el seno de los propios órganos judiciales, sin perjuicio de la superación previa de los dos exámenes de estado.

Existe en cada Tribunal un Consejo presidencial que desempeña funciones en el procedimiento de selección y propuesta de nombramiento de jueces y magistrados; un Consejo de Jueces que se ocupa de cuestiones de carácter general y social; y la Presidencia del Tribunal que es el órgano colegiado competente para asignar los miembros a cada una de las salas y para el reparto de los asuntos que llegan a dicho órgano jurisdiccional.

INGLATERRA Y GALES

En la tradición británica reciente el responsable del funcionamiento del sistema judicial era el Lord Canciller, que a su vez desempeñaba la función de presidencia de la Cámara de los Lores. Doce miembros de la Cámara integraban el tribunal inglés de rango más elevado, a su vez disfrutaban de sus derechos como integrantes de un cuerpo co-legislador. Las decisiones del Law Lords son vinculantes para todos los Tribunales.

La reforma constitucional de 2005 ha operado un cambio profundísimo de la organización del gobierno de los jueces ingleses y galeses.

Los cambios clave introducidos serían los siguientes:

1. Deber de todos los poderes públicos y muy especialmente de los miembros del gobierno de respetar la independencia judicial, con expresa prohibición de intentar influir en las decisiones judiciales a través de cualquier vía.

2. Reforma del cargo de Lord Chancellor mediante la atribución de sus competencias al Presidente de los Tribunales de Inglaterra y Gales, el Lord Chief Justice que será responsable de la formación, carrera y destinos de los jueces y representará la opinión de la judicatura de Inglaterra y Gales ante el Parlamento y los miembros del Gobierno.

3. Se crea un nuevo Tribunal, la Supreme Court, sin vínculo alguno con la Cámara de los Lores y dotado de un sistema propio de nombramiento de sus miembros, empleados, presupuesto e incluso capacidad para fijar su sede.

4. Se crea una Judicial Appointments Commission, competente para la selección de los candidatos judiciales y recomendación de nombramiento a la Secretary of State for Constitutional Affairs, de modo que el mérito sea el único dato de relevancia como criterio para los nombramientos en el marco de un procedimiento de máxima transparencia.

5. Se crea un nuevo órgano, el Judicial Appointments and Conduct Ombudsman, que será competente para investigar y proponer recomendaciones en

relación con los procesos de nombramiento y con las quejas relacionadas con la actuación de los órganos judiciales.

La reforma persigue la transparencia en el nombramiento de los jueces y posibilidad de que estos procedimientos puedan ser investigados por un órgano independiente.

El Lord Chief Justice ha pasado a situarse al frente de la administración de todos los órganos judiciales de Inglaterra y Gales, sustituyendo así al Lord Chancellor.

DINAMARCA

Una reforma del sistema de gobierno judicial realizada en 1999 privó de competencias sobre los jueces al Ministro de Justicia. Dicha reforma se articuló a través de dos órganos de nueva creación: La Administración de Tribunales, dedicada a la gestión de los recursos materiales y personales de la administración de Justicia y un Consejo Independiente de Nombramientos Judiciales, un órgano colegiado a cuyo cargo corre todo lo referente a propuestas de nombramientos y destinos judiciales. Elabora las recomendaciones que posteriormente envía al Ministro de Justicia para el nombramiento de todos los jueces, excepto para el caso del Presidente de la Corte Suprema.

La Administración de Tribunales tiene a su cargo la misión de asegurar una utilización eficiente de la asignación financiera de cada órgano jurisdiccional.

FINLANDIA

El gobierno y la administración de justicia están incluidos dentro de las competencias del Ministro de Justicia. Sin embargo esta aparente imagen de dependencia del Ejecutivo trata de ser corregida por la existencia de un “Defensor del Pueblo del Parlamento”, que se concibe como un órgano supremo vigilante del Estado de Derecho.

Existe una Comisión de nombramientos judiciales. La preside el miembro perteneciente al Tribunal Supremo y es vicepresidente el juez procedente del Tribunal Administrativo Supremo.

HOLANDA

El sistema holandés ha experimentado una profunda transformación en base a una norma legal del año 2002.

Se creó el Consejo de la Magistratura, órgano de ámbito nacional. Sus competencias proceden de las que anteriormente tenía el Ministro de Justicia. Se trata de competencias funcionales presupuestarias, de control financiero, política personal, nuevas tecnologías, equipamiento inmobiliario, etc.

El Consejo de la Magistratura se compone de cinco miembros: tres jueces y dos antiguos miembros del gobierno, y está auxiliado por un aparato administrativo de algo más de un centenar de personas.

En la promoción de los magistrados el Presidente del Tribunal correspondiente posee una importante capacidad de decisión en base a criterios de experiencia, que en ningún caso se confunde con la antigüedad.

AUSTRIA

No existe un órgano de gobierno propio del poder judicial, atribuyéndose las competencias al Ejecutivo.

En la práctica la selección de los jueces y los ascensos se articulan mediante un procedimiento en los que la intervención de los magistrados, tanto en la formación como en la selección de los candidatos de ingreso, es relevante.

Para los nombramientos de juez y ascensos la competencia es del Ministro de Justicia federal, precedidos de la invitación a los órganos establecidos a estos efectos para que remitan las correspondientes propuestas de nombramiento. Las propuestas deberán contener al menos, tres candidatos para cada vacante.

BELGICA

El Conseil Supérieur de la Justice se compone de 44 miembros, 22 son magistrados elegidos de entre ellos y por ellos mismos, los otros 22, no magistrados, son elegidos por el Senado. Estos 44 miembros se encuentran divididos en dos colegios lingüísticos de 22 miembros, de los que 11 son magistrados y 11 no magistrados.

Los aproximadamente 2.300 magistrados se distribuyen en dos colegios electorales: francófono y neerlandófono.

SUECIA

La Constitución sueca establece que se efectuarán por el Gobierno o por autoridad designada por el Gobierno los nombramientos o cualquier cargo en tribunales a órganos administrativos subordinados al Gobierno.

El ingreso en la magistratura se produce a través de la selección realizada por un órgano público independiente, que juega un papel central en la elaboración del presupuesto de los Tribunales y desempeña un papel de intermediario entre Gobierno y Parlamento, de un lado y los órganos jurisdiccionales, de otro.

Para los posteriores ascensos y destinos existe una Comisión del Nombramientos independiente. Los criterios que sirven para fundamentar las propuestas

son la cualificación profesional personal, la experiencia judicial previa y las evaluaciones favorables recibidas previamente en el proceso de formación como juez o en los posteriores cursos de reciclaje.

Pero el Gobierno dispone, a través del Ministerio de Justicia, de una capacidad de rechazo de las propuestas realizadas.

Del análisis de los sistemas de elección de los órganos de gobierno de los jueces se desprende como indica Murillo De La Cueva que resultan tres grandes grupos de sistemas de organización del gobierno del Poder Judicial en un Estado de Derecho. Al primero cabe denominarlo externo, porque en él las principales decisiones sobre el estatuto de los Jueces se adoptan en sedes no judiciales. El segundo, es el modelo interno, que confía las decisiones a los propios órganos jurisdiccionales. El tercero es el que llamaremos institucional, pues se distingue por encomendar el gobierno del poder judicial a órganos creados ex profeso por el constituyente para desempeñar ese cometido.

Por lo que hace al modelo externo, como resalta Sala Sánchez, tiene como ingredientes principales la selección de los Jueces entre los profesionales del Derecho, por órganos políticos, su nombramiento vitalicio y la posibilidad de su destitución a través del procedimiento del impeachment, que resuelve el poder legislativo. Ha sido exponente de ello las soluciones adoptadas en los Estados Unidos, y en el Derecho Inglés.

Modelo interno –también llamado “administrativo”-. Implantado en el constitucionalismo de la Europa Occidental a lo largo del siglo XIX, ve prolongada su vigencia hasta la segunda posguerra del siglo XX, etapa en la que emerge el denominado modelo institucional. En el primer momento, quien resuelve, quien administra ese estatuto, es el Poder Ejecutivo, a través, normalmente, del Ministerio de Justicia. Cabrá impugnarlas cuando se considere que no son conformes a Derecho, lo que atribuye, en esos casos, la decisión final a los Tribunales.

Modelo institucional. Su primera manifestación aparece en la Constitución de la IV República Francesa, con la creación del Consejo Superior de la Magistratura. Este sistema pretende evitar las posibilidades de influencia que tenía el Poder Ejecutivo sobre los jueces en el modelo administrativo, así como para hacer verdaderamente efectiva la independencia del Poder Judicial, y, para llevar a sus últimas consecuencias el principio de separación de poderes. El modelo viene experimentando una creciente acogida en el ámbito del Derecho Comparado.

Después de lo antedicho, podemos concluir, como dice Chueca Rodríguez, que la composición típica de los Consejos de Justicia suele ser a base de miembros de derecho y miembros electos. Y, a su vez, es muy frecuente la composición mixta, es decir, integrada por miembros procedentes de la carrera judicial y miembros no pertenecientes a ella.

Los sistemas de elección también los ordena en tres clases, pero utilizando nominaciones distintas, y así habla de procedimientos parlamentarios, procedimientos con competencia del Jefe del Estado y procedimientos mixtos.

El caso español es un ejemplo de designación parlamentaria de los miembros del CGPJ. Aunque se trate de un procedimiento no exclusivamente parlamentario, dado que Congreso y Senado deben elegir doce miembros de entre los propuestos por los miembros de la Carrera judicial tras un procedimiento electoral interno previo.

Los procedimientos mixtos son sin duda los dominantes, aunque permiten muy diversas variantes. Cabe la posibilidad de que una parte de los miembros del órgano sean elegidos por los jueces y magistrados y la otra designados por el Gobierno (Hungría). Pero cabe también una elección en donde una parte sea de elección judicial y otra de elección por el órgano parlamentario según modalidades y procedimientos muy variados (Bélgica, Bulgaria, Italia, Polonia...).

Para terminar, debemos concluir en que el modelo de órgano de gobierno dominante en la mayoría de los sistemas jurídico-políticos analizados, es el colegiado, y están presididos por la idea de una separación de poderes, aunque la efectividad de tal separación deja mucho que desear en algunos sistemas.

5. ¿Está el salario de los jueces determinado por un órgano independiente? ¿Es su decisión vinculante?

A esta pregunta hemos de responder negativamente, ya que el salario del juez está determinado por la Administración, de hecho es el Ministerio de Justicia el que incluye el mismo en las partidas presupuestarias y el que mensualmente efectúa el pago de las nóminas.

El Juez está al servicio de sus conciudadanos, es lícito que haga de su profesión su medio de vida, demandando una retribución digna y adecuada al servicio que presta; no es admisible poner como fin principal el logro de los propios objetivos, por eso mi oposición, en el caso de los Jueces, a sistemas retributivos que atiendan únicamente al número de sentencias dictadas o de asuntos resueltos, por cuanto ello conlleva el riesgo de que el afán de obtener una mejor retribución conduzca a una resolución poco reflexionada, escasamente fundada o al abandono de los casos complejos por otros más sencillos.

Los Órganos de Gobierno de la Judicatura deben establecer unos módulos mínimos de trabajo, ciertamente exigentes pero realistas y exigir su cumplimiento, responsabilidad disciplinaria en los casos en que no se cumplan y no concurra una causa justificada para ello. Debe además dedicar al ejercicio de la función jurisdiccional el tiempo que esta demanda, no hacerlo así, conlleva como consecuencia, un más que posible retraso injustificado y probablemente también un estudio superficial de los asuntos sometidos a la consideración del Juez, lo que

supone un incremento del riesgo de error en la decisión. Ambas razones justifican un rígido régimen de incompatibilidades.

Es necesario un sistema retributivo adecuado a la responsabilidad de su cargo como garantía de independencia, de forma que la función de administrar justicia no se vea mediatizada o condicionada por necesidades o apetencias económicas.

El Libro Blanco del Consejo General del Poder Judicial ponía de manifiesto la necesidad de elaborar unos módulos con la doble finalidad de determinar la carga de trabajo que puede soportar un órgano jurisdiccional, módulos denominados de entrada, y de fijar los rendimientos orientativos de jueces y magistrados, módulos de dedicación o de salida.

Pero es preciso hacer notar que un módulo de trabajo es simplemente un dato, un indicio, que sólo hace posible una aproximación a la actividad jurisdiccional. El módulo por sí mismo, aislado, es un indicador que no permite alcanzar conclusiones acerca de la realidad que trata de valorar, ya que deben tenerse en cuenta otros elementos, como la entrada de asuntos, los cambios de destino, las bajas por maternidad, licencias por estudio, jubilaciones y otras situaciones que inciden en el desempeño de la actividad jurisdiccional.

El módulo de dedicación no puede sostener ningún juicio de valor sobre responsabilidad disciplinaria, concesión de compatibilidades o adopción de medidas de refuerzo, si no se contemplan esos otros datos objetivos y subjetivos.

La Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1), de 3 marzo 2006, resuelve un recurso interpuesto por la representación procesal de una Asociación judicial, contra Acuerdo de 3 de diciembre de 2003 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se aprobaba el Reglamento 2/2003, para el cumplimiento de la Ley 15/2003 de 26 de mayo reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal en lo relativo a las retribuciones variables por objetivos de los miembros de la carrera judicial.

La Asociación recurrente en su demanda solicitó la nulidad de dicho Reglamento en su integridad, alegando en síntesis que el Reglamento impugnado no responde en absoluto a la habilitación legal conferida al Consejo General del Poder Judicial, al no cumplir el mandato del artículo 8 de la Ley 15/2003.

La mencionada sentencia razona: “El artículo 402 de la LOPJ establece que el Estado garantiza la independencia económica de los jueces y magistrados mediante una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional y su artículo 403 dice que el régimen de retribuciones de jueces y magistrados se inspirará en los principios de objetividad, equidad, transparencia y estabilidad atendiendo a la función jurisdiccional, a la categoría y al tiempo de prestación de servicios retribuyéndose la responsabilidad del cargo y el puesto de trabajo.”

“El Anexo I del Reglamento impugnado, acepta que no ha realizado una valoración de la dedicación para cada caso concreto, ni para cada destino, sino que ha operado partiendo de cómputos globales aproximativos, que por lo demás tampoco aparecen suficientemente detallados, de los que saca unas consecuencias que son las que le llevan a fijar unos módulos desde una perspectiva básicamente productivista. Prescindiéndose de la valoración individualizada de la actividad jurisdiccional, para la satisfacción de la tutela judicial efectiva, tal y como exige la Ley 15/2003, es obvio que se ha ido más allá de la habilitación legal, y si como se concluye, el Anexo I del Reglamento impugnado, va más allá de la habilitación legal y todos los preceptos contenidos en el Reglamento tienen como objeto fundamental y primordial la aplicación de dicho Anexo incluido en el mismo, que es el que permite la conformación de la retribución variable por objetivos, debe concluirse con la estimación de la pretensión formulada por la Asociación actora, y consiguientemente procede declarar la nulidad del Reglamento 2/2003 de 3 de diciembre de 2003, al exceder de la habilitación legal que le venía dada por la Ley 15/2003.”

Ana María Orellana Cano, Magistrada Especialista de lo Social, y Presidente de la Sección 1ª del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en un artículo publicado en el número 20 de la revista “Justice in the World”, bajo el epígrafe “El poder adquisitivo de la carrera judicial española en relación con el de los magistrados de otros países de la unión europea”, afirmaba que:

“La independencia económica de los Jueces y Magistrados, como elemento integrante de la independencia judicial, ha de ser garantizada mediante una adecuada retribución durante el servicio en activo y a través de una equilibrada protección de la Seguridad Social, debiendo ser ambas acordes con la alta función que se desempeña o que se ha desarrollado. Las percepciones de los Jueces y Magistrados españoles deben ser objeto de una real equiparación a las percepciones económicas de los Jueces y Magistrados de los restantes Estados miembros de la Unión Europea o de los países signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, tanto durante el servicio en activo como en el ámbito de la protección social, de forma que se asegure en España, al menos, el poder adquisitivo medio que tienen los miembros de la Carrera Judicial en todos estos países.”

Dentro de las retribuciones de la Carrera Judicial española se distinguen:

Las retribuciones fijas, en las que se incluyen las retribuciones básicas (sueldo, antigüedad y pagas extraordinarias).

Las retribuciones complementarias (complemento de destino y complemento específico).

Las retribuciones diferidas (aportaciones al Plan de pensiones).

Las retribuciones especiales (sustituciones sin relevación de funciones).

El artículo 13 párrafo primero del Estatuto Universal del Juez, aprobado en la reunión del Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados de Taipei (Taiwán), el 17 de noviembre de 1999, declara que “el Juez debe recibir una remuneración que sea suficiente para asegurar su independencia económica”.

Ana María Orellana Cano, realiza un análisis comparativo de las percepciones de los miembros de la Carrera Judicial en los distintos Estados de la Unión Europea, para examinar si nuestras retribuciones garantizan la independencia económica a la que se refiere el Estatuto Universal del Juez. Para ello se basa en el informe de la European Comision for the Efficiency of Justice (CEPEJ), emitido en el año 2008. Los datos salariales que recoge se refieren al año 2006.

A tenor de la Tabla 91 del informe de la CEPEJ, un Juez en España percibía un sueldo medio bruto anual, a principio de su Carrera, de 45.230 €, es decir, 1,7 veces el salario medio de un trabajador y, al final de su Carrera, 4,3 veces el salario medio, si prestaba servicios profesionales en el Tribunal Supremo.

Los Jueces de los Países de la Unión Europea, al principio de su Carrera Judicial, tienen sueldos superiores a los nuestros en los siguientes países:

- En Escocia, 170.000 €, 3.75 veces el sueldo de un Juez español.
- En Inglaterra, 143.708 €, 3.17 veces el sueldo de un Juez español.
- En Irlanda del Norte, 140.608 €, 3.1 veces el sueldo de un Juez español.
- En Irlanda, 127.664 €, 2.82 veces el sueldo de un Juez español.
- En Islandia, 97.240 €, 2.14 veces el sueldo de un Juez español.
- En Suiza, 96.500 €, 2.13 veces el sueldo de un Juez español.
- En Dinamarca, 91.904 €, 2.03 veces el sueldo de un Juez español.
- En Suecia, 88.044 €, 1.94 veces el sueldo de un Juez español.
- En Noruega, 87.000 €, 1.92 veces el sueldo de un Juez español.
- En Luxemburgo, 76.607 €, 1.69 veces el sueldo de un Juez español.
- En Los Países Bajos, 70.000 €, 1.54 veces el sueldo de un Juez español.
- En Andorra, 67.581 €, 1.49 veces el sueldo de un Juez español.
- En Bélgica, 56.487 €, 1.24 veces el sueldo de un Juez español.
- En Chipre, 52.616 €, 1.16 veces el sueldo de un Juez español.
- En Finlandia, 50.000 €, 1.1 veces el sueldo de un Juez español.

Nuestra retribución es mayor que la de los Jueces de Austria, Francia, Alemania, Grecia, Italia y Portugal. Los restantes países en los que los sueldos de los Jueces y Magistrados son inferiores a los de España, son los países del Este.

En otros países de la Unión Europea se establecen algunos beneficios adicionales reconocidos a favor de los Jueces y Magistrados, tales como reducciones fiscales, otorgamiento de viviendas, préstamos reducidos para adquirir la vivienda, etc.

Pero no basta con tener una retribución digna durante el ejercicio de la profesión, sino que la suficiencia debe prolongarse a la edad de jubilación, para que el juez durante el desarrollo de su función, no tenga porqué pensar en la situación económica en que va a quedar cuando llegue a la jubilación, lo que en caso de cicatería o insuficiencia podría llegar a condicionar algunas de sus resoluciones.

PENSIONES DE LOS JUECES EUROPEOS

SE INSERTA A CONTINUACIÓN UN CUADRO EN EL QUE SE RECOGE la pensión de los jueces europeos al llegar a la jubilación.

PAIS	EDAD DE JUBILACIÓN OBLIGATORIA	EDAD A LA QUE ES POSIBLE JUBILACIÓN MÁS TEMPRANA	CALCULO PENSIÓN OBLIGATORIA	CALCULO PENSIÓN VOLUNTARIA
Austria	65	61,5	El 80% de la media de los ingresos de los últimos 6 años	Reducción de un 4% por año de anticipación
Bélgica	67	61,5	El 75% de la media de los ingresos de los últimos 5 años, con límite máximo de 69.663/año	Se requiere un mínimo de 20 años de servicios.
Bulgaria	65	Sin respuesta	Como la de otros ciudadanos (4.500 € aprox)	
Croacia	70	55	El 50% de la media de mayores ingresos obtenidos en 13 años	
Estonia	67	A los 30 años de servicios	El 75% de la última retribución	El 75% de la última retribución
Finlandia	68	63	El 60 % de la media de los ingresos de los últimos 10 años	El 60 % de la media de los ingresos de los últimos 10 años
Georgia	65	Agotar el plazo	491,40 euros (pensión de un Juez del TS)	

PAIS	EDAD DE JUBILACIÓN OBLIGATORIA	EDAD A LA QUE ES POSIBLE JUBILACIÓN MÁS TEMPRANA	CALCULO PENSIÓN OBLIGATORIA	CALCULO PENSIÓN VOLUNTARIA
Alemania	65	63	71,35% de su última retribución	64,55% de la última retribución
Israel	70	A los 60 años con 20 de servicio o a los 65 años con 15 de servicios	Para Jueces nombrados antes de 1999, un máximo del 70% de la última retribución, dependiendo del tiempo de servicios. Para el resto de Jueces, la cuantía depende del comportamiento de los fondos de pensiones en el mercado de capitales.	
Letonia	70 años Jueces de Distrito 75 años para los del TSTS	65 (Juez de Distrito) 70 (Juez del TS)	Un máximo del 80% de la media de los ingresos de los últimos 5 años.	El 50% de su última retribución
Liechtenstein	64	60		50% de la última retribución
Malta	65	65	Las 2/3 partes de la base reguladora de 16.813 euros	
Holanda	70	55	Un máximo del 70% de la media de los ingresos percibidos durante su carrera	Reducción de 0.5% por cada año de anticipación
Noruega	70	65	El 60% de su última retribución, contando con 30 años de servicios	El 60% de su última retribución, contando con 30 años de servicios
Polonia	75	60	80% de la media de las retribuciones de los últimos 6 meses	75% de la última retribución
Portugal	65	65	Básicamente la misma de su última retribución	
España	70	65	Entre el 45 y el 27% de la última retribución	La misma regla por existir tope máximo de pensión
U.K.	70	60	El 50% de su última retribución	Con 20 años de servicio no hay reducción Con menos de 20 años: Reducción

En España al jubilarse un juez o magistrado, no se tiene en cuenta el concepto mayoritario como son los complementos y se rige por la cantidad prevista.

Pensión mensual máxima para el año 2012 es equivalente a 2.522,89 euros, lo que supone una anual de 35.320,46 euros.

Por otro lado y en cuanto al sistema de asistencia médico-sanitaria, los jueces y magistrados jubilados siempre han tenido que hacer frente al copago, aún antes de la situación legislativa actual que lo ha impuesto con carácter general, soportando un 30% del valor de los medicamentos.

Conforme al artículo 403 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: “1. El régimen de retribuciones de los jueces y magistrados se inspirará en los principios de objetividad, equidad, transparencia y estabilidad, atendiendo para su fijación a la dedicación a la función jurisdiccional, a la categoría y al tiempo de prestación de servicios. Se retribuirá, además, la responsabilidad del cargo y el puesto de trabajo”. Principios que igualmente son tenidos en cuenta en la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal.

No obstante lo anterior, la Carrera Judicial ha sido objeto de una bajada salarial sin precedentes, vulnerando todos los principios anteriormente referidos, y no garantizándose la independencia económica, máxime atendiendo al estricto régimen de incompatibilidades que impiden a Jueces y Magistrados desarrollar cualquier otra función que complemente sus ingresos. La austeridad que tanto se predica a raíz de la actual situación de crisis económica, venía aplicándose en la Administración de Justicia incluso en los años en que la economía era pujante y hubiera permitido mejorar la situación de los Juzgados y Tribunales en España, dotándoles de mayores y mejores medios, y de mayor personal, incrementándose el número de órganos judiciales en la medida necesaria al trabajo que soportan.

6. ¿Está asegurada la independencia del juez en el seno del sistema judicial, de modo que no pueda ser sometido a ningún tipo de presión por parte de sus colegas o por la de sus superiores cuando aquel dicta sus resoluciones?

En toda sociedad democrática es un postulado básico que los jueces deben ser independientes en tanto no pueden estar sometidos, cuando administren justicia, sino a la ley. Así lo expresa claramente nuestra Constitución cuyo artículo 117 dice que la justicia se administra por jueces y magistrados “sometidos únicamente al imperio de la ley”. Es lógico, pues, que el valor constitucional de la independencia judicial, inseparable del principio de división de poderes, esté presente en las preocupaciones de los ciudadanos.

Jiménez Villarejo (Magistrado del Tribunal Supremo) señala la vivencia que tiene quien ha desempeñado la función judicial, sucesivamente, en una dictadura

y en una democracia, y la diferencia la expone con las siguientes palabras: “en una dictadura la independencia, especialmente cuando se han de resolver ciertos conflictos, tiene que ser a veces resultado de un esfuerzo dramático e incluso heroico, en tanto en el Estado democrático casi todo está orientado a facilitar ese resultado.”

La independencia de los jueces es parte indisociable de su estatuto y consiste en el derecho y el deber de estar sometidos únicamente a la ley cuando ejercen la jurisdicción, esto es, cuando juzgan y hacen ejecutar lo juzgado. De esto se deduce que se trata de algo exclusivamente atribuido a los jueces y magistrados y sólo en tanto administran justicia. Son los únicos titulares de lo que tradicionalmente llamamos poder judicial, de suerte que la independencia de este poder es la que debe ser reconocida a los jueces cuando tramitan y resuelven contiendas civiles o mercantiles, instruyen procedimientos penales, acuerdan la prisión o la libertad provisional de un imputado, dictan sentencias u ordenan su cumplimiento.

Es necesario retener esta idea porque la presencia, en nuestra realidad política y jurídica del Consejo General del Poder Judicial, puede dar lugar a confusiones. De hecho, ya tropezamos, dice Jiménez Villarejo, con una confusión cuando en el lenguaje periodístico, que insensiblemente tiende a ser el de todos, se llama “poder judicial” al Consejo General del Poder Judicial. Este, sigue diciendo, es el órgano de gobierno de los jueces pero en él no reside el poder judicial. Ha sido creado para que los jueces sean gobernados por un órgano distinto y autónomo del ejecutivo -garantizándose mejor de esa manera su independencia-, pero los miembros del Consejo General del Poder Judicial no son titulares del poder judicial -ni lo es el Consejo en su conjunto- por la sencilla razón de que no administran justicia aunque sean, en su mayoría, jueces y magistrados. No tiene, pues, mucho sentido, concluye, hablar de la independencia judicial si de lo que se habla es de la independencia del Consejo General del Poder Judicial, quien debe desempeñar sus funciones sin interferencias del Gobierno de la nación.

Por otra parte, la independencia de los jueces no es un privilegio que se les otorga en razón de la importancia y dignidad de su función. Es, fundamentalmente, una garantía para los ciudadanos. Los ciudadanos de una sociedad democrática tienen, en última instancia, la garantía de su libertad e igualdad en la ley en cuanto ésta es expresión de la voluntad general.

Ya la LEY PROVISIONAL de 15 DE SEPTIEMBRE 1870 que tuvo una vigencia de mas de 100 años, en su artículo 4º disponía que no podrán los Jueces ni los Tribunales aprobar, censurar o corregir la aplicación o interpretación de las leyes, hecha por sus inferiores en el orden jerárquico, sino cuando administren justicia en virtud de las apelaciones o de los recursos que las leyes establezcan.

Por otro lado en su artículo 9º disponía que no podrá el Gobierno destituir, trasladar de sus cargos, jubilar a los Jueces y Magistrados, sino en los casos y en la forma que establecen la constitución de la monarquía y las leyes.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio del Poder Judicial en su artículo 12 al hablar de la Independencia de Jueces y Magistrados dispone:

1. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial.

2. No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan.

3. Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Artículo 13. Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados.

El Artículo 14 prevé mecanismos adecuados a ejercitar para la defensa de la independencia judicial:

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 aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial.

Los estudios constitucionales del derecho comparado han mostrado que sin independencia judicial no existe Estado de Derecho, ni libertad, ni democracia. Sólo unos jueces autónomos pueden proteger los derechos de los ciudadanos y garantizar que estemos en un gobierno de leyes y no de personas, en donde las autoridades no abusan de su poder. Y sólo respetando las reglas constitucionales y los derechos fundamentales, como la libertad de expresión, es posible que se forme una voluntad democrática libre. Por eso los países que primero consolidaron la independencia judicial, como Inglaterra, han sido también las primeras democracias modernas.

7. ¿Existe un código de ética judicial; está diseñado y controlado por los jueces o por otro tipo de órgano?

Según los clásicos, razona José Manuel Sieira Miguez, podemos citar entre los principios éticos predicables de la función judicial, la probidad, el desinterés, la dignidad, el decoro y la imparcialidad.

La Probidad, no es otra cosa que la honradez, entre cuyos elementos destaca la insobornabilidad. Mucha gente la relaciona con tentadores prebendas económicas pero no debe olvidarse que hay muchas formas de tratar de influir sobre un juez, como son los halagos y promesas, los que pueden ser nefastos y más peligrosos que una mera oferta de dinero.

Pero la probidad conlleva, también, la necesidad de que el Juez tenga una conciencia moral bien formada y una sólida formación jurídica y humana. Si el Juez no está jurídica y humanamente bien formado no es independiente.

La Dignidad. La forma de comportarse de uno de sus miembros repercute negativa o positivamente en todos los demás. La exigencia de una actitud profesional digna se multiplica porque tienen mayor repercusión pública las actitudes negativas que las positivas, quizás porque vende más el escándalo que la virtud.

La Imparcialidad. Si el Juez no goza de una adecuada formación jurídica, no podrá aplicar la norma con imparcialidad simplemente porque la desconoce. Necesita una sólida formación humana que le permita valorar las circunstancias que concurren en cada caso concreto, teniendo en cuenta las exigencias de la realidad social en que se desenvuelve. El Juez sin una sólida formación jurídica y humana podrá ser éticamente imparcial pero no jurídicamente imparcial. El Juez debe carecer de vinculaciones de cualquier índole, personales, económicas, políticas o sociales.

La Abstención. El Juez ha de estar y parecer supeditado exclusivamente a la Ley y al Derecho. No puede hacer elección formal por ninguna de las distintas opciones políticas existentes en la sociedad en que se integra. Digo opción formal, porque el Juez no deja de ser un ciudadano sin ninguna otra especialidad que aquella que se deriva de la función que desempeña. Convicciones personales no deben traslucirse al exterior, esto no significa que las convicciones personales del Juez no puedan tener reflejo en sus decisiones, ello es inevitable y así sucede al valorar la realidad social, lo que queremos decir, como ya hemos reflejado anteriormente, es que el Juez debe carecer de vinculaciones de cualquier índole, personales, económicas, políticas o sociales.

Ilustrativos son los conocidos principios propugnados por Domicio Ulpiano, jurista romano nacido en Fenicia a finales del siglo II, al que asesinaron los pretorianos por propugnar que su poder se sometiera a la ley: “*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (vivir honradamente, no dañar a otro, dar a cada cual lo suyo).

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio del Poder Judicial en su artículo 154 dispone que, no podrán estar presentes en las discusiones y votaciones los que tuvieran interés directo o indirecto en el asunto de que se trate, siendo de aplicación en este caso lo dispuesto en la Ley para la abstención y recusación. Añadiendo el artículo 217 que el juez o magistrado en quien concurra alguna de las causas

establecidas legalmente se abstendrá del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse.

Por su parte el artículo 219 determina nominativamente las causas de abstención y recusación.

Son causas de abstención y, en su caso, de recusación:

1ª 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.

2ª 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.

3ª 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.

4ª 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.

5ª Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes.

6ª 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.

7ª Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.

8ª Tener pleito pendiente con alguna de éstas.

9ª Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.

10ª Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.

11ª Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.

12ª Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa.

13ª 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.

14ª 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 1ª a 9ª, 12ª, 13ª y 15ª de este artículo.

15ª 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.

16ª 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.

8. ¿Está la materia disciplinaria gestionada por un órgano independiente?; en caso positivo ¿hay mayoría de jueces? ¿Es su decisión vinculante?

El artículo 15 de la L.O.P.J garantiza que 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.

La determinación del órgano que ostenta la competencia disciplinaria sobre los jueces resulta relevante para salvaguardar su independencia. A nivel internacional se constata una tendencia consistente en atribuir dicha competencia a órganos colegiados compuestos mayoritariamente o en su totalidad por jueces. En algunos casos el Consejo es creado con la finalidad principal de ejercitar esta potestad disciplinaria (por ejemplo los Judicial Conduct Councils en determinados Estados de EEUU); en otros supuestos la composición del Consejo será diferente cuando ejerce funciones disciplinarias (la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la judicatura de Colombia está compuesta por siete magistrados, elegidos por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno por un periodo de 8 años).

En el sistema español la competencia disciplinaria se reparte entre el Consejo General del Poder Judicial que está compuesto mayoritariamente por jueces, y otros órganos de gobierno interno de los tribunales, compuestos en su totalidad por jueces:

El Consejo General del Poder Judicial es competente para imponer sanciones a los miembros de la carrera judicial por la comisión de alguna de las infracciones administrativas que cuando son:

- muy graves, conoce y resuelve el Pleno;
- graves conoce y resuelve la Comisión Disciplinaria;

Las Salas de Gobierno de los Tribunales, pueden imponer las sanciones de multa o de advertencia y multa por la comisión de infracciones leves.

Los Presidentes de los Tribunales (Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia) pueden imponer la sanción de advertencia a los jueces y magistrados dependientes de los mismos.

En cuanto a si las decisiones del Consejo General del Poder Judicial en materia disciplinaria son o no vinculantes, las mismas también están sometidas a control judicial, de tal manera que el interesado puede formular recurso contencioso-administrativo que será resuelto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Un tema que se ha suscitado es la transparencia informativa en materia disciplinaria sobre los jueces y magistrados, esto es si las sanciones que el pleno del Consejo General del Poder Judicial o la comisión disciplinaria del citado organismo impongan a los jueces y magistrados deben o no ser públicas.

Las decisiones tanto del pleno como de la comisión disciplinaria que suponían apertura de expedientes informativos o disciplinarios, así como las exculpaciones o las sanciones que se imponían a jueces y magistrados eran públicas. Incluso el Consejo publicó hasta 2004 unos libros compilatorios sobre las mismas. En la actualidad en la *www* del Consejo General del Poder Judicial, aparecen referencias a la responsabilidad disciplinaria.

José Manuel Gómez Benítez, vocal del C.G.P.J. señalaba que la política de transparencia “exige una actuación responsable de las Administraciones públicas, de forma que la información sobre su actividad no perjudique el ejercicio de sus respectivas funciones y los derechos fundamentales de las personas”. Agregaba que la transparencia “es incompatible con las prácticas de ocultación de aquello que, con los límites señalados, tiene interés público, y precisamente por eso, debe ser difundido de forma veraz y responsable”.

Por el contrario, “una política de ocultación de la actividad pública deja el campo abierto a la filtración interesada, manipulada y parcial de una información que de otro modo habría llegado con naturalidad y objetividad a los ciudadanos”.

Sin embargo, frecuentemente, se abre un expediente a algún magistrado por noticias que aparecen en los medios de comunicación, lo que entendemos es incorrecto, ya que la apertura de un expediente ha de serlo en estricta aplicación del principio de legalidad, no de la oportunidad, por mucho que disguste a la opinión pública.

9. ¿Está la formación de los jueces gestionada por un órgano independiente?

La formación de los jueces es esencial para que podamos hablar de una verdadera independencia judicial, ya que esta debe ser considerada como libertad de la

propia voluntad del juez y sus propias creencias particulares a la hora de decidir. La formación pretende darle instrumentos al juez de total independencia, impidiendo así que sus decisiones se encuentren afectadas por injerencias externas, para asegurar que el desempeño de su función atienda a los principios de la justicia.

Ello nos lleva a plantear, en primer lugar, un tema tan controvertido por la opinión pública y por los juristas sobre los sistemas de selección y acceso a la Carrera Judicial, en concreto la necesidad o no de una oposición, que se tilda de memorística, o la prevalencia de otros sistemas; y en segundo lugar la necesidad de que una vez se ha ingresado y se está ejerciendo la profesión, mantener la formación de los jueces.

Ya la exposición de motivos de la ley de 14 de octubre de 1882, ADICIONAL A LA ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, después de afirmar que “El Gobierno de V.M. fia en la independencia de los Magistrados y en la rectitud de sus propósitos” y recordar que “la Magistratura es un sacerdocio que impone altísimos deberes y gravísimas responsabilidades”, aborda la forma en que debe accederse a la carrera judicial. “El ingreso en la carrera mediante pruebas de aptitud científica, apreciadas en público certamen, es sin duda una reforma saludable en que cifran con razón las más lisonjeras esperanzas cuantos se interesan en el mejoramiento y perfección de la administración de justicia. Abriendo las puertas al verdadero mérito, la oposición presta aliento a la juventud para perseverar en el estudio, enaltece la dignidad de las funciones públicas, y afirma sobre sólida e inquebrantable base la independencia de la justicia, no menos que la de aquellos a quienes V.M. confía la noble y trascendental misión de administrarla y cooperar a que se administre bien y cumplidamente.

Más, no basta la aptitud teórica acreditada en un certamen para el buen desempeño de las augustas funciones de la Judicatura. Menester es que una práctica ilustrada sirva de complemento a la educación científica de los aspirantes antes de que el Estado ponga en sus manos la fortuna, la honra, la libertad y la vida de los habitantes del territorio español, los cuales podrían sino ser víctimas de tardíos y peligrosos aprendizajes. La más vulgar prudencia, lejos de confiar sin precauciones a alumnos recién salidos de las aulas, por aventajados que se les suponga, la resolución de los más arduos negocios de la vida exige de ellos que adquieran previamente en la práctica de los asuntos el sentido de la realidad.”

El régimen de acceso a la Carrera Judicial viene actualmente establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El texto legal fija las siguientes vías de ingreso en la Carrera Judicial:

1) Una primera vía de acceso por la categoría de Juez; recogida en el artículo 301.3 de la ley, que establece que “El ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de juez se producirá mediante la superación de oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial.

2) Dos vías de acceso mediante selección directa para la categoría de magistrado, son los llamados:

–cuarto turno (artículo 311 de la LOPJ) “De cada cuatro vacantes que se produzcan en la categoría de magistrado, la cuarta vacante se proveerá por concurso, entre juristas de reconocida competencia y con más de 10 años de ejercicio profesional, que superen el curso de formación al que se refiere el apartado 5 del artículo 301.

–turno autonómico (artículo 330.4 de la LOPJ), que preceptúa que “En las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, una de cada tres plazas se cubrirá por un jurista de reconocido prestigio con más de 10 años de ejercicio profesional en la comunidad autónoma, nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial sobre una terna presentada por la Asamblea legislativa”.

3) Una vía de acceso directo a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo, denominada habitualmente “quinto turno”, en consideración a que los artículos 343 y 345 de la LOPJ disponen que de cada cinco vacantes en el Tribunal Supremo, una de ellas será cubierta por un profesional seleccionado entre “Abogados y juristas de prestigio que, cumpliendo los requisitos establecidos para ello, reúnan méritos suficientes a juicio del Consejo General del Poder Judicial y hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años preferentemente en la rama del Derecho correspondiente al orden jurisdiccional de la Sala para la que hubieran de ser designados”.

Son plurales las críticas que se lanzan contra el sistema de oposición, siendo las más frecuentes:

1) Que el sistema de oposición es elitista.

2) Que por su concepción determina que los seleccionados no estén socializados, es decir, que favorece la recluta de profesionales que resuelven los problemas judiciales desde una concepción individual y ajena a la realidad social. Una crítica que describen con la sugerente frase de que los jueces resuelven desde su “torre de marfil”.

3) Que impone esfuerzos inhumanos.

4) Que responde únicamente a un esquema memorístico.

Frente a ello el magistrado Pablo Llarena, presidente de la Audiencia de Barcelona, argumenta:

1) El elitismo que se proclama se desvirtúa de forma empírica cuando analizamos la extracción de las diferentes promociones de la Carrera Judicial. La mayor parte de los candidatos seleccionados proceden de la clase dominante en nuestro país: la clase media. Las comunidades autónomas en las que mayor por-

centaje de ciudadanos alcanzan la superación de las pruebas de acceso son Galicia y Andalucía, que obviamente no son las de mayor desarrollo económico de nuestro país. La función judicial -que supone ocupar una posición preeminente en la escala social- es, probablemente gracias a la oposición, la mayor responsabilidad pública que puede alcanzar cualquier ciudadano con su propio esfuerzo y sin necesidad de pertenecer a una élite económica o política, o de contar con relaciones de influencia; y si es cierto que el estudio a tiempo completo exige una disponibilidad económica, es lo cierto que el obstáculo se salva con un sistema de becas y no eliminando la exigencia de estudiar.

2) Pueril resulta, sigue diciendo Llarena, la crítica de que el sistema de oposición determina la selección de jueces ajenos a la realidad social. Es la educación y una formación responsable la que permite que una persona tome conciencia de la realidad que le rodea y el estudio de la oposición, ni impide, ni frena tal enriquecimiento. La preparación de la oposición no sólo se suma a otros largos años de formación personal, y ciertamente puede aseverarse que los candidatos procedentes de la oposición pueden aportar a la globalidad de la sociedad para la que trabajarán, un menor número de prejuicios que aquellos otros aspirantes que han tenido una larga vida profesional en la que asumieron la defensa de unos determinados postulados o la representación de concretos grupos sociales. Resulta así evidente que los jueces procedentes de la oposición, son más permeables a valorar las distintas inquietudes que refleja una sociedad compleja y plural, que aquellos que acceden a la judicatura tras una larga actividad laboral parcial y comprometida; estos presentan un importante déficit de imparcialidad en consideración a haber ejercido una larga actividad profesional en defensa de determinados sectores económicos, administrativo o sindicales.

3) La aseveración de que la oposición es inhumana se construye sobre la afirmación de que los aspirantes que lograron superar la fase de oposición emplearon una media de cuatro años en estudiar el temario. Sólo una ética contraria a valorar y reconocer los esfuerzos puede encontrar que este tiempo de estudio resulte incoherente para la trascendente función y el inmenso poder que se les atribuirá después. En todo caso, la injustificación del esfuerzo ha de medirse en relación a lo que con él se obtiene, y resulta obvio que este tiempo de estudio es adecuado, no sólo en la medida en que hace que los nuevos jueces alcancen su función con una mayor madurez, sino por ser precisamente estos años de estudio los que aportan la totalidad de los recursos técnicos y jurídicos que utilizarán en el desarrollo correcto de su función.

4) Igualmente pervertida está la crítica de que la oposición es memorística. La afirmación se realiza identificando el conocimiento del opositor como una repetición machacona y acrítica. Se describe su discurso como el de un magnetófono o un loro y, sobre esta base, se concluye en la necesidad de eliminar estos exámenes. El argumento olvida dos realidades concluyentes: a) que el conoci-

miento sólo se alcanza con un aprendizaje, siempre que se recuerde después lo descubierto y b) que todo opositor alcanza con su estudio un grado de interrelación y reflexión que le permitirá después la aplicación de la norma general al caso concreto.

Entiendo, sigue diciendo Llarena, que la oposición es esencial e irremplazable para viabilizar que los aspirantes cuenten con dos elementos esenciales: A) conocimiento técnico y B) independencia en el ejercicio jurisdiccional.

A) El conocimiento técnico. No creo equivocarme al afirmar el fracaso del sistema universitario español. Su ineficacia se plasma en la existencia de una formación superior generalizada, pero incapaz de garantizar que ningún jurista confiaría la defensa de su libertad, de su patrimonio o de su afectividad familiar, a un recién graduado. Existe una convicción de que el sistema universitario, por regla general, sólo “aprueba”.

En tal coyuntura, pretender que el estado confíe la defensa de los derechos más esenciales de los ciudadanos a unos individuos titulados, sin asegurarse que cuentan con un conocimiento adecuado y suficiente del ordenamiento jurídico, resulta una temeridad.

El funcionamiento del estado de derecho pasa necesariamente por que los jueces conozcan el entramado normativo de la colectividad, y ello con base en que:

1) Sólo cuando los conflictos se resuelven conforme a derecho, puede predicarse que se realiza la soberanía popular plasmada en las leyes.

2) Únicamente la sujeción a las leyes garantiza la seguridad jurídica que permite al individuo comportarse en libertad, conociendo las consecuencias de su acción y actuando con asunción de las mismas.

3) La densidad litigiosa impone que los jueces hayan de limitar el estudio normativo al menor número de supuestos posibles, centrando su actuación profesional esencialmente en el estudio fáctico y en la reflexión de las peculiaridades jurídicas concurrentes.

B) La independencia en el ejercicio jurisdiccional: La judicatura, como hemos dicho, es la mayor responsabilidad pública que puede alcanzar cualquier ciudadano con su propio esfuerzo y sin necesidad de pertenecer a una élite económica o política, o de contar con relaciones de influencia. La percepción de que la selección no depende de influencias extrañas, elimina un vasallaje real o aparente y coloca al profesional en la percepción de que sólo se debe al objeto de su estudio y esfuerzo: al derecho.

Es evidente que aportar esa percepción no es predicable exclusivamente de la oposición y que puede obtenerse de cualquier método de evaluación que refle-

je que la discrecionalidad técnica de quien examina no se encuentra pervertida por elementos externos; en todo caso, unas pruebas selectivas concentradas en el tiempo y públicas, y la realidad de unos Tribunales que se han conducido hasta ahora con un grado de responsabilidad inexistente en otros ámbitos, justifica la confianza en un sistema que no se comportaría mejor, de valorarse periodos académicos, bien por los mismos docentes que han convivido durante el periodo de aprendizaje, bien por otras personas pero en consideración a un expediente académico.

Complemento de este sistema de selección es la Escuela Judicial, necesaria para alcanzar una capacidad o habilidad aplicativa de los conocimientos; pero ello exige la previa existencia de una completa formación teórica y la Escuela Judicial, dice Pablo Llarena, sin el soporte de la formación que impone la superación de una oposición, sólo suministraría una mínima, desestructurada, incompleta y unívoca formación de pautas o hábitos profesionales. Algo que apreció en el año 2007 el sistema de Selección de Jueces francés, cuyo Senado recomendó una mayor exigencia teórica para quienes pretenden acceder a la Escuela Nacional de la Judicatura sita en Burdeos, ejemplificando la necesidad de mejora mediante un contraste con los sistemas de Selección de Jueces de España y Alemania.

En todo caso, el que sean fácilmente superables las críticas que ordinariamente se hacen al examen de oposición no quiere decir que el instrumento sea idóneo o adecuado para la función que se le atribuye y se debe meditar y modificar algunos aspectos de la metodología del examen de oposición, pero en modo alguno la crítica puede apuntalar la conclusión de que no es necesario evaluar de manera rigurosa que los aspirantes cuenten con un perfecto conocimiento del ordenamiento jurídico, pues esto no es en modo alguno presumible por el hecho de haber cursado el aspirante estudios universitarios de derecho.

Que el sistema de selección directa es algo positivo resulta indudable. La Selección Directa permite enriquecer la judicatura con profesionales que cuenten con un contrastado conocimiento y habilidad científica, que los han alcanzado tras una vida de estudio del derecho y no por el camino del estudio concentrado (y normalmente juvenil) propio del sistema de oposición.

Admitimos la posibilidad de que la judicatura incorpore en sus filas a juristas procedentes del ejercicio privado de la abogacía, profesores universitarios u otros funcionarios jurídicos públicos, siempre que tengan experiencia profesional larga y reforzada y un prestigio contrastado. No obstante, entiendo que es equivocado el discurso de que el sistema de selección directa deba ser prioritario y que haya de ser la puerta ordinaria o principal para acceder a la judicatura, en detrimento de la oposición.

Los países que han optado por generalizar la selección directa para la recluta de sus jueces y magistrados -los países anglosajones- son países en los que esta

selección está fuertemente politizada y es indudable que ese sería el resultado si en España se cambiara nuestra tradición, vista la experiencia vivida en nuestro país respecto a los nombramientos judiciales de libre designación.

En los países continentales -en los que la selección directa coexiste con un sistema de oposición o examen-, el sistema de turnos supone una aportación de profesionales cuantitativamente marginal o minoritaria respecto a los ingresados por oposición; y ello porque ha de reconocerse que no existe un número suficiente de juristas que sean de verdadero mérito y prestigio y que estén dispuestos a cambiar el sector de su actividad profesional bien avanzada su vida. A ello abundan no sólo razones de rentabilidad económica, sino otra serie de circunstancias, cuales son: 1) Que el éxito de estos profesionales haya venido determinado por el desarrollo de una concreta función y resulte incierto que pueda extenderse este reconocimiento a su futura labor judicial y 2) Que un capacitado suele alcanzar la ordenación de sus distintas aspiraciones tras una larga vida profesional (horarios, lugar de residencia, grupos de proyección etc.), sin que sea frecuente reanudar y partir de cero en una nueva actividad profesional y a una edad avanzada.

El tercer turno, se implantó para la recluta de profesionales con escasos 6 años de ejercicio del derecho, lo que en modo alguno es garantía de una habilidad jurídica apenas desplegada; ello conllevó a su supresión.

El cuarto turno. Su mala imagen en los primeros años, fruto de una gestión en la que no faltaron denuncias por episodios de nepotismo, ha sido superada desde que la gran mayoría de los jueces ingresados en las últimas convocatorias se realiza por especialidades. La crítica efectuada al tercer turno, dice Llarena, no es predicable de aquellos que pretenden su acceso a la carrera judicial por la categoría de Magistrados. La exigencia de que sean profesionales, no ya competentes, sino prestigiosos, y el hecho de que hayan de tener una experiencia laboral mínima de 10 años, posibilita una real formación teórico-práctica y facilita la apreciación objetiva de sus habilidades profesionales.

El quinto turno: En lo relativo al Tribunal Supremo, debe reconocerse que el sistema permite que la dimensión operativa de la ley no se circunscriba a la visión unitaria que puedan darle los jueces, enriqueciéndose con la consideración plural de otros jurisconsultos o prácticos del derecho. No obstante, resulta obvio que los llamados a esta misión deben tener -por la función que se les atribuirá y por la posición que ocuparán- un grado de excelencia superlativo. Esta exigencia impide que su selección pueda abordarse mediante pruebas selectivas, pues resulta inadecuado que nadie pueda asumir la función de examinar a quienes van a ocupar -por sus especiales conocimientos- la función de interpretar con carácter supremo las normas del ordenamiento jurídico. El sistema de su selección no puede ser otro que el de designación por concurso de méritos actualmente vigente.

El turno autonómico: No se acierta a comprender por qué el porcentaje de miembros del Tribunal reclutados por esta vía es muy superior al definido para

el propio Tribunal Supremo. Es un sistema que desafía la distribución constitucional de competencias estatales y autonómicas; y que entraña además una influencia del poder político autonómico en el poder judicial, en paralelismo con la facultad del legislativo central de designar todos los vocales del Consejo General del Poder Judicial.

Esta voluntad de influir políticamente en el Tribunal Superior de Justicia se muestra nítidamente cuando se observa que la designación-proposición del parlamento autonómico, es tanto para la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, cuanto para la Sala Penal. Si observamos que el Parlamento Autonómico no tiene ninguna competencia en materia penal, no se entiende porque se le reconoce una especial capacidad para identificar los profesionales idóneos para la aplicación de un derecho común.

La respuesta es simple y no se puede concebir tal sistema en un país democrático. Los miembros de estos parlamentos están aforados precisamente para ser enjuiciados penalmente por estas Salas y lo que la norma ampara es una influencia política en el Tribunal llamado a juzgarles.

Debe suprimirse el nombramiento de magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia a propuesta de los parlamentos autonómicos, manifiestamente contraria al principio de división de poderes, que supone una evidente contaminación política de dichos tribunales, pues, como hemos dicho, los parlamentos autonómicos proponen a magistrados que pueden enjuiciar en el futuro a los propios parlamentarios que les propusieron, aforados en dicho tribunal. Y en cuanto a su competencia en materia de derecho foral de la propia Comunidad Autónoma, hoy día existen cursos de especialización en el mismo, que garantizan su debido conocimiento; sin perjuicio de que dicha titulación no es el único medio para lograrlo, pues los jueces que llevan largos años de ejercicio en una comunidad autónoma, a base de aplicar el derecho foral, logran un adecuado conocimiento del mismo.

Juan Antonio Xiol Rios, ya manifestó que en España, ha sido siempre muy complicada y muy problemática la selección de los jueces. En España, hubo que sustituir el sistema de selección por un sistema que garantizase primero la imparcialidad en la designación y luego, la calidad, pero con unos costes enormes para la sociedad y para los propios candidatos a la selección, porque la oposición de judicatura, es una prueba durísima desde el punto de vista personal, y sobre todo requiere un esfuerzo enorme en años de la vida de la persona.

En cuanto al cuarto turno, sigue diciendo Xiol Rios tiene muchísimas dificultades de aplicación en la práctica. La oposición sigue siendo el sistema estrella. Es el que hasta ahora ha funcionado mejor, sería, dice “el sistema menos malo” que, hasta ahora, ha funcionado en España.

Ante la problemática que presenta el sistema de acceso a la carrera judicial, en el Consejo General del Poder Judicial se constituyó una comisión encargada

de hacer un informe sobre la materia, siendo sus conclusiones más relevantes las siguientes:

1º.- El déficit de formación técnico-jurídica de los nuevos graduados, de cara al ingreso en la carrera judicial y fiscal, debe de completarse con la exigencia de un título de master universitario oficial que habrá de ser reconocido por el CGPJ y el Ministerio de Justicia.

2º.- Acreditación de las siguientes competencias:

- a) Técnicas.
- b) Analíticas.
- c) Relacionales.
- d) Personales.

3º.- En cuanto a las pruebas, propone:

- a) El Test.
- b) En una segunda fase, se harían dos ejercicios escritos. Uno sobre las materias que se recojan en el programa: Derecho Constitucional, Unión Europea, procesales, civil, penal, mercantil, administrativo y laboral; tendrá carácter eliminatorio. Otro, resolución de uno o varios casos prácticos.
- c) Un ejercicio oral, consistente en la exposición ante el Tribunal de varios temas del programa en materia de derecho civil y penal. El Tribunal podrá hacer a continuación preguntas sobre los temas expuestos.

La segunda de las acepciones en la que debe contemplarse la necesidad de la formación de los jueces, es para cuando ya se ha ingresado y se está ejerciendo la profesión.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial dedica el TÍTULO V a la formación continua de los jueces y magistrados. En su Artículo 433 bis, dispone que “El Consejo General del Poder Judicial garantizará que todos los Jueces y Magistrados reciban una formación continuada, individualizada, especializada y de alta calidad durante toda su carrera profesional.”

Igualmente se garantiza la plena adaptación a las innovaciones jurídicas con incidencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y se establece la evaluación de la formación por el Consejo General del Poder Judicial, en la forma reglamentariamente establecida, a efectos de ascensos y promoción profesional.

Tal función está encomendada a la Escuela Judicial la que desarrolla los programas e imparte los cursos que integren el Plan de Formación Continuada

de la Carrera Judicial, pero además prevé la posibilidad de celebrar actividades formativas de manera descentralizada, en el ámbito autonómico o provincial, y mediante colaboración, en su caso, con entidades y organismos expertos en la impartición de la formación de que se trate. Descentralización que no solo se limita a la formación en derecho foral de cada una de las comunidades autónomas, sino a todos los ámbitos legislativos que introducen modificaciones en la norma que se ha de aplicar.

Como ya hemos dicho anteriormente, el juez que no está formado no es independiente. Si el Juez no goza de una adecuada formación jurídica, no podrá aplicar la norma con imparcialidad simplemente porque la desconoce. Precisa una sólida formación humana que le permita valorar las circunstancias que concurren en cada caso concreto, teniendo en cuenta las exigencias de la realidad social en que se desenvuelve. El Juez sin una sólida formación jurídica y humana, repetimos, podrá ser éticamente imparcial pero no jurídicamente imparcial.

Pero no debemos olvidar, por la importancia que tiene, que la formación debe extenderse a todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, tanto del personal titular, como de todos aquellos que pretendan acceder a funciones relacionadas con la Administración de Justicia de carácter interino, debiendo propiciarse la formación continua del personal al servicio de la Administración de Justicia.

10. ¿Es la administración de los Tribunales independiente de cualquier departamento perteneciente al poder ejecutivo?

A esta pregunta no podemos responder categóricamente en sentido positivo, y ello, por cuanto por un lado, los Secretarios Judiciales, que evidentemente forman parte de los Tribunales, dependen del Ministerio de Justicia, al igual que el personal administrativo de los mismos en aquellas comunidades autónomas en las que no está transferida la competencia, ya que en las que se ha llevado a cabo la misma, el personal al igual que los medios materiales e inmuebles, es el Gobierno autonómico, el que asume tales conceptos. Pero además es el Ministerio de Justicia el que paga a los Jueces y magistrados sus nóminas, con lo que nos encontramos con una Administración de Justicia tricefálica, el Consejo General del Poder Judicial, por un lado, el Ministerio de Justicia, por otro, y por último el Gobierno autonómico, lo que puede dar a ustedes una idea de lo difícil que puede resultar gobernar la misma.

Como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/90 el hecho de que quienes integran los Cuerpos de Secretarios Judiciales y del personal al servicio de la Administración de Justicia dependa orgánica y funcionalmente del Ministerio de Justicia o Comunidad Autónoma y no del Poder Judicial y de sus titulares, hace que podamos llegar a la distinción entre Administración de Justicia y Admi-

nistración de la Administración de Justicia, con respecto a la que la jurisprudencia constitucional reconoce que, frente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existe un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se coloca, como dice expresamente el art. 122.1, al referirse al personal, al servicio de la Administración de Justicia, esto es, no estrictamente integrados en ella.

Ello, dicen las SSTC 105/2000, de 13 de abril, FJ. 2, 253/2005, de 10 de octubre, FJ. 5, y 294/2006 de 11 octubre FJ 3, hace posible que en cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial, quepa aceptar que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre esos medios personales y materiales. Ciertamente, deslindar los elementos básicos del autogobierno era una tarea difícil de realizar en el momento en que se aprobaron los Estatutos de Autonomía y eso explica que se dejara ese deslinde al legislador orgánico, sin perjuicio del hipotético control de constitucionalidad de este Tribunal. Lo que la cláusula subrogatoria supone es aceptar el deslinde que el Estado realiza entre Administración de Justicia en sentido estricto y administración de la administración de Justicia; las Comunidades Autónomas asumen así una competencia por remisión a ese deslinde, respetando como núcleo inaccesible el art. 149.1.5 de la Constitución, con la excepción de lo dispuesto en el art. 152.1, segundo párrafo.

El Poder Judicial, entendido como el conjunto de Jueces y Magistrados, aparece como un Poder subordinado a los otros dos Poderes del Estado, especialmente al Ejecutivo, desde el momento en que se le hace dependiente de éste desde el punto de vista económico y organizativo.

La independencia económica como presupuesto de la independencia se plasma en el reconocimiento de autonomía presupuestaria, no solo al Ejecutivo y al Legislativo, sino también a otros Órganos Constitucionales, como ocurre en el caso del Tribunal Constitucional. Tal independencia no se le otorga al Poder Judicial, ya que el Consejo General del Poder Judicial, la tiene, pero solo en cuanto a su propio funcionamiento, y se le mantiene bajo el control del Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia.

El Poder Judicial debe gozar al menos de la misma independencia económica que la reconocida a Órganos Constitucionales cuya independencia se pretende garantizar con esa medida.

11. ¿Existe un presupuesto separado para el sistema judicial? ¿Quién determina el presupuesto? ¿Quién decide sobre la prioridad del gasto?

A esta pregunta le es de aplicación lo razonado en la anterior, resumiendo, que si bien el Consejo General del Poder Judicial tiene su propio presupuesto, en

el mismo no están incluidos los sueldos de jueces y magistrados, ni el de Secretarios ni el del resto del personal al servicio de la administración de justicia.

Hay que apostar por la autonomía presupuestaria del Poder Judicial estableciendo un porcentaje de los Presupuestos Generales del Estado para Justicia, cuya gestión correspondería al propio Poder Judicial. Al menos debería garantizarse dicha autonomía presupuestaria para decidir y dotar las medidas de apoyo, sustituciones y la política de creación de plazas judiciales, ya que el sistema actual en el que intervienen el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas y el Consejo General del Poder Judicial es caótico, lento e ineficaz. En todo caso, las retribuciones de los jueces deben pasar a depender del Consejo General del Poder Judicial y no del Ministerio de Justicia.

12. ¿Gozan los jueces de inmunidad frente a un proceso penal o civil?

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial dedica un CAPÍTULO a LA INMUNIDAD JUDICIAL, y en su Artículo 398.1. dispone que: “Los jueces y magistrados en servicio activo solo podrán ser detenidos por orden de juez competente o en caso de flagrante delito.” Estableciendo la obligación que tiene el instructor que acuerda la detención, de dar cuenta, por el medio más rápido, al Presidente del Tribunal o de la Audiencia de quien dependa el juez o magistrado.

En cuanto a la protección de las leyes penales al juez, debemos poner de manifiesto el contenido de los artículos 399 y 400 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 399.

1. Las autoridades civiles y militares se abstendrán de intimar a los jueces y magistrados y de citarlos para que comparezcan a su presencia.

Cuando una autoridad civil o militar precise de datos o declaraciones que pueda facilitar un juez o magistrado, y que no se refieran a su cargo o función, se solicitarán por escrito o se recibirán en el despacho oficial de aquel, previo aviso.

Artículo 400.

Cuando en la instrucción de una causa penal fuere necesaria la declaración de un juez o magistrado, y esta pudiera prestarse legalmente, no podrá excusarse aquel de hacerlo. Si la autoridad judicial que hubiera de recibir la declaración fuere de categoría inferior, acudirá al despacho oficial del juez o magistrado, previo aviso, señalándose día y hora.

En el Campo del Derecho Penal la protección que se da a los titulares del Poder Judicial, los Jueces y Magistrados no es la misma que la que se otorga a

los titulares de otras Instituciones y Poderes del Estado. Los delitos contra las Instituciones del Estado y la División de Poderes, están recogidos en el artículo 492 y siguientes del Código Penal, pero para nada hace referencia el Código, al Poder Judicial salvo al Tribunal Supremo en el artículo 504. Del mismo modo, en el capítulo correspondiente a los atentados, el plus de protección que se da en el artículo 551 a los miembros de los Poderes Legislativos, Ejecutivos, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial y miembros de las Corporaciones Locales no se otorga a los únicos titulares del Poder Judicial que son los Jueces y Magistrados.

En el campo del derecho civil, la Constitución española de 1978 reconoció la responsabilidad del juez a título individual junto a la del Estado, en relación con la reparación de los daños causados al ciudadano por los errores judiciales y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Así la LOPJ dispone “Los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa.” Y añade la responsabilidad civil podrá exigirse a instancia de la parte perjudicada o de sus causahabientes, en el juicio que corresponda.

En el Derecho español, el régimen jurídico de la responsabilidad judicial civil se caracteriza por el establecimiento de un doble sistema de responsabilidad. En primer lugar, existe una responsabilidad civil individual por los daños y perjuicios causados por los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones con dolo o culpa. En segundo lugar, se prevé también una responsabilidad patrimonial del Estado directa y objetiva por error judicial, funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y prisión preventiva ilícita o indebida. Este tipo de responsabilidad patrimonial del Estado, no impide la exigencia de la responsabilidad civil individual por las actuaciones dolosas o culposas de los jueces y magistrados, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos próximos al nuestro, como el francés o el italiano, que han establecido un único régimen jurídico en los que los particulares carecen de acción directa de responsabilidad civil contra los jueces y magistrados.

13. ¿Gozan los jueces del derecho de libre asociación?

El artículo 127 de la Constitución Española cuando hace referencia al estatuto personal de Jueces y Magistrados establece que no podrán pertenecer a partidos políticos o sindicatos, indicando que la Ley establecerá el sistema y modalidades de Asociación profesional.

Los partidos políticos son auténticos aparatos de lucha por el poder, por lo tanto dificultan la independencia en la actividad judicial y generan una situación de desconfianza en quienes han de someterse a la decisión del Juez, máxime cuando existe una tendencia, cada vez mayor, a la judicialización de la vida pú-

blica, con ello se trata de evitar la vinculación política, y a intereses económicos de terceros.

Las limitaciones en los derechos políticos y sindicales de los Jueces vienen justificadas por el deseo del legislador constitucional de preservar la independencia de quienes integran el Poder Judicial. Esas limitaciones no son absolutas en la medida en la que la propia Constitución reconoce a Jueces y Magistrados la posibilidad de asociarse.

La Ley Orgánica del Poder Judicial aborda ese mandato constitucional en el artículo 401 reconociendo el derecho de libre asociación profesional y fijando las reglas a las que deberían someterse dichas Asociaciones, así como el contenido mínimo de sus Estatutos. También ha establecido los cauces de participación de las Asociaciones en el funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial: así ocurre en el artículo 110.3, que fue introducido por la LO 16/1994, de 8 de noviembre, cuando establece que se someterán preceptivamente a informe de las Asociaciones Profesionales los Reglamentos de desarrollo de la propia Ley Orgánica, y en el artículo 110.2. a), cuando reconoce la participación de las Asociaciones en el Consejo Rector de la Escuela Judicial y en sus Comisiones Pedagógicas.

En el Reglamento 1/86, por el que se acuerda la Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial se establece un trato preferente del Consejo General del Poder Judicial con las Asociaciones Profesionales al considerar la necesidad de que exista una comisión o delegación específica entre los Vocales del Consejo General del Poder Judicial para atender a una eficaz relación del Consejo General del Poder Judicial con las Asociaciones. Conforme al artículo 103 de ese mismo Reglamento estas funciones se atribuyen a la Sección de Relaciones Institucionales.

El elemento definidor del cualificado papel que deben jugar las Asociaciones Judiciales en sus relaciones con el Consejo General del Poder Judicial y en la configuración de los órganos del Poder Judicial aparece en el artículo 151 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando permite la presentación de candidaturas a las Salas de Gobierno a las Asociaciones Profesionales. Ese estatus lo confirma la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial operada por LO 2/2001, de 28 de junio, que en su 112 dispone que las Asociaciones Judiciales presentarán candidatos para cubrir 12 de los 20 puestos de Vocales del Consejo General del Poder Judicial.

Pese a que las distintas reformas han puesto de manifiesto la trascendencia de las Asociaciones Judiciales como instrumento de las inquietudes de los Jueces y como único cauce colectivo de actuación en defensa de los intereses profesionales, lo cierto es que la relación del Consejo General del Poder Judicial con las Asociaciones no se ha regulado de un modo estable y organizado. Es cierto que cada vez son mayores los mecanismos de participación pero sigue habiendo es-

pacios carentes de regulación y aspectos de la relación cotidiana entre los órganos del Consejo General del Poder Judicial y las Asociaciones que quedan sometidos al voluntarismo o a la improvisación dependiendo de las concretas circunstancias de cada momento.

Parece necesario realizar un esfuerzo por sistematizar y aclarar el régimen de las Asociaciones en su relación con el Consejo General del Poder Judicial y con sus órganos, fijar con claridad las reglas a las que debe someterse esa relación, las referidas a la elaboración de las listas de asociados, la determinación de parámetros objetivos en materia de ayudas y subvenciones, el establecimiento de un estatuto específico para los Jueces y Magistrados que tengan puestos de responsabilidad en las mismas, la posibilidad de acceso a los medios técnicos y materiales de los que dispone el Consejo General del Poder Judicial al objeto de facilitar su relación con los Jueces y Magistrados asociados y con aquellos que, no estando asociados, puedan tener interés en conocer y participar en sus actividades. En definitiva se trata de consolidar un marco reglamentario acorde con la trascendencia que para el Consejo y para la Carrera Judicial deben tener las Asociaciones Profesionales como único vehículo al alcance de Jueces y Magistrados para la defensa colectiva de sus intereses y para la participación no individual en la política judicial.

Tales consideraciones son las que se tienen en cuenta en el proyecto de reglamento de asociaciones judiciales profesionales que surge como desarrollo del artículo 401 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el objetivo de regular las prácticas seguidas por distintos Consejos y fijar un Estatuto de las Asociaciones Judiciales acorde con el papel que el propio legislador ha atribuido a esta peculiar expresión del derecho de libre asociación de profesionales.

Dicho proyecto reglamenta el derecho de asociación de Jueces y Magistrados, los fines de las Asociaciones Judiciales, el ámbito y régimen de las mismas, la participación de las Asociaciones en los órganos y comisiones del Consejo General del Poder Judicial. Y se extiende en regular su régimen económico, en el que distingue: la FINANCIACIÓN PÚBLICA “Subvenciones por gastos de funcionamiento y organización, por actividades de interés para la Justicia y la vida asociativa y por el grado de efectiva implantación en la Carrera Judicial.” Y la FINANCIACIÓN PRIVADA, donde admite aportaciones privadas de personas físicas o jurídicas para la realización de actividades concretas dentro de los límites y condiciones establecidos en el Reglamento, proscribiendo la aceptación o recepción, directa o indirectamente, de aportaciones anónimas, cualquiera que sea su cuantía, así como la financiación que proceda de Gobiernos u organismos extranjeros.

Igualmente regula dicho proyecto el régimen de licencias y permisos de los Representantes de las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados y establece un catálogo y baremo de actividades subvencionables.

ELEMENTOS SUBJETIVOS

1 y 2. En cuanto a los elementos subjetivos que propugna la comisión de estudios de la Unión Internacional de Magistrados, en los números 1 y 2 sobre si la opinión pública cree en, o al menos, respeta la independencia de los jueces, y sobre si los medios de comunicación, prensa, creen, en, o al menos, respetan la independencia de los jueces, en la medida en que los medios de comunicación tienen una gran influencia sobre la opinión pública, los trataremos conjuntamente.

Hay que darle al público confianza en la probidad de los jueces, para asegurarle que realizamos nuestra labor como es debido.

Es necesario que el público tenga confianza en el poder judicial. ¿Cómo lograrlo? En este punto, la prensa tiene una gran importancia ya que el público cree que esta tratará de obtener toda la información pertinente. Si esa información, ya sea económica o de cualquier otro tipo está a la disposición de todos, y si la prensa escribe sobre ella, el público tiene cierta garantía de que hay honradez y probidad en el poder judicial.

Uno de los obstáculos más difíciles que afronta la independencia judicial tiene que ver con la confianza pública, ya que el público también debe tener cierta garantía de que los jueces realizan su labor de manera efectiva y deciden los casos con justicia

Me permito transcribir algún ejemplo sacado de la historia de Estados Unidos.

En 1834, la Corte Suprema falló el caso de Worcester contra Georgia. La tribu de indios cherokees era dueña de tierras en el norte del Estado de Georgia que estaban garantizadas por tratados con Estados Unidos. Sucedió que se descubrieron yacimientos de oro en esas tierras. Los vecinos de la tribu, -los ciudadanos de Georgia-, invadieron el territorio indio para apropiarse del oro. Los cherokees eran nación muy civilizada; contaban con su propio alfabeto y escuelas; eran campesinos y gozaban del amparo de una constitución. “Debemos buscarnos un abogado”, dijeron. Y contrataron al abogado de más renombre de esa época, William Wirt, que había sido procurador general. Wirt radicó un pleito, Worcester contra Georgia, que finalmente llegó ante la Corte Suprema. En dictamen unánime, la Corte Suprema falló que las tierras no pertenecían a los ciudadanos de Georgia. Pertenecían a los indios y estaban garantizadas por tratado. El gobierno federal había prometido que los indios podrían conservar las tierras en perpetuidad, y los ciudadanos de Georgia tenían que abandonarlas. ¿Qué sucedió? Se dice que, refiriéndose a la decisión de la Corte Suprema, el Presidente de Estados Unidos, que a la sazón era Andrew Jackson, dijo: “John Marshall (el presidente de la Corte Suprema) ha tomado su decisión; que la haga cumplir”. Y el presidente Jackson envió tropas a Georgia, no para auxiliar a los indios sino para desalojarlos. Las tropas obligaron a los indios a abandonar Georgia. Los indios cherokees

siguieron lo que se ha conocido desde entonces como el Camino de las Lágrimas hasta llegar a Oklahoma donde sus descendientes han vivido hasta el día de hoy. ¿Cómo iban a confiar los ciudadanos, sobre todo los indios cherokees, en la justicia, si la resolución favorable no se ejecutó?

El segundo caso, Cooper contra Aaron, se falló más de un siglo después. La Corte Suprema de Estados Unidos tuvo que considerar la ejecución del dictamen de 1954 en el caso de Brown contra la Junta de Educación. En ese caso, se falló que la Constitución de Estados Unidos prohíbe la segregación racial. Cooper contra Aaron se suscitó porque un gobernador de Arkansas dijo: “La Corte Suprema no me va a decir lo que tengo que hacer”, y se apostó frente a la puerta de una escuela, con tropas estatales, para impedir que niños negros entrasen en una escuela de blancos. En Cooper contra Aaron, la Corte Suprema falló unánimemente que tenía que permitirse el ingreso de los niños al colegio. El presidente Eisenhower envió paracaidistas para hacer cumplir el mandamiento de la Corte. Tal vez había aprendido del mal ejemplo dado por Andrew Jackson un siglo antes, porque esta vez los soldados no fueron a desafiar a la Corte Suprema sino a hacer cumplir su dictamen. Con la ayuda de los paracaidistas, los escolares negros franquearon las puertas de esa escuela de blancos. Fue necesario un gobierno que estuviese dispuesto a enviar soldados para hacer cumplir el mandamiento de los magistrados y hacer posible que esos niños entrasen en la escuela.

Paulatinamente, el público llegó a entender la importancia de acatar los fallos judiciales, incluso aquéllos con que se está en profundo desacuerdo, pero a Estados Unidos le costó mas de cien años diferenciar el cometido de dos poderes el judicial y el ejecutivo.

Las conferencias y las reuniones no pueden, por sí solas, crear el hábito de obediencia al imperio de la ley. Lo que se ha de lograr es el entendimiento por parte de personas que no son jueces, periodistas ni abogados, sino ciudadanos comunes y convencerles de que su libertad y su prosperidad dependen en parte del acatamiento de las decisiones judiciales de una judicatura independiente, aun cuando esas decisiones, desde el punto de vista de esos ciudadanos, estén totalmente erradas, ya que los jueces, no somos oráculos y como cualquier ser humano podemos llegar a cometer muchos errores.

Y ¿quiénes son nuestros aliados en la tarea de fomentar el entendimiento público de la importancia de la independencia judicial, del respeto de las instituciones judiciales, y del hábito de acatar el imperio de la ley? Tenemos dos grandes aliados dice Stephen G. Breyer, Magistrado asociado a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos:

El primero de ellos es un gremio independiente de abogados. Necesitamos, dice, un gremio independiente que explique la importancia de los recursos, la inamovilidad y el sueldo. Si los propios jueces intentaran explicar esa necesidad,

el público pudiera escucharles cortésmente y seguir como si nada hubiese pasado. El público pensaría para sí: “Todos tenemos problemas y, francamente, los jueces, o por lo menos muchos de ellos, tienen menos problemas que la generalidad de las personas”. Los recursos, la inamovilidad y el sueldo son importantes, pero los jueces no podemos ser quienes se lo digan al público. Es el Colegio de Abogados, el gremio profesional, quien debe explicar que los jueces los necesitan, no para ellos, sino para los demás. Es el Colegio de Abogados quien debe explicar a los jóvenes de bachillerato, a los adultos de la comunidad, por qué es importante tener un poder judicial independiente y por qué, desde el punto de vista del público, un poder judicial independiente ayuda a garantizar tanto la prosperidad como la libertad. Nadie es profeta en su tierra. Necesitamos que el gremio profesional también le explique al poder legislativo lo que se precisa para mantener una institución judicial firme y robusta.

Nuestro segundo aliado, continua el magistrado estadounidense, es la prensa. “Necesitamos a la prensa. La prensa, claro está, frecuentemente dice cosas con las que no estamos de acuerdo, cosas que, para decirlo sin ambages, no nos hacen la menor gracia. Pero, a fin de cuentas, la prensa puede ayudar a persuadir al público de la necesidad de tener un poder judicial independiente, de que la institución es proba y digna, y de que el poder judicial precisa los recursos necesarios para poder servir al público como es debido. La prensa no es siempre exacta en sus apreciaciones. Pero es imperativo que tenga la libertad de decir lo que quiera. La prensa no merece crédito a menos que goce de la libertad de poder ser crítica, aun cuando a veces se equivoque.

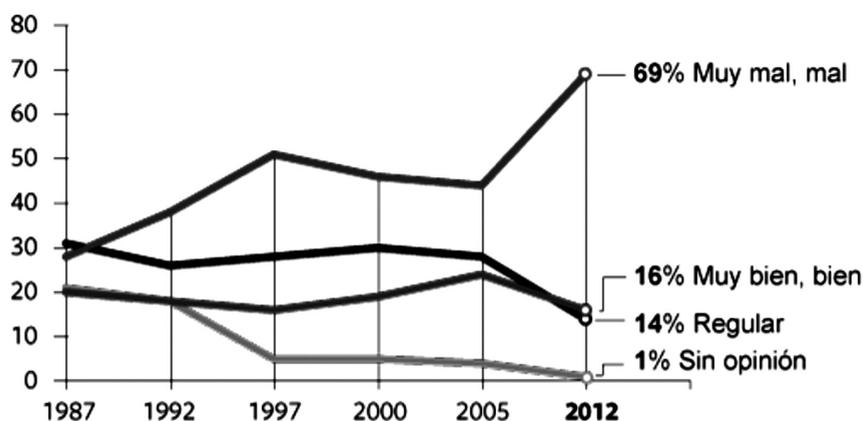
Estimo que la prensa y el poder judicial son instituciones diferentes pero con propósitos comunes. Son, en cierto sentido, mellizas; a veces riñen entre sí, pero son mutuamente indispensables,” termina diciendo el Magistrado asociado a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos Stephen G. Breyer.

¿Cuál es la opinión pública sobre el funcionamiento de la justicia en España?

A continuación insertamos un cuadro de Metroscopia sobre el funcionamiento de la justicia, y su comparación con otras instituciones.

ENCUESTA SOBRE LA JUSTICIA

- ¿Cómo cree que funciona en la actualidad en España la Administración de Justicia?



Fuente: Metroscopia para 2012 (julio). Para años anteriores, CGPJ.

- ¿Aprueba o desaprueba usted la forma en que están desempeñando sus funciones...?

En %			Saldo Aprueba-
	Aprueba	Desaprueba	Desaprueba
Los médicos	93	6	+87
Los científicos	90	6	+84
Los profesores de la enseñanza pública	88	10	+78
Los jueces	44	50	-6
Los tribunales de justicia	36	60	-24
El Tribunal Constitucional	29	65	-37
El Tribunal Supremo	27	68	-41
El parlamento	16	81	-65
Los bancos	11	88	-77
Los partidos políticos	9	88	-79

Fuente: Metroscopia, Barómetro de Confianza Institucional, julio 2012. Con el fin de proporcionar un mínimo marco de referencia, en el cuadro aparecen recogidos, junto a las instituciones judiciales, los grupos sociales e instituciones que en esta oleada del Barómetro ocupan, por su evaluación ciudadana, los tres primeros y los tres últimos lugares de la tabla.

No puede realmente decirse que estemos asistiendo a un colapso sin precedentes de nuestro sistema judicial, ya que no parece que la causa de esta actual masiva sensación de que “la Justicia funciona mal” deba buscarse en el quehacer cotidiano de nuestros casi 5.000 jueces, dice Toharia. Con esta afirmación la ciudadanía estaría en realidad tratando de expresar (incurriendo en la sinécdoque -tan habitual cuando de la Justicia se trata- de confundir la parte con el todo) un intenso desagrado por comportamientos achacables en exclusiva a las máximas instancias judiciales, pero que destiñen sobre el entramado judicial todo. Los datos de opinión disponibles apuntan con claridad en este sentido. Entre el total de 35 instituciones y grupos sociales sometidos a evaluación ciudadana en el último Barómetro de Confianza Institucional de Metroscopia, de 12 de Julio 2012 los jueces obtienen un saldo evaluativo levemente negativo (es decir, quienes desaprueban el modo en que desempeñan sus funciones superan en 6 puntos a quienes lo aprueban), y quedan situados en la zona media de la tabla: un lugar si se quiere mediocre, pero no catastrófico. En cambio, la evaluación ciudadana del entramado jurisdiccional en su conjunto arroja ya un importante saldo crítico (24 puntos negativos), que se amplía en el caso del Tribunal Constitucional (que presenta un saldo de menos 37 puntos) y, sobre todo, en el del Tribunal Supremo (que registra un saldo negativo de menos 41 puntos y queda situado al final ya de la tabla, muy por debajo de los jueces). Además, en un sondeo también muy reciente de Metroscopia, el Tribunal Supremo y el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) son señalados con idéntica intensidad y por la misma amplia proporción de españoles (tres de cada cuatro) como los directos culpables de lo que se considera un funcionamiento inadecuado de la Justicia.

De estas dos instituciones que son las que en definitiva encarnan y simbolizan en el imaginario colectivo a la Justicia, la de mayor solera, el Tribunal Supremo, tiene ahora una imagen pública particularmente dañada. De entrada esto puede sorprender dado que precisamente en estos últimos tiempos ha logrado ir quebrando su tópica fama de lentitud y parsimonia tras aumentar de forma significativa su eficacia resolutoria, quizá haya tenido influencia la negativa evaluación ciudadana de alguna sentencia condenatoria a alguna persona de generalizada simpatía popular, creándose una sensación ciudadana, dice Toharia, de haber asistido más a un ajuste personal de cuentas (perpetrado además por nuestra más alta instancia judicial) que a un acto de justicia desapasionado y objetivo.

En cuanto al Consejo General del Poder Judicial, lleva meses varado en un profundo descrédito social. El 73% de los españoles cree que este órgano, constitucionalmente encargado de gestionar de forma independiente y objetiva la carrera profesional de los jueces, ha decidido en la práctica los nombramientos de cargos judiciales por criterios ideológicos o por puro amiguismo. Cuesta imaginar una descalificación de un órgano estatal más fatal. Se entiende así que una similar mayoría absoluta ciudadana (el 72%) concluya que la forma en que está organizada la gestión de nuestra Justicia necesita una reforma urgente y profunda.

En la evaluación efectuada en Diciembre de 2012 de las instituciones y grupos sociales, el prestigio de los jueces ha ido subiendo, aprobando su quehacer un 53%, lo que supone un 12% más que en el mes de Julio, mientras que sigue cayendo el del gobierno estatal, que sólo es aprobado por un 20% y el del Parlamento por un 16%, ocupando la última escala los Partidos Políticos, un 10%.

3. Con respecto al tercer elemento subjetivo, ¿existe algún tipo de informe realizado por organizaciones internacionales acerca de la independencia judicial?

Sin pretender agotar la materia señalamos los siguientes:

En noviembre de 2002 los órganos de gobierno del poder judicial de tres Estados miembros de la Unión Europea: Consejo de la Judicatura holandés, junto con el Consejo de la Magistratura belga, y el Servicio de Tribunales irlandés se dirigieron a sus homólogos europeos proponiendo la celebración de una conferencia de Consejos del Poder Judicial de los Estados miembros de la UE.

Se creó LA RED EUROPEA DE CONSEJOS DEL PODER JUDICIAL. Sus objetivos son la cooperación entre sus miembros en los siguientes ámbitos:

Análisis de las estructuras y competencias de los miembros, así como cuestiones relacionadas con la independencia del poder judicial y otros temas de interés común.

Entre las distintas funciones, pretenden ser garantes de la independencia judicial y alentar una constitucionalización generalizada de los Consejos como medio óptimo para garantizar el ejercicio independiente de la justicia.

EL CONSEJO CONSULTIVO DE JUECES EUROPEOS (CCJE) se constituyó en cumplimiento de la Resolución N°1 sobre Medidas para reforzar la independencia e imparcialidad de los jueces en Europa, adoptada por la XXII Conferencia de Ministros de Justicia Europeos, que tuvo lugar en Chisinau (Moldavia) los días 17 y 18 de junio de 1999.

El Consejo se concibe como un órgano asesor del Comité de Ministros, mediante la formulación de opiniones sobre las cuestiones atinentes a la independencia, la imparcialidad y la competencia profesional de los jueces, que puedan servir de base para la adopción de iniciativas comunes en el seno del segundo.

El principal resultado visible de la actividad del CONSEJO CONSULTIVO DE JUECES EUROPEOS, (CCJE), consiste en la elaboración, debate y aprobación, en la sesión plenaria anual de informes entre los que destaca el Informe 1 (2001), sobre independencia e inamovilidad de los Jueces, y el Informe n°12 (2009), el que contiene una Declaración, llamada “Declaración de Burdeos”, en el que se propugna, una justicia equitativa y se requiere el respeto a la independencia del tribunal. Dicho informe trata, en particular, de las decisiones en las

que el Tribunal exige una absoluta independencia frente al ejecutivo que debe ser otorgada a todo magistrado que ejerza funciones judiciales.

La COMISIÓN EUROPEA PARA LA EFICACIA DE LA JUSTICIA (CEPEJ) se creó el 18 de septiembre de 2002 por medio de la Resolución 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La misión de la CEPEJ es la de mejorar la eficacia en el funcionamiento de Justicia en los Estados Miembros del Consejo de Europa. Sus tareas son, entre otras, analizar los sistemas judiciales, e identificar las dificultades que encuentran los sistemas judiciales.

También existen otros organismos que aunque su cometido no sea en esencia velar por la independencia Judicial, incluyen en sus memorias informes sobre la misma, por ejemplo el World Economic Forum, que muestra un ranking sobre la independencia judicial por países, en el que España no sale muy bien parada que digamos, ocupando puestos muy por debajo del resto de países de la Europa occidental a los que nos tendríamos que comparar.

Para terminar con este apartado, la ONU tiene un relator especial para la observancia de la independencia de jueces y abogados, cargo ostentado por el jurista Leandro Despouy, quien entiende que la figura que se ha construido para el gobierno de la Judicatura es, la del Consejo de la Magistratura, que recibe distintas denominaciones. En algunos países lo predominante en la composición de los consejos suele ser política y, en otros, mas democrática y equilibrada, con margen para la incorporación de los académicos y aceptando distintas variables. Cree, sigue diciendo, que los Consejos son una buena institución pero considera que la composición debe garantizar una mayoría de jueces.

Cuando la ONU examina un país lo hace desde un marco jurídico universal e internacional, a la luz de los parámetros que todo Estado necesita, con independencia de que sea una entidad federal, provincial, nacional, etcétera. En la ONU no se pronuncian sobre el hecho de si un Estado debe ser federal o unitario pero sí exige el mismo rigor en la aplicación de los parámetros internacionales en lo que respecta a las garantías que debe ofrecer la Justicia. Promueve un Poder Judicial que se ajuste a esos parámetros, sea centralizado o descentralizado. Sin embargo, dice Leandro Despouy “verificamos que muchas veces, el Poder Judicial descentralizado es una fuente de dominio por parte del Ejecutivo local”. La ONU aboga por el principio de integridad del Poder Judicial, queriendo evitar su fraccionamiento y hay varias resoluciones en este sentido.

CARTA MAGNA DE LOS JUECES (PRINCIPIOS FUNDAMENTALES)

Antes de efectuar algunas consideraciones finales, resumo la carta Magna de los Jueces (principios fundamentales) que el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE), elaboró, y en la que se sintetizan las principales conclusiones de los informes, sometidos por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa y que se desarrolla bajo los siguientes epígrafes: Estado de Derecho y Justicia, Independencia de los jueces, y Garantías de la Independencia.

Dicha Carta Magna, fue proclamada el 17 de noviembre de 2010 en el “Palais de l’Europe”, sede del Consejo de Europa en Estrasburgo, durante la ceremonia de conmemoración del X Aniversario del Consejo Consultivo de Jueces Europeos del Consejo de Europa, con ocasión de la celebración de su undécima reunión plenaria.

En cuanto al primero de aquellos, **Estado de Derecho y Justicia**, es del tenor literal siguiente:

El poder judicial constituye uno de los tres poderes de todo Estado democrático. Su misión es garantizar la existencia del Estado de Derecho y asegurar de este modo la correcta aplicación del Derecho, de modo imparcial, justo, equitativo y eficaz.

En cuanto al segundo, **Independencia de los jueces**, se subdivide en los siguientes enunciados:

- La independencia y la imparcialidad del juez constituyen presupuestos indispensables para el funcionamiento de la justicia.

- La independencia del juez debe ser estatutaria, funcional y económica. Debe ser garantizada respecto de los otros poderes del Estado.

- La independencia del juez debe estar garantizada en el marco de la actividad judicial, en particular respecto de la selección, el nombramiento hasta la edad de jubilación, la promoción, la inamovilidad, la formación, la inmunidad judicial, la responsabilidad disciplinaria, la reenumeración y la financiación del poder judicial.

En cuanto al tercero, **Garantías de la Independencia**, igualmente se subdivide en los siguientes enunciados:

- La selección, el nombramiento y la carrera profesional deben basarse en criterios objetivos.

- Debe haber procedimientos disciplinarios.

- Se debe reconocer y garantizar por Ley a los Jueces una remuneración y un sistema de jubilación adecuados, que les amparen frente a cualquier influencia indebida.

- La formación es un elemento importante para garantizar la independencia de los jueces, así como la calidad y eficacia del sistema judicial.

- En el ejercicio de su función jurisdiccional, el juez no puede recibir ninguna orden ni instrucción, ni estar sometido a ningún tipo de presión jerárquica.

También en este apartado hace referencia al órgano encargado de garantizar la independencia, y así, afirma: Para garantizar la independencia de los jueces, cada Estado debe crear un Consejo de la Justicia u otro órgano específico, que sea independiente de los poderes ejecutivo y legislativo. El Consejo debe estar compuesto, bien en exclusiva por jueces, o, en su caso, por una mayoría sustancial de jueces elegidos por ellos mismos. El Consejo de la Justicia tiene que rendir cuentas de sus actividades y de sus decisiones.

Por último estos fundamentos los extiende también a los Tribunales Internacionales, al afirmar que estos principios se aplicarán *mutatis mutandis* a los jueces de todos los tribunales europeos e internacionales.

CONSIDERACIONES SOBRE PODER JUDICIAL, SOBRE LA JUSTICIA Y SOBRE EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

Hasta aquí se ha tratado de exponer los valores que deben observarse para alcanzar un Poder Judicial realmente independiente, siendo la independencia del Poder Judicial la mejor y única garantía de la libertad e igualdad de los ciudadanos.

La Constitución en sus artículos 106 y 163 y la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 6, garantizan que los Tribunales Ordinarios controlan la adecuación de las normas jurídicas que emanan del Legislativo y del Ejecutivo a los mandatos de la Constitución por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, o de su inaplicación y anulación, cuando de normas reglamentarias se trate. El artículo 53 de la Constitución, prevé la existencia de un procedimiento preferente y sumario, ante los Tribunales Ordinarios, para la tutela de los derechos fundamentales y demás comprendidos en el art. 14 y sección 1ª del Capítulo 2º de la Constitución, relativo a Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.

Estos preceptos, no son sino una manifestación de la voluntad del Constituyente y del Legislador Ordinario de garantizar esa independencia del Poder Judicial frente a los otros Poderes del Estado.

La función jurisdiccional en todo estado de derecho se atribuye típicamente a uno de los tres poderes en que el poder estatal se divide, pero mientras que el legislativo posee una capacidad de autogobierno simbolizada en la autonomía parlamentaria, y el ejecutivo una capacidad de autoformación al amparo de la Constitución y las leyes, el poder judicial, en cuanto conjunto de jueces y magistrados que realizan la función jurisdiccional, carecen de esa misma capacidad.

La imagen constituyente fue la de la creación del Consejo General de Poder Judicial como negación del anterior estado de cosas, consistente en una concepción de la justicia dependiente del ejecutivo. Se trataba de arrebatarse al poder ejecutivo cualquier competencia capaz de incidir en el gobierno del Poder Judicial. Para Chueca Rodríguez, sin embargo, lo relevante es la garantía en el ejercicio independiente de la función jurisdiccional, y lo accesorio, la naturaleza y el órgano concreto que desempeñe las funciones de gobierno que eventualmente pudieren incidir sobre aquella independencia.

La cuestión que debemos plantearnos, es la de si la realidad diaria responde escrupulosamente a esos principios antes expuestos, o, si por el contrario, siguen existiendo zonas de sombra, y sobre todo, si el Consejo General de Poder Judicial cumple efectivamente esa función esencial de garantía de independencia o, por el contrario, dejando esa función primordial en segundo plano, se ha convertido, al menos en parte, en un sustituto del Ministerio de Justicia.

Debe tenerse en cuenta, dice Antonio David Berning Prieto, que la Justicia no debe entenderse como un servicio público en sentido estricto, pues no puede reducirse a ello, tal y como sería un centro médico de titularidad pública o una biblioteca municipal. La Justicia es un Poder, el tercer del Estado y cuya importancia es tal que fundamenta y constituye uno de los pilares básicos del Estado de Derecho actual, por lo que no debe reducirse a su consideración como servicio público, sino que debe ampliarse.

Pero la realidad es que, tras treinta y cuatro años de vigencia de la Constitución Española de 1978, y tras veintisiete años de vigencia de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, es necesario que se replanteen asuntos importantes en el tercer poder, el Judicial, pues la Justicia actual tiende a alejarse del modelo previsto por el constituyente de 1978, ya que de la Justicia como Poder se ha pasado, al servicio público administrativizado, del Juez que representa al Poder Judicial, al gris funcionario que depende del Poder Ejecutivo en cuanto a sueldo, así como para la consecución de medios materiales y personales para la realización de sus funciones públicas.

El mal principal que aqueja a la Administración de Justicia es el amplio descrédito social que algunas actuaciones recientes de sus más altas instancias parecen haberle granjeado. Cuando una institución carece (o da la impresión de carecer) de un liderazgo confiable, ejemplificador y eficiente, su imagen pública se desploma, con independencia de cual sea la forma en que, en conjunto, esté desempeñando realmente sus funciones. Y eso es lo que a lo largo de tiempos recientes ha ocurrido con nuestra Justicia. O, en todo caso, así es como lo percibe la ciudadanía y por ello, al hacer balance de situación, una mayoría absoluta (69%) dictamina que la Justicia en nuestro país funciona mal. Este porcentaje resulta ser, con diferencia, el más elevado de los últimos 25 años: en 1987 daba esta misma respuesta un 28%; en 1992, un 38%; en 2000, un 46% y en 2005, un 44%. Senci-

llamente, para el ciudadano medio nuestro sistema judicial no solo no habría ido mejorando, sino que estaría yendo progresiva y aceleradamente a peor.

Sin embargo, dice Toharia, en espera del urgente remedio para la carencia de crédito social de los dos pilares institucionales de la Justicia (su órgano de gobierno y su máximo tribunal), resulta llamativo constatar que los españoles sigan percibiendo luz al final del túnel. Ocurre algo admirable: ahora, y al igual que en los últimos veinte años, dos de cada tres españoles siguen pensando que con todos sus defectos, insuficiencias e imperfecciones la Justicia representa la instancia última que garantiza los derechos y libertades de los ciudadanos. Sin duda, un claro reconocimiento a la labor cotidiana, con sus altibajos, de los cinco millares de jueces que son los que, aunque in extremis, salvan la cara a la Justicia. ¡Qué no pensaría de esta la ciudadanía si percibiera que quienes la simbolizan, representan y gestionan lo hacen con celo desinteresado, con independencia y con altura de miras!

Debe, por tanto, iniciarse la reforma por el órgano que debe representar la independencia y autonomía funcional del Poder Judicial, el Consejo General del Poder Judicial, reforma clave en el Estado de Derecho, ya que éste exige que todos los poderes y sujetos del estado estén sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y la función de los jueces debe garantizarse con un órgano de gobierno independiente, autónomo y con las potestades necesarias para asumir su función como tercer poder del estado.

Y en esa reforma, podría, incluso llegar a plantearse determinar la responsabilidad institucional y personal del Consejo General de Poder Judicial, así como de sus miembros, pues en todo Estado Democrático de Derecho, ninguna de las instituciones debe estar exenta de responsabilidad alguna por sus actuaciones.

Uno de los aspectos del sistema judicial que debería revisarse sería el Ministerio Fiscal, el cual no debería depender, como defensor de la legalidad y el interés público, del Poder Ejecutivo, pudiendo pasar a formar parte de la realidad del Poder Judicial como poder independiente y separado del Gobierno, desapareciendo así toda posible politización e instrumentalización de esta institución.

¿Por qué ha de haber independencia judicial? Las razones fundamentales son sencillas; tienen que ver con la vida del ciudadano común y corriente. La independencia judicial es de importancia para él. Los ciudadanos ordinarios, como todos, desean prosperidad e independencia. Alan Greenspan ha señalado que la prosperidad exige inversiones; que las inversiones demandan seguridad financiera; y que la seguridad financiera precisa seguridad jurídica, es decir, cortes honradas y eficientes que hagan valer los contratos y que resuelvan equitativamente las disputas.

En lo que respecta a la libertad, todos sabemos que los jueces no pueden garantizarla pero pueden ayudar a conseguirla. Tener Tribunales y Jueces honrados

e independientes significa tener jueces que resisten firmemente todo intento de imponer cortapisas a la libertad fundamental del ser humano. No siempre triunfan en ese empeño, pero la independencia les da la oportunidad de intentarlo.

La Administración de Justicia es la asignatura pendiente de nuestra Democracia. El progreso operado en España en los últimos treinta años no ha alcanzado a una Administración de Justicia para la cual los presupuestos públicos han sido siempre cicateros. Una justicia ágil es un elemento fundamental para favorecer la seguridad jurídica y por tanto la reactivación económica y la inversión interna y extranjera. Hay miles de millones de euros inmovilizados en los órganos judiciales fuera del circuito económico.

José Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, aboga por la reformulación del artículo 122 de la Constitución y presenta unas alternativas:

a) Supresión del Consejo General del Poder Judicial. Devolución de las competencias de inspección y sanción a las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, y la atribución de facultades de nombramiento y ascensos a Comisiones integradas por representantes de los tres poderes del Estado.

b) Revisión de la composición y competencias del Consejo General del Poder Judicial. Delimitada a doce miembros, seis a propuesta del Congreso de los Diputados entre abogados, profesores de universidad y otros profesionales relacionados con la Administración de Justicia por mayoría de dos tercios, y seis elegidos directamente por los jueces y magistrados entre los miembros del poder judicial, en base a un sistema proporcional y representativo de los distintos tribunales.

Sin embargo entendemos que el Consejo General del Poder Judicial debe ser una garantía de la independencia judicial, pero debe evitarse su politización, ya que la función de juzgar conforme a la ley y al derecho, no debe ser gobernada políticamente. La solución no radica, en suprimir el Consejo General de Poder Judicial o en devolver a los jueces a la disciplina del Ministerio de Justicia, sino en recuperar la elección y funcionamiento que los constituyentes plasmaron en la Carta Magna.

En los primeros años de la república estadounidense, uno de sus presidentes y denodado campeón de la libertad, Thomas Jefferson, estimó que sería buena idea destituir a los jueces que se oponían a su punto de vista político. No lo logró, y el hecho de que haya fracasado en ese intento sirvió para consolidar la independencia judicial de los jueces americanos, argumenta Stephen G. Breyer, Magistrado asociado a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

Así mismo, el Consejo General de Poder Judicial, además de configurarse como un órgano independiente de gobierno de los jueces, debería otorgársele

otras competencias que tiene el Ministerio de Justicia, lo que supondría una mayor y efectiva separación de los otros poderes del estado, y en concreto del Poder Ejecutivo.

El sistema vigente de elección de los miembros del Consejo General de Poder Judicial, actualmente establecido mediante cuotas por elección parlamentaria, vincula en última instancia a los partidos políticos, dice Berning Prieto, lo cual no permite la imparcialidad de sus miembros, ya que éstos se encuentran vinculados de alguna manera a la elección realizada. Por ello debe llevarse a cabo el “aconsejable” cambio en la elección de los miembros del Consejo General de Poder Judicial, recomendación efectuada por la Sentencia Tribunal Constitucional número 108/1986 (Pleno), de 29 julio en el Recurso de Inconstitucionalidad número 839/1985.

Tal y como actualmente concebimos la Justicia, insistimos, debe fortalecerse su independencia y autonomía resaltando así la separación de poderes democrática respecto a los demás poderes del Estado.

Como podemos observar, las reformas que exige la situación actual de la Justicia requieren el esfuerzo tanto de Poderes Públicos como de los miembros que integran la Administración de Justicia, mejorando la independencia de este tercer poder, el judicial, que desde antaño se erige en defensa de la legalidad, y para el bien de todos los ciudadanos así como el mantenimiento del Estado Democrático de Derecho.

Los estudios constitucionales comparados han mostrado que sin independencia judicial no existe Estado de Derecho, ni libertad, ni democracia. Sólo unos jueces autónomos pueden proteger los derechos de los ciudadanos y garantizar que estemos en un gobierno de leyes y no de personas, en donde las autoridades no abusan de su poder. Los países que primero consolidaron la independencia judicial, como Inglaterra, han sido también las primeras democracias modernas. A su vez, como ya se tiene dicho, ciertas teorías económicas han mostrado que la independencia judicial contribuye a que exista un desarrollo económico sostenido.

Sólo así se conseguirá instaurar un modelo acorde con las exigencias actuales, que han experimentado grandes avances y, al mismo tiempo descompases, desde los inicios del estado constitucional en nuestro país. Nuestro sistema dista mucho de ser perfecto. Debemos esforzarnos por crear instituciones totalmente independientes, que ayuden a garantizar que los jueces sean honrados, que realicen su labor como es debido, que juzgados y tribunales sean razonablemente públicos, y que la persona ordinaria tenga la oportunidad de que se la oiga y se le resuelva su caso. Nos falta un largo trecho que recorrer para alcanzar estas metas. Pero no debemos cejar en nuestro empeño de llegar a ellas.

El Consejo General del Poder Judicial atraviesa una profunda crisis que no es sino consecuencia de la ausencia de valores que se enmarca en la ineficacia de

las instituciones y el escaso aprecio de los ciudadanos a quienes las ocupan. El mal funcionamiento del Consejo no es sino un reflejo del mal funcionamiento de nuestra democracia. La receta es la transparencia, la crítica, el control, la participación, la honestidad de quien asume funciones públicas, la ética, el respeto a la Ley; y también el consenso sobre el diseño de las grandes instituciones del Estado para que estas desempeñen con plenitud sus funciones constitucionales. No se trata de aprovechar el deterioro institucional para sacar ventaja, para reducir la independencia del poder judicial o asegurarse el control del gobierno de los jueces. Si la crisis es una consecuencia del mal funcionamiento de las instituciones, se trata de fortalecerlas.

Estamos en unos años en que la palabra que mas se repite son “crisis” y “rescate”, pues bien, dado que ha habido una conversión del Estado de derecho en un Estado de partidos, debemos concluir en que no sólo el poder judicial necesita de un rescate, sino que en la medida en que este es uno de los pilares de los sistemas democráticos, la democracia necesita un rescate.

José Ignacio Torreblanca, en un artículo publicado en un periódico nacional, exponía: “Muchos de los problemas que padecemos hoy en día, se originan en la conversión del Estado de derecho en un Estado de partidos, es decir, en el paso de un sistema en el que las leyes y los ciudadanos son los protagonistas de la política democrática en un marco de separación de poderes, a un sistema en el que los actores principales son los partidos, y el único objetivo de la contienda política es la alternancia entre ellos y la fusión y confusión bajo sus directrices, de los poderes ejecutivo legislativo y judicial. Los partidos han impuesto, primero, el reparto de puestos sobre la base de cuotas de poder y, a continuación, la ideologización de los procedimientos de toma de decisión. De esa manera, más que servir a los ciudadanos, dichas instituciones se han puesto al servicio de los partidos.

El sistema político ha depositado en sus gestores la responsabilidad de autorregularse, esto explica por qué la reforma del sistema político es tan difícil de emprender y encuentra tantas resistencias: como los que deberían emprender esa reforma serían sus principales víctimas, los incentivos para llevarla a cabo son inexistentes.

¿Qué hacer? Redefinir los límites de la política partidista. Es imperativo volver a decidir quién hace qué y cómo en nuestro sistema político. Se trata de garantizar que cada institución recuperara su razón de ser democrática en un marco de transparencia y responsabilidad adecuado. Desde esta perspectiva, la refundación de la democracia española ni siquiera requeriría una reforma constitucional, sino la identificación y el rescate, una por una, de todas aquellas instituciones que en la actualidad viven asfixiadas bajo el peso sofocante de la política partidista.”

Palabras que hacemos nuestras como colofón a este discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

En Julio de 2012, el Ministro de Justicia Ruiz Gallardón, detalló algunas de las propuestas de modificación del Consejo General del Poder Judicial, subrayando que se trata sólo de la reforma de la ley en lo que compete a los cambios en el órgano de los jueces, el Consejo General del Poder Judicial. Una de las propuestas de la comisión de expertos es la de endurecer las condiciones para llegar a la presidencia del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, señalando que el objetivo de este cambio es el de asegurar “la excelencia” del cargo. La reforma también prevé la creación de una nueva figura, la del vicepresidente del Tribunal Supremo, un cargo que no formaría parte del Consejo General del Poder Judicial. Igualmente sigue manteniendo el programa de su partido político para cambiar el sistema de elección de vocales, 12 vocales elegidos entre y por jueces y magistrados, mientras que los 8 restantes sean designados por el Congreso y el Senado. El titular de Justicia insistió en que sólo es una propuesta y que, por lo tanto, ahora deberá pactarse con el resto de grupos parlamentarios, especialmente con el primer grupo de la oposición, sin embargo el anteproyecto del ministro de justicia aprobado el 21 de diciembre de 2012 por el Consejo de Ministros, va encaminado una vez mas a mantener la elección total por las Cámaras, lo que denota una vez más, el interés de los otros dos poderes del estado por controlar al tercero, el judicial.

Los jueces somos muchas veces vituperados con ocasión del desempeño de nuestra profesión por personas que únicamente atienden al resultado de las resoluciones poniéndolas en relación con sus propias opiniones e intereses, sin que en la mayoría de los casos, se hayan tomado la molestia de leerlas, al menos para saber lo que en realidad dicen.

En los albores del S. III escribió Tertuliano su tratado “De Patientia”, en el que defiende que la paciencia enseña a sufrir las injurias y conforta al injuriado porque “el fruto del que ofende está en el dolor del ofendido; luego si no tuvieses dolor de la injuria desvaneces su deseo, y es fuerza que le tenga el agresor, porque sentirá ver frustrada y desfrustrada su intención”.

Nosotros, los jueces, siguiendo el consejo de Tertuliano seguimos respetando a los demás, en la “paciente” seguridad de que la mayoría de los ciudadanos, al margen de encuestas predirigidas, son partidarios de una justicia independiente e imparcial.

Muchas gracias por su atención.

Zaragoza a 19 de octubre de 2012 Leído el 28 de febrero de 2013

JULIO ARENERE BAYO

Bibliografía

- Reflexiones acerca de la Justicia, el Poder Judicial y el Consejo General del Poder Judicial. Antonio David Berning Prieto
- Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volúmenes I y II. Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: desarrollo constitucional. Carlos de Cabo Martín. Ed. PPU.
- Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción. Perfecto Andrés Ibáñez. Ed. Trotta.
- El servicio público de la justicia: actualidad y perspectivas. José Manuel Canales Aliende. Política y Sociedad, 20 (1995). Departamento de Ciencia Política y de la Administración. Universidad Complutense de Madrid.
- El Consejo General del Poder Judicial, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986, de 29 de julio, sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial. Antonio J. Porras Canales. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 7. Número 19. Enero-Abril de 1987.
- Juez y división de poderes hoy. Valentín Thury Cornejo. Ed. Ciudad Argentina.
- El Gobierno Judicial y el Consejo General del Poder Judicial. José Luis Requero Ibáñez. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales. N° 28, año 1996.
- Poder Judicial. Perfecto Andrés Ibáñez. Varios artículos publicados.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Constitución española de 1978.
- Base de datos de legislación y jurisprudencia El Derecho Editores.
- Base de datos de legislación y jurisprudencia Tirant Online.
- Base de datos de legislación y jurisprudencia Westlaw Thomson-Aranzadi.
- José Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, artículo publicado en el número 27 de “El Cronista”, bajo el título de La Reforma Constitucional Del Poder Judicial.
- Pablo Llarena Conde: Los sistemas de turnos y acceso a la Carrera Judicial de juristas de reconocido prestigio. La justicia de proximidad y sus opciones.
- <http://www.poderjudicial.es>
- <http://www.congreso.es> Enrique Arnaldo
- José Ignacio Torreblanca, El País de 3 de Junio de 2012.
- Stephen G. Breyer, Magistrado asociado a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.
- Pedro Morera ; Historia de la democracia.
- Lucas Murillo de la Cueva.- Modelos de Gobierno del poder judicial.
- Pascual Sala Sánchez.- El gobierno del Poder Judicial.
- Chueca Rodríguez.- La elección del órgano de gobierno del poder judicial en los sistemas comparados.

CONTESTACIÓN

a cargo de

Excmo. Sr. Don Manuel Pizarro Moreno

Académico de Número

Constituye para mí un auténtico honor que la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación me haya confiado la grata tarea de contestar al discurso de ingreso de D. Julio Arenere Bayo que acabamos de tener la oportunidad de escuchar esta tarde.

Recibimos hoy en nuestra Academia a D. Julio Arenere. Turolense de nacimiento, nacido en agosto de 1946 en Estación de Mora de Rubielos-Albentosa, en el corazón de la Sierra de Javalambre. Como todos los jóvenes de la época que queríamos prosperar profesionalmente, pronto tuvo que hacer las maletas para cursar el bachiller en Valencia y, posteriormente, la licenciatura de Derecho en las Facultades de Valencia y Zaragoza.

Compartimos, pues, escenarios de formación, como esa gran escuela del Derecho que es la Facultad del campus de la Plaza de San Francisco de la capital del Ebro, donde ambos tuvimos grandes maestros que, además de transmitirnos conocimientos, nos contagiaron una serie de valores inquebrantables para el posterior ejercicio de la profesión. También, Julio Arenere y yo compartimos residencia de estudiantes, en el Colegio Mayor Virgen del Carmen, cuya asociación de ex-alumnos preside ahora Julio con el afecto y el compromiso que le son consustanciales.

Fue en esos años cuando empezamos a trabar una relación que ha sido ya para siempre. Los dos veníamos de Teruel, los dos estudiamos Derecho, y los dos encontramos en las oposiciones una puerta al crecimiento profesional y al servicio público. Julio ya destacó entonces por su capacidad de liderazgo, su bonhomía y su compañerismo, que hacía que acogiera a cada nuevo colegial que llegaba al Virgen del Carmen con un afecto y una simpatía que ayudaba sobremanera a superar ese aterrizaje a la edad adulta. Más aún si, como yo, venía de Teruel. Y es que, ser de una tierra dura, une mucho y une para siempre.

Allí conocí también su carácter riguroso. En esos años de intenso estudio, este turoense forjó una sólida preparación académica y humana, que han sido sin duda los cimientos sobre los que ha asentado su vida. Si por algo se ha caracterizado Julio Arenere ha sido por su rigor profesional. Rigor en el estudio, rigor en la carrera y rigor en su criterio. Y, siempre, desde la independencia. Julio Arenere ha desarrollado su carrera profesional con la ley como norte y la justicia como objetivo, sin dejarse arrastrar por otras influencias que no sean el respeto escrupuloso a los principios que juró como juez cuando, con apenas treinta años, y tras superar una dura oposición, ingresa en la carrera judicial.

Fue el principio de una carrera de Juez, con mayúsculas, que tuvo su primer destino, en 1976, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de la localidad de Osuna, en la provincia de Sevilla. Sería la primera estación de un veloz y ascendente recorrido hasta volver definitivamente a ésta, su tierra, en 1982, hace ahora treinta años, para ocupar entonces el puesto de magistrado titular del Juzgado de Instrucción nº 4 de Zaragoza. Caspe, Tortosa y Bilbao fueron las paradas previas en los años precedentes.

Como magistrado, ha ejercido sus funciones en la capital de nuestra Comunidad Autónoma en múltiples ámbitos: Juzgado de Instrucción nº 4; Primera Instancia nº 3; Sección Tercera de la Audiencia Provincial; y, desde 2007, desempeña la Presidencia de la Audiencia Provincial.

Es la culminación de una carrera, en lo más alto de la misma, tras su decidida apuesta por servir a la Justicia desde Aragón, por ejercer su profesión aquí, en Aragón. Sin duda, de haber optado por otras posiciones, Arenere sería hoy uno de los numerosos aragoneses en la diáspora que, con gran merecimiento, ocupan las más altas posiciones en el sector público y en el sector privado a nivel nacional.

Pero las tres décadas largas de méritos del Sr. Arenere en el desarrollo de su profesión, que acabo de describir apresuradamente en unas pocas líneas, suficientes en sí mismos para su incorporación a esta corporación, son sólo parte de su brillante currículum.

Hoy recibimos a un estudioso del Derecho, a un apasionado de su profesión y a un erudito en asuntos jurídico sociales, como evidencian sus múltiples publicaciones, conferencias y ponencias, siempre con la aplicación ponderada de la Ley y el sentido de la Justicia como hilo conductor.

Para hacernos una idea de lo amplio del espectro de sus inquietudes investigadoras, entre ellas han figurado cuestiones tan diversas como la ordenación urbanística, la responsabilidad penal de los abogados en sus actuaciones y la violencia doméstica, por citar solamente algunas de ellas. Asimismo, es colaborador asiduo de las editoriales de referencia en el panorama jurídico, especialmente en los ámbitos civil y penal.

Un rasgo igualmente a destacar en el perfil de Julio Arenere es su vocación divulgativa, docente y, un punto muy relevante a mi entender, su preocupación por la formación permanente.

Ha participado como ponente en numerosos seminarios y jornadas organizados por distintos colegios profesionales, asociaciones y organismos públicos para extender y compartir el profundo conocimiento del Derecho y la Justicia que posee en públicos tanto expertos como no especializados.

Ha sido profesor de Derecho Procesal y de Derecho Mercantil en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED); ha impartido igualmente la asignatura de Derecho Penal en la Academia de la Policía Local de Zaragoza; ha sido profesor invitado en numerosas actividades promovidas por el Consejo General del Poder Judicial; desde 1999 es Coordinador Territorial para Aragón de los Planes de Formación Continuada de Jueces y Magistrados de la Comunidad Autónoma.

La prolija relación de cursos formativos a los que ha asistido Julio Arenere a lo largo de sus treinta y seis años en la judicatura demuestra su firme compromiso con la actualización permanente de conocimientos, imprescindible como él mismo acertadamente ha señalado en su discurso, para el correcto ejercicio de su profesión.

En ese contexto se enmarcan las imprescindibles Jornadas Jurídicas de Albarracín, en las que, cada año, medio centenar de jueces de toda la geografía aragonesa se dan cita, bajo la dirección de Julio Arenere, para actualizar conocimientos o debatir los problemas que viven sus juzgados. Don Julio Arenere, una vez más, hace gala de su compromiso con la tierra y elige para la formación un marco histórico artístico como el de Albarracín, sabiendo que allí se hace Justicia formando a los jueces y justicia con el lugar, poniéndolo en valor entre quienes no lo conocen.

Fruto de la extraordinaria trayectoria que he resumido, el Sr. Arenere ha recibido diversos reconocimientos a su persona. Entre ellos, destacan la Cruz Distinguida de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort en 1986, la Medalla al Mérito Profesional del Ayuntamiento de Zaragoza en 2008 y la Cruz al Mérito Policial que le fue concedida por el Ministerio de Interior en 2011.

Nuestro nuevo académico es, además, miembro destacado de la Sociedad Económica Aragonesa de Amigos del País e integrante de su Junta de Gobierno, a la que aporta su prestigio personal y profesional y su siempre ponderado juicio.

Allí coincido, una vez más, con mi amigo Julio Arenere. Por eso me congratula hoy, especialmente, darle la bienvenida a esta Academia y reencontrarnos en un escenario más, en el que ha elegido a un ilustre e ilustrado turolense, Vicente Pascual Esteban, como nombre para el sillón que va a ocupar.

Permítanme la broma de recordar que tiene mucho mérito que alguien de Mora de Rubielos elija para su sillón a un natural de Rubielos de Mora, localidad en la que nació Vicente Pascual, ilustrado que, como ustedes saben, fue canónigo de la catedral de Teruel, que acudió a las Cortes de Cádiz representando a nuestra provincia y acabó siendo, nada menos que Presidente de aquellas Cortes, cuando en la sesión del 18 de Marzo, se votó y aprobó la Constitución Política de la Monarquía de 1812.

Entre los atributos de Vicente Pascual figuraba, además, su condición de amigo de Isidoro de Antillón, hombre de Derecho, natural de Santa Eulalia del Campo, y adalid de la libertad y la independencia, y cuyo nombre yo escogí para mi sillón en esta Academia.

Como pueden ustedes imaginar, una vez más, me ha causado honda satisfacción que ambos hayamos elegido a dos turolenses que creyeran en la libertad y en la justicia y, que además, fueran amigos entre ellos.

A mi juicio, el currículum del nuevo académico permite albergar altas expectativas en cuanto a sus aportaciones a esta corporación en el futuro.

Una confianza que queda totalmente ratificada por el excelente análisis que nos ha transmitido su autor bajo el título *Independencia judicial y democracia*. Una primera aportación a esta Academia muy oportuna por el tema escogido y el enfoque de presentación de las conclusiones, bien estructurada y documentada, con referencias históricas y recomendaciones de interés para el porvenir.

Estamos, en mi opinión, ante un completo tratado sobre la cuestión que el autor ha desarrollado en su discurso.

Como es bien sabido, la Justicia es la mejor garantía de las libertades individuales y colectivas, de la esencia de la democracia. Eso sí, como se encarga de subrayar el autor, para que cumpla su labor, el primer requisito consiste en que se pueda llevar a cabo desde la independencia.

Igualmente, una Justicia lenta no es Justicia. Y lo mismo se aplica a la autonomía de la Justicia frente a los otros dos poderes en los que Montesquieu parcelaba las funciones del Estado. En otros términos, una Justicia sin independencia del Legislativo y / o del Ejecutivo no es Justicia.

A partir de estas dos premisas, podemos concluir que la independencia en la Justicia es una de las genuinas condiciones necesarias para alcanzar una democracia de calidad.

De ahí que el estudio sobre la situación actual en España efectuado por el recipiendario sea de gran interés y muy oportuno en el tiempo. Sobre todo, en una coyuntura como la presente, en la que el conjunto de la arquitectura institucional de nuestro país se halla en una fase de replanteamiento global y, como él mismo

pone de manifiesto al final de su discurso, en un momento en el que la sociedad tiene una concepción negativa del funcionamiento de las altas instancias de judiciales y de los órganos de gobierno de la Judicatura.

Es igualmente muy de agradecer, y muestra inequívoca de su compromiso intelectual y social, la valentía del autor para afrontar abiertamente los puntos fuertes y, especialmente, los débiles de la Justicia española, proponiendo soluciones concretas y audaces para solventar los déficit que, de su argumentación, se infieren.

Estamos, en definitiva, ante un desafío académico impresionante y, simultáneamente, ante una cuestión de candente actualidad e importantes repercusiones para la sociedad española.

Repercusiones en todos los frentes, puesto que, por ceñirme al que más conozco y en el que he desarrollado y desarrollo mi actividad profesional, la independencia judicial es un elemento indispensable para el funcionamiento óptimo de la economía y las finanzas.

La solidez de las instituciones y la seguridad jurídica que ello conlleva es condición *sine qua non* para que las relaciones entre los agentes económicos sean fluidas y puedan materializarse en un entorno de confianza. Para conseguirlo, además de la visión y el acierto del legislador en la regulación, es preciso que la Justicia garantice el cumplimiento de la normativa.

Aprovecho la ocasión para reivindicar la importancia estratégica de los aspectos institucionales, entre ellos la Justicia, para impulsar en el siglo XXI el crecimiento de las economías avanzadas, en un marco de completa globalización. Una importancia que, en ocasiones, olvidamos o infravaloramos. Del mismo modo, hay que subrayar el excelente análisis que realiza del acervo histórico en el que se hunden las raíces de la tradición democrática, desde la Grecia del siglo V antes de Cristo hasta la Revolución Francesa.

Igualmente esclarecedor resulta el análisis que hace el recipiendario de los textos constitucionales españoles históricos, en lo que a la Justicia se refiere, iniciado con la Constitución de Cádiz de 1812, en cuyo artículo 17 se sientan ya las bases de la Justicia moderna en nuestro país: “*la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la Ley*”. Una afirmación reforzada con otras aseveraciones tan concluyentes como la contemplada en el artículo 242: “*la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales*”.

A la par, se profesionaliza la función judicial, se fijan los criterios para el acceso a la posición de juez o magistrado y se garantiza la inamovilidad de estos puestos, en lo que supone un salto cualitativo muy relevante en la separación de poderes.

No obstante, como enfatiza el autor, los avances en la independencia de los órganos de gobierno de la Judicatura han sido más recientes. De hecho, es la Constitución de 1978 la que establece la configuración del Consejo General del Poder Judicial, llamado a ser el principal órgano de gobierno garante de la independencia judicial, tal y como nos recuerda.

Además, la Constitución señala genéricamente las materias mínimas en las que este órgano deberá intervenir (nombramiento, ascensos, inspección y régimen disciplinario de los miembros del Poder Judicial), pero no identifica de manera precisa e inequívoca cuáles son sus funciones.

Y aquí ubica precisamente nuestro nuevo compañero el origen de algunas de las deficiencias que se ponen de manifiesto en el profundo examen que acaba de exponernos sobre la situación de la independencia judicial hoy en España, a partir de los criterios fijados por la Comisión de Estudios de la Unión Internacional de Magistrados para evaluarlo. Esta herramienta cuenta con catorce elementos objetivos y tres elementos subjetivos, que se han detallado en el discurso con suma brillantez y claridad.

Por lo tanto, aunque poco puedo añadir a lo que aquí hemos escuchado en palabras de un gran experto en la materia, trataré de subrayar a continuación algunas de las conclusiones que, creo, son de especial trascendencia para el asunto que nos ocupa.

En primer lugar, nuestra Carta Magna contiene un reconocimiento explícito del principio de separación de poderes pero hay que evitar que los miembros del Congreso nombren Jueces, los Jueces cambien las Leyes y el Gobierno desoiga al Poder Judicial o al Legislativo.

En otros términos, las tentaciones para las interferencias o cruces de intereses entre Poderes están siempre latentes y hay que diseñar mecanismos (“murrallas chinas” que diríamos en finanzas) para impedir que se puedan manifestar, velando así, en conjunto, por la calidad democrática.

De otro lado, hay una referencia clara a la necesaria protección por Ley de la inamovilidad del juez, de modo que las suspensiones, jubilaciones o traslados dependan de esquemas perfectamente regulados y no arbitrarios, de manera que se eviten vías de presión en este sentido.

Igualmente, resulta imprescindible aislar a los Jueces de cualquier amenaza coercitiva al ejercicio de su función, como las que lamentablemente han tenido lugar durante las últimas décadas en el País Vasco y otros episodios, de menor gravedad, pero tampoco tolerables, como la asistencia a las puertas de un Juzgado o de un Tribunal de decenas de personas con comportamientos incívicos.

Hay que respetar las reglas del juego y, quien las incumple, debe ser reconducido por las fuerzas de orden público para evitar cualquier posible alteración en la independencia judicial.

En cuanto a la configuración de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, piedra angular de la arquitectura institucional de la Judicatura, ésta debe regirse por el autogobierno. Es decir, aunque es una entidad *política*, en el sentido de que actúa como entidad clave para la organización del Poder Judicial, no debe estar influida decisivamente en su composición por el Poder Ejecutivo y tampoco por el Legislativo.

De ser así, la deseable independencia judicial se convierte en dependencia judicial y subordinación, con las consiguientes implicaciones negativas que de ello se derivan para la calidad democrática.

Diferentes informes internacionales y opiniones de expertos, que cita el Sr. Arenere en su discurso, concluyen que España cuenta con un sistema judicial plenamente independiente en la aplicación de la Ley, pero que presenta también evidentes signos de politización en los órganos de gobierno de la Judicatura.

Algo que ocurre también en otros países europeos, conforme puede concluirse del completo análisis de Derecho comparado efectuado para evaluar la independencia entre los órganos de gobierno judiciales y el Poder Ejecutivo en nuestro entorno.

En mi opinión, se identifica uno de los factores clave en estas dinámicas, no siempre suficientemente valorado. No es otro que los mecanismos de elección en los que se sustenta la composición de los órganos de gobierno del Poder Judicial.

Si se opta por esquemas de participación individual en el voto y necesaria presentación de candidaturas, la capacidad de organización de las asociaciones judiciales para afrontar los procesos electorales puede constituir una amenaza a la representatividad que precisamente persiguen estos planteamientos, puesto que apenas el cincuenta por ciento de la profesión es miembro de alguna asociación. La representatividad buscada sería pues relativa en la práctica. Por lo tanto, la consecución de sistemas equilibrados para la designación de miembros en los órganos de gobierno de la Judicatura, como casi todo en la vida, es bastante más compleja de lo que a priori puede parecer.

El Sr. Arenere ha compartido con nosotros también una documentada reflexión sobre los modelos de retribución de jueces y magistrados, recurriendo una vez más a la comparativa internacional. Lejos de una defensa gremial o corporativa, ha reivindicado una remuneración digna y acorde con las responsabilidades asumidas, puesto que, de lo contrario, los incentivos que se generan para la toma de decisiones pueden no ser adecuados.

Otro aspecto relevante para garantizar la independencia integral del sistema es la ausencia de capacidad de influencia de los órganos del Poder Judicial sobre las decisiones individuales de los Jueces en el desarrollo de su función ordinaria. Se trata de una garantía *intra judicial* de independencia.

En mayor medida si cabe que en cualquier otra profesión, la ética es un complemento indispensable a la profesionalidad en la aplicación de Justicia. La honradez, el desinterés, la dignidad y la imparcialidad constituyen atributos de obligado cumplimiento. Para conseguirlo, cuestiones como la inamovilidad o las adecuadas retribuciones, comentados antes, son puntales básicos.

Para reforzar las garantías de que no se quebrantan estos principios, subraya la importancia de la existencia de un órgano autónomo y profesional, dentro del Poder Judicial, que esté dotado de competencias disciplinarias, es decir, sancionadoras.

Un órgano, por cierto, que tiene que funcionar también bajo parámetros de objetividad y no de oportunidad o sometimiento a presiones políticas o de la opinión pública. Es decir, y permítanme la redundancia, debe velar por la imparcialidad desde la imparcialidad.

Se afirma igualmente que la formación continua de los Jueces, requisito imprescindible para el correcto ejercicio de su profesión, debe estar también gestionada por un organismo independiente. Asimismo, se argumenta, con gran criterio, que el a menudo criticado sistema de acceso por oposición a la carrera judicial permite precisamente asegurar que quienes ocupan estos puestos poseen una sólida cualificación jurídica.

Sin embargo, también considera positivo completar este método con el de la selección directa para el enriquecimiento de la Judicatura con profesionales que han demostrado su contrastada capacidad en otros ámbitos. Aún así, apunta el autor, no debemos minimizar el riesgo de que estas selecciones puedan estar sujetas a condicionantes externos que pongan en cuestión la independencia de quienes acceden por esta vía.

Julio Arenere pone el acento también en una de las inconsistencias que hace imperfecta la independencia judicial en España, y no es otra que la falta de autonomía financiera, puesto que la gestión de los presupuestos dedicados a Justicia no se administra desde el propio Poder Judicial sino desde el Ejecutivo (estatal y autonómico), aunque en el proceso participe parcialmente el Consejo General del Poder Judicial.

Y concluiré ya con una breve referencia a los elementos subjetivos que delimitan el grado de independencia de la Justicia, descritos por el autor en su disertación.

Se identifican dos grandes aliados para transmitir confianza a la sociedad en la actuación de los Jueces. En primer lugar, los Colegios de Abogados, que se encuentran más legitimados que los propios miembros del Poder Judicial para reivindicar la independencia, la formación, los niveles salariales y los medios que los jueces requieren para llevar a cabo con eficacia su labor. Su voz tiene au-

toridad e independencia para canalizar estas solicitudes a los poderes legislativo y ejecutivo.

En segundo lugar, los medios de comunicación son hoy el cauce fundamental para trasladar a los ciudadanos la conveniencia de contar con una Justicia independiente y transmitir también sus necesidades.

Lamentablemente, se contrasta, con los datos procedentes de recientes encuestas demoscópicas, la negativa valoración que en la actualidad expresa la sociedad española sobre el funcionamiento de los Tribunales de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Únicamente el Parlamento, los bancos y los partidos políticos reciben peores valoraciones por parte de los ciudadanos españoles.

Mientras, en estas mismas encuestas, los jueces reciben calificaciones igualmente negativas por sus actuaciones, pero de una intensidad mucho más moderada que las otorgadas a sus altas instancias y órganos de gobierno, evidenciando que la percepción sobre su función no está tan cuestionada por parte de la sociedad.

La corrección de este descrédito institucional constituye uno de los grandes retos que afrontamos, como nación, para alcanzar un grado de madurez democrática comparable con nuestro entorno y, no lo olvidemos, para lograr también afianzar uno de los elementos cruciales (la confianza en las instituciones) para recuperar la senda de la inversión y, por extensión, de la actividad económica y el empleo.

No se trata únicamente de reestablecer la credibilidad interna de los ciudadanos, sino de escalar a la par posiciones en los informes comparativos internacionales, como el *World Economic Forum*, cuyas últimas ediciones nos sitúan en posiciones muy discretas en el ranking que mide la independencia judicial en los países.

Y hoy aquí hemos tenido la ocasión de recibir recomendaciones inequívocas para construir una auténtica *hoja de ruta* que permita avanzar hacia ese objetivo. Por decirlo en sus propias palabras, la Administración de Justicia es la asignatura pendiente de nuestra Democracia.

La reforma del Consejo General del Poder Judicial, la dotación suficiente de medios a la Justicia y la autonomía de gestión financiera de esos recursos son algunos de los “surcos” en los que, según el autor, debería sembrarse un nuevo modelo de organización que favoreciese la plena independencia judicial en nuestro país.

Coincido plenamente con él, puesto que, entre los múltiples desafíos que afrontamos en España en la coyuntura presente, éste es uno de los menos comen-

tados en la opinión pública. Aunque, sin duda, el refuerzo de la independencia judicial resulta un empeño estratégico, por su carácter transversal, para el adecuado funcionamiento de la sociedad, la economía y las finanzas; en suma, para la convivencia, la prosperidad y el bienestar de todos los ciudadanos.

Y termino ya con un sincero agradecimiento a Don Julio Arenere Bayo por haber aceptado su designación como nuevo académico de número de esta docta corporación y por los servicios que le va a prestar, estoy convencido de ello, en los próximos años.

En mi nombre, y en el de todos mis compañeros, le traslado nuestra más efusiva enhorabuena por su discurso de ingreso y le doy nuestra más cordial bienvenida a esta Academia Aragonesa, deseándole que su incorporación contribuya a su progreso personal y profesional, al menos en la misma medida que su presencia nos reportará conocimientos y sabiduría a quienes vamos a tener oportunidad de seguir compartiendo con él trabajo y afanes en los años venideros de nuestra existencia.

CONFERENCIAS

EL DERECHO INTERNACIONAL ANTE EL DESAFÍO SOBERANISTA

Excmo. Sr. Carlos R. Fernández Liesa

Catedrático de derecho internacional. Universidad Carlos III de Madrid.

Académico Correspondiente

15 de mayo de 2018

1. INTRODUCCIÓN

El desafío soberanista catalán está, desgraciadamente, de *plena actualidad*. Este desafío constituye una *amenaza o riesgo para la paz en España*, la más grande que hemos vivido desde la guerra civil de 1936. También es un *desafío para Europa*, pues puede estar en el inicio de un proceso de regresión autodestructiva. Ha enviado Puigdemont, desde Berlín, a un representante que sigue teniendo intenciones de romper la soberanía –si nos atenemos a su discurso–, y que además ha hecho preocupantes declaraciones xenófobas, lo que no augura nada bueno. En el momento de acabar estas líneas el gobierno de España ha señalado que no puede publicar el decreto de nombramiento del gobierno catalán, presidido por Quim Torra, pues debe analizar la posibilidad de un gobierno en el que se integren dos prófugos y dos personas que están en prisión. No vamos a entrar ahora en ello. Vamos a analizar la *cuestión catalana desde la perspectiva del Derecho, en particular del Derecho internacional*. Hay que precisar que frente a este desafío lo más relevante es que se aplique el Estado de derecho y la Constitución, único medio que permite avanzar y que se haga con normalidad, con calma y con espíritu constructivo.

2. PRINCIPALES ELEMENTOS DEL DESAFÍO SOBERANISTA

Estamos ante un desafío *esencialista*, pues Cataluña, como parte de la Corona de Aragón desde la Edad Media, fue parte constitutiva de España desde el siglo XV. No cabría comprender la existencia de España al margen de Cataluña, por lo que estamos ante un *desafío de naturaleza existencial*, es decir, que afecta a la misma pervivencia del Estado. Evidentemente que esto constituye *uno de los*

mayores riesgos y amenazas para el Estado, probablemente el mayor riesgo al que se enfrenta España desde hace muchísimo tiempo, como ya hemos indicado.

España es unidad en la diversidad, lo que viene desde el mismo origen de la unidad, con el matrimonio de los reyes católicos (Isabel y Fernando), y la unión de la Corona de Aragón (de la que formaba parte el condado de Barcelona) y la Corona de Castilla. Con los Austrias la monarquía hispánica era una estructura jurídica plural, donde cada unidad conservaba derechos e instituciones privativas.

El conjunto, desde el siglo XVI, se llama España y al Rey, Rey de España, o de las Españas o Su Majestad Católica. Así, el Tratado de Westfalia lo firma, en 1648, el Rey de España. Es España, pues, uno de los Estados modernos más antiguos del mundo.

Se creó con una *identidad imperial*, que conformó la España espiritual, y contribuyó a la leyenda negra que hoy parece renacer en el norte de Europa. Desde el constitucionalismo del siglo XIX la soberanía nacional reside en el pueblo español, y España no solo es un Estado sino también una nación, jurídica y culturalmente.

La cuestión catalana ha planteado *debates esencialistas*, que pretenden negar que España sea una nación, o que sea solo la suma agregada de naciones. España, si se considera que es la única nación soberana, podría ser concebida como nación de naciones, si las segundas admiten que también están englobadas y forman parte de la primera. Es decir, si admiten su integración histórica y cultural en España.

Pero dejemos los debates esencialistas, e intentemos abordar *los hechos más que los discursos*, como dijera el Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, al reaccionar ante el mensaje xenófobo y ultranacionalista de Quim Torra. Las palabras del sábado 12 y del 14 de mayo de 2018, de Quim Torra, deben hacer ver que los poderes del Estado y la sociedad tienen que estar muy alertas, pero también hay que hay que mantener la calma suficiente para gestionar con inteligencia emocional y evitar, como dijera Manuel Azaña, en el *Discurso de Barcelona*, pronunciado en el Ayuntamiento el 18 de julio de 1938, que “vuelva a hervir la sangre iracunda y otra vez el genio español vuelva a enfurecerse con la intolerancia, el odio y la destrucción”¹.

Desde luego que hay riesgo importante de tensión, que vamos a analizar desde dimensiones del Derecho. En esta perspectiva tuvo gran impacto nacional e internacional la *Declaración de Independencia de Cataluña*, aprobada el 27 de octubre de 2017, por el Parlament (Parlamento de Cataluña), que era un llamamiento a la Comunidad internacional para el reconocimiento, en un abierto desafío al Estado. Una declaración basada en falsedades y distorsiones.

¹ AZAÑA, M., “Discurso en el Ayuntamiento de Barcelona”, *Los españoles en guerra*, Editorial Crítica, Barcelona, 1977, 1999, 129 pp., pp. 99-129.

Los Estados de la Comunidad internacional no han reconocido a Cataluña porque entre otras cosas eso sería violar el *principio de no intervención en los asuntos internos*. Además, el reconocimiento es un acto declarativo, no constitutivo. En el Derecho internacional la creación de un Estado es una cuestión de hecho, de que una entidad reúna los elementos de estatalidad, lo que es reflejo de la importancia del *principio de efectividad*.

No existe en el Derecho internacional un derecho de secesión, ni Cataluña tiene derecho a separarse de España en virtud de ningún fundamento de Derecho internacional, como veremos.

Entonces estamos ante un *desafío que resulta de un desafuero*, es decir, según el Diccionario de la real Academia española de la lengua, de un acto violento contra la ley, o de un hecho que priva de fuero a quien lo tenía. Podemos citar antecedentes históricos, impropios, en 1640, 1714, 1873 y 1934. Impropios porque no se pueden ver con la lupa de hoy los hechos del pasado, con enfoques presentistas inadecuados.

Las fases y los rasgos del desafío evidencian que la hoja de ruta esta prediseñada, como muestra, entre otros documentos, el *Plan de transición nacional* aprobado y presentado por Artur Mas en 2014. Cada una de estas fases ha estado presidida por un Presidente de la Generalidad, con los que no usaremos el *Molt honorable*, al haberlo perdido con el incumplimiento grosero y contumaz de las leyes.

- i) El primero, Artur Más inicia la trama con un acuerdo político, en 2012, que suscriben ERC y CIU, y que daría lugar a la Resolución del Parlament, de 2013, de Declaración de Soberanía, luego a la creación del Consejo de Transición nacional y a la consulta ilegal del 9 de noviembre de 2014. Esta es una *fase de legitimación del proceso*.
- ii) La segunda *fase, de desconexión*, con Puigdemont (2015-2017) a la que se suman ANC (Asamblea Nacional catalana) y Omnium cultural, y en la que se aprueba la Resolución de creación del Estado catalán en forma de República y las leyes 19 y 20/2017, de referéndum y transitoriedad jurídica, se hace el referéndum ilegal del 1 de octubre, la Declaración unilateral de independencia, se aprueba por el Senado a propuesta del Gobierno la aplicación del art. 155 de la Constitución y se celebran elecciones en diciembre de 2017.
- iii) Posteriormente, en mayo de 2018 el Parlament nombró a Quim Torra nuevo Presidente de la Generalitat, y aquí empieza una tercera fase, con el designio de ir hacia un *proceso constituyente*. Por lo tanto, en el momento de escribir estas líneas el desafío soberanista sigue vigente, y no es sencillo prever hacia donde va, siendo previsible una vuelta al 155, pues por lo que vamos viendo no hay ninguna previsibilidad de vuelta a la normalidad constitucional.

En las tres fases los comportamientos del Govern y del Parlament están marcados por continuas ilegalidades. Estamos ante un *desafío organizado, complejo y que sigue una hoja de ruta diseñada*, que tiene unos medios de comunicación y una campaña internacional con apoyos económicos y de otra naturaleza, y que presenta elementos delictivos así como el riesgo de confrontación civil.

Así, en la primera fase del desafío, entre 2012 y 2015 hay *primera legislatura* en que es Presidente de la Generalitat Artur Mas y en la que se realizará una primera consulta sobre si Cataluña debe ser un Estado independiente, el 9 de noviembre de 2014². El origen de ello es un acuerdo político para la legislatura entre dos partidos nacionalistas, el 19-XII-2012³, donde se comprometen a impulsar la independencia, desde la atribución de soberanía al pueblo catalán. En este sentido la Res 5/X, de 23-3-2013 del Parlamento de Cataluña aprobó la *Declaración de Soberanía y del Derecho a decidir*⁴ y, posteriormente, la ley 10/2014 de consultas populares no referendarias y el decreto 129/2014, de 27/IX de consulta popular sobre el futuro político de Cataluña⁵. Todo esto era y así fue declarado por el Tribunal Constitucional nulo y contrario a la Carta Magna. A pesar de todo ello se celebró una consulta el 9 de noviembre de 2014.

El Govern presidido por Artur Mas creó entretanto un *Consejo para la Transición nacional*, por decreto 113/2013, que hizo un *Libro Blanco de la Transición Nacional*, presentado el 20-IX-2014, en el que en 18 Informes se explica la hoja de ruta a seguir y el procedimiento para la secesión, la necesidad de impulsar la movilización popular, de reforzar las estructuras de Estado de cara a la independencia, el análisis de las estrategias y escenarios así como de los elementos jurídico políticos principales del proceso hacia la independencia. Posteriormente se hizo un plan de infraestructuras de Estado y otro de infraestructuras estratégicas, luego declarados nulos e inconstitucionales⁶.

² –Así, la Resolución 5/X, de 23-3-2013 del Parlamento de Cataluña, Declaración de soberanía y del derecho a decidir. Y la ley 10/2014 de consultas populares no referendarias (art. art. 3, 3 fue declarado nulo) y el decreto 129/2014, de 27/IX, de consulta popular sobre el futuro político de Cataluña. Las STC 31/2015 y 32/2015 declaró nulos el art. 3,3 de la ley 10/2014 y del decreto 129/2014, de convocatoria.

³ –Los partidos eran Convergencia i Unió partido nacionalista de derechas y Ezquerra Republicana de Cataluña, partido de izquierdas.

⁴ –La STC 42/2014, de 25-III, declaró nula e inconstitucional la Declaración.

⁵ –Las STC 31/2015 y 32/2015 declaró nulos e inconstitucionales el art. 3, 3 de la ley 10/2014 y el decreto 129/2014, de convocatoria

⁶ –El TC suspendió provisionalmente los arts 69 y 95 y las disposiciones adicionales 22 a 26 de la ley 2/2015; el 7-VII-2015 el Pleno del Tribunal Constitucional admitió a trámite suspendió provisionalmente el decreto 16/2015; La STC 128/2016, de 7 de julio declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los arts 69, 95 de la ley 3/2015 y sus disposiciones adicionales 22, 24 y 26. La STC 52/2017 de 10 de mayo declaró la inconstitucionalidad y nulidad del decreto 16/2015, ya suspendido y del Plan de estructuras de Estado y del Plan de infraestructuras estratégicas.

Entre 2015 y 2017, la segunda fase antes señalada, hay una *segunda legislatura autonómica independentista*, en que la hoja de ruta hacia la secesión se intensifica. Se unen al acuerdo político un partido minoritario y aún más extremista, que exige la sustitución –por moderado- de Artur Mas, y que incorpora al acuerdo a asociaciones independentistas de la sociedad civil (Asamblea nacional catalana y Omnium cultural, con capacidad de movilización de las masas). Las elecciones autonómicas de 27/IX/2015, interpretadas en clave plebiscitaria por los nacionalistas, obtuvieron una escasa mayoría parlamentaria. La intensificación del desafío bajo la nueva Presidencia de Puigdemont establece una nueva hoja de ruta que de manera decidida aborda la secesión⁷.

Con tal objetivo el nuevo Parlament inicia la legislatura (1/IX) con una Resolución sobre el *Proceso de creación del Estado catalán independiente en forma de República*⁸. Además, se crea la *Comisión de estudio del proceso constituyente*⁹. Esta estimó que el proceso solo podía hacerse por *desconexión* y estableció un proceso para llegar a la separación del Estado español¹⁰.

Las conclusiones de esta Comisión fueron llevadas a aprobación por el Parlament -a pesar de que el TC advirtió a la Mesa de que no debía admitir a trámite la Resolución-. Se aprobaron en el pleno del Parlament las conclusiones de la Comisión por la Res. 263/XI¹¹. Asimismo se admitieron a trámite el 4-X-2016 dos propuestas que dieron lugar a la Res 306/XI –luego declarada nula- sobre el referéndum y sobre el proceso constituyente¹². El 31 de julio y el 28 de agosto, respectivamente, hubo dos propuestas que darían lugar a las leyes de 6 (19/2017

⁷ –Esa mayoría parlamentaria se consigue por la unión de los partidos Junts pel si (antigua CIU que, acorralada por casos de corrupción, cambia de nombre), ERC y la CUP.

⁸ –LA STC 259/2015, de 2-XII declaró que el Parlament se atribuía una soberanía superior a la que deriva de la autonomía reconocida por la Constitución a las nacionalidades que integran la nación española y remarcaba que la Cámara autonómica no podía erigirse en fuente de legitimidad jurídica y política hasta arrogarse la potestad de vulnerar el orden constitucional que sustenta su autoridad.

⁹ –Esta comisión fue considerada inconstitucional por el ATC 141/2016, de 19-VII. La Res 5/XI de creación de una Comisión de estudio del proceso constituyente, de 20-I-2016.

¹⁰ –Una fase participativa, de reflexión y debate en foro social amplio. Una fase de desconexión, mediante leyes de desconexión y mecanismos unilaterales democráticos y una fase de convocatoria de elecciones constituyentes

¹¹ –Esta Resolución 263 fue impugnada ante el TC, que el 1 de agosto de 2016 suspendió su efectividad, y el 6-X-2106 (auto 170/2016) declaró la nulidad por no ser constitucionalmente admisibles las conclusiones aprobadas.

¹² –Esta declaración fue anulada por el TC, 27/2017, de 14-II. La del referéndum proclamaba el derecho de autodeterminación de Cataluña y creaba una comisión de seguimiento; sobre el proceso constituyente se creaba un consejo asesor y una comisión de seguimiento del proceso constituyente y de las elecciones constituyentes, que tendrían lugar seis meses después del referéndum. Tres días después se aprueba por el Parlament la ley 4/2017 de presupuestos de la Generalidad de Cataluña, declarada inconstitucional en algunas de sus disposiciones (STC 90/2017, de 5 julio).

ley de referéndum de autodeterminación) y 7 de septiembre (20/2017), *ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República*¹³.

Tanto *el gobierno como el Parlamento autonómico incumplían y desobedecían de manera continuada al Tribunal Constitucional de España*. Así aprobaron esas leyes enteramente inconstitucionales, organizaron el referéndum y proclamaron la Declaración de independencia el 27 de octubre. Entre tanto el 20 de septiembre hubo incidentes muy violentos impulsados por las asociaciones independentistas y por el propio *govern* ante un registro judicial en la Consejería de economía, en cuyas puertas se agolparon más de 60.000 personas para impedir la tarea de la comisión judicial.

También hubo incidentes, internacionalmente difundidos, el día 1 de octubre en los colegios electorales, ante el referéndum ilegal cuando la guardia civil y la policía nacional, ante la pasividad de la policía autonómica (*Mossos de Esquadra*) intentó evitarlo, y desfalleció ante el empuje ciudadano. Hubo muchos heridos entre la ciudadanía y también muchos entre los policías y guardia civiles, aunque esto no se reflejó en los medios de comunicación. En un momento dado la operación policial se paró, pues se vio el Estado doblegado ante la masa de votantes. Las desagradables imágenes dieron la vuelta al mundo y contribuyeron a dar una imagen distorsionada de lo que estaba sucediendo.

El decreto 139/2017 de convocatoria del referéndum ilegal había sido firmado por todo el *govern*¹⁴. El 1 de octubre de 2017 se doblegó la voluntad del Estado, pues –como ha señalado el Tribunal Supremo:

“después de más de dos años dedicados a laminar el ordenamiento jurídico estatal y autonómico y de oponerse frontalmente al cumplimiento de sentencias básicas del Tribunal constitucional, se culminaba el proceso secesionista dentro de un país de la Unión Europea, con una democracia asentada, poniendo a las masas en la calle para que votaran en un referéndum inconstitucional oponiéndose a la fuerza legítima del Estado que protegía unos supuestos colegios electorales. Todo ello con el riesgo gravísimo de que los inevitables incidentes derivaran no sólo en numerosos heridos leves, sino en unos resultados mucho más graves para bienes jurídicos de primera magnitud”¹⁵.

¹³ La ley 19/2017 fue impugnada por la abogacía del Estado ante el TC, que acordó su suspensión el 7-IX, y declaró su inconstitucionalidad y nulidad en STC 114/2017, de 17-X. La ley 20/2017, fue impugnada por la abogacía del Estado, y el TC acordó su suspensión el 12-IX, y su inconstitucionalidad el 8-XI (STC 124/2017)

¹⁴ Mediante la providencia de 7-IX-2017 el TC suspendió la aplicación del Decreto y de cualquier actuación que trajera causa de esta y dictó la STC 122/2017, de 31-X-2017, declarando su inconstitucionalidad y nulidad.

¹⁵ –Se doblegó la voluntad del Estado pues los 6000 agentes que el Estado puso para impedir el referéndum fueron ostensiblemente superados por los dos millones de votantes. Tanto es así, indica el Tribunal

Después de este referéndum ilegal Puigdemont compareció el 10 de octubre ante el Parlament y manifestó acatar el mandato del pueblo de Cataluña para convertirse en Estado en forma de República. Propuso una suspensión de los efectos de una *Declaración unilateral de independencia* que se firmó aquel día, fuera del Parlamento, con objeto de llegar a una solución acordada con el gobierno. El Presidente del Gobierno de España le envió un *requerimiento* para que cumplierse las obligaciones constitucionales y para que indicase si se había declarado la independencia, en una situación realmente kafkiana. El 19 de octubre Puigdemont indicó que no se habían atendido sus peticiones, entre otras que se librara de imputaciones penales a J. Cuixart, J. Sánchez y J.L. Trapero (imputados por la Audiencia Nacional), e informó de que el Parlament votaría la *Declaración de independencia*, lo que se hizo el 27-X-2017, haciendo un llamamiento a la Comunidad internacional para el reconocimiento de Cataluña como República. Todo esto era el resultado –en expresión del Tribunal Supremo de España de varios años de “ilegalidades parlamentarias y gubernativas perpetradas en cadena”¹⁶.

Como respuesta, el gobierno español activó el *art. 155 de la Constitución española* y, con autorización del Senado, adoptó un conjunto de medidas. Para ello se tuvo en cuenta que había habido un “incumplimiento manifiesto, contumaz y deliberado de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por sus máximas instituciones gubernamentales y parlamentarias, de sus obligaciones constitucionales, a través de la puesta en marcha de un proceso de secesión de dicha Comunidad autónoma del Estado español, con desobediencia rebelde, sistemática y consciente de los reiterados pronunciamientos y requerimientos del Tribunal Constitucional, afectando de manera grave al interés general de España”¹⁷

El gobierno español destituyó al govern catalán y adoptó un conjunto de medidas. La primera la de convocar, contra todo pronóstico, elecciones autonómicas inmediatas, que tuvieron lugar el 20 de diciembre, en las que obtuvo una escasa mayoría de dos diputados (de 135) nuevamente la mayoría fuerzas nacionalistas separatistas.

Supremo, que el referéndum, ciertamente sin las garantías mínimas exigibles para otorgarle la legitimidad de origen y de ejecución, sí acabó realizándose y sus organizadores anunciaron el resultado final. Y es más, siguieron con su hoja de ruta secesionista y acabaron declarando la independencia de Cataluña.

¹⁶ Auto de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo, de 17 de abril de 2018 (Ponente, Alberto Jorge Ba-reiro), Fundamento jurídico 4 (a partir de ahora F.J. 4).

¹⁷ –Vid. Orden PARA/1034/2017, de 27 de octubre por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21-X-2017, por el que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 155 de la Constitución, se tiene por no atendido el requerimiento planteado al Sr Presidente de la Generalitat de Cataluña, para que la Generalitat proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general, y se proponen al Senado para su aprobación las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general.

Como consecuencia de todo lo sucedido la fiscalía general del Estado se querelló contra los miembros del Govern y del Parlament el 30 de octubre, por diferentes delitos de rebelión, sedición, malversación de caudales públicos, organización criminal, entre otros. Ante esto algunos dirigentes nacionalistas, entre otros Puigdemont se fugaron al extranjero.

3. LAS CAUSAS DEL ATAQUE A LA CONSTITUCIÓN Y AL ESTADO DE DERECHO

Estamos, en expresión de Molière, ante un *enfermo imaginario*. Parte de la población de Cataluña es un enfermo imaginario pues tiene un conjunto de ciudadanos que sufren la enfermedad de los ricos, que no quieren ser solidarios, y de los supremacistas, que se creen superiores a los demás y no saben convivir en la diferencia. *La medicina para este fundamentalismo identitario es el pluralismo cultural y enseñar a apreciar la diferencia y las identidades cruzadas.*

Realmente creemos que no hay una *causa* real, lo que no obsta a que se invoquen causas. La primera es la sentencia del Tribunal Constitucional de 2010, sobre el estatuto de autonomía de 2006. La misma ha sido interpretada como un gran agravio en círculos soberanistas, a pesar de que es el órgano encargado del control de constitucionalidad. Además, no hay que dejar a un lado la manipulación de la historia que se viene haciendo en círculos nacionalistas desde hace mucho tiempo, así como la continuada manipulación de los medios de comunicación de masas, en particular de TV3 y el papel de la educación, que no ha promovido nada el amor a España y el respeto a la Constitución. La educación y los medios de comunicación en manos del nacionalismo radical, desde hace décadas, han hecho subir el separatismo.

Junto a ello es notoria la *debilidad del Estado español en momentos de desafío soberanista y de incremento del nacionalismo periférico*. Así sucedió cuando se perdió Cuba, Puerto Rico y Filipinas. El Imperio aseguraba la lealtad de las élites. Pues bien, la crisis económica de 2008-2009 se transformó, tanto en España como en Europa, en una cierta crisis política y sistémica, que en el caso de España dio paso al soberanismo catalán. Este soberanismo se autoalimenta con mensajes como España nos roba, el déficit fiscal, los cuentos y las cuentas etc.. También la diversidad cultural española es un elemento relevante. En Francia dicha diversidad ha sido eliminada por la acción del Estado desde la Revolución francesa, cosa que no ha hecho España.

Sea como fueren las causas y sus interacciones lo cierto es que entre 2012 y 2018 estamos viviendo un conjunto de hechos, algunos de ellos, muchos desgraciadamente, tipificados en el código penal, y que constituyen un *ataque sistemático y coordinado a la Constitución española*. En este sentido se han producido movilizaciones masivas, asedios a sedes de instituciones, de más de 60.000 personas (el 20-IX-2017), cortes de carreteras, escraches, insurrección de mossos

d'Esquadra, aprobación de leyes inconstitucionales, ilegales y nulas, realización de consulta y referéndum ilegal, doblegamiento del Estado, aprobación de declaración unilateral de independencia, lanzamiento de constantes campañas de imagen que deterioran la de España, desobediencias continuadas por el govern y el parlament al Tribunal Constitucional, prevaricaciones, actos de malversación, rebelión y sedición, organización criminal jerarquizada y con reparto de tareas entre el Govern, el Parlament, ANC y Omnium, entre otras Todo ello llevó al Jefe del Estado, el Rey Felipe VI, a realizar un discurso en el que entre otras cosas indicaba:

“Desde hace tiempo determinadas autoridades de Cataluña, de una manera reiterada, consciente y deliberada, han venido incumpliendo la Constitución y el estatuto de autonomía (...) Se han situado al margen del Derecho y el estatuto de autonomía (...) Se han situado al margen del derecho y la democracia; han pretendido quebrar la unidad de España y la soberanía nacional, que es el derecho de todos los españoles a decidir democráticamente su vida en común (...). Es responsabilidad de los legítimos poderes del Estado asegurar el orden constitucional y el normal funcionamiento de las Instituciones, la vigencia del Estado de derecho y el autogobierno de Cataluña, basado en la Constitución y el Estatuto de Autonomía”.

4. LA NATURALEZA DEL ATAQUE A LA CONSTITUCIÓN Y AL ESTADO DE DERECHO

La naturaleza de todos estos hechos es, según Kelsen¹⁸, un *golpe de Estado*, que se produce cuando se “nulifica y sustituye el orden jurídico en forma ilegítima; cuando el cambio del viejo al nuevo orden se hace sin concordar con el principio de legalidad”. Del mismo modo las apreciaciones del Tribunal Constitucional, al indicar que las leyes de 6 y 7 de septiembre de 2017 tienen total ajeneidad a la Constitución, al principio de primacía, soberanía y unidad, o del juez Pablo Llarena, cuando se refiere a un ataque al Estado constitucional sin parangón en democracias del entorno.

Para el Derecho internacional sin embargo estos hechos son poca cosa, son *hechos internos*. Evidentemente que los terceros no deben injerirse, sobre la base del principio de no intervención como reconoce el derecho internacional, la carta de Naciones Unidas, la Declaración de principios de cooperación y amistad entre los Estados (la Res 2625, de 1970, de la AGONU). No olvidemos que el mundo está lleno de dictaduras, razón por la cual el principio de autonomía constitucional supone que *chacun pour soi et Dieu pour tous*; es decir, que los Estados no han querido establecer un legitimismo democrático universal. Si lo sucedido en

¹⁸ Véase KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, México, 1949.

Cataluña es un golpe de Estado eso es básicamente una cuestión española, que la Comunidad internacional observa.

Se trata de una *desafío ilegítimo por ser inconstitucional* y ser esta una Constitución legítima. Si atendemos a Weber, en los modelos de legitimidad, los mejores son los democráticos como el español. Pero tanto Habermas como Rawls han señalado que una Constitución democrática solo podría cambiarse siguiendo el procedimiento y las reglas del juego (Teoría procedimental de la justicia), lo que no sucede con un desafío unilateral que supone un incumplimiento total. Además la Constitución de 1978 es legítima.

Como decía Peces-Barba¹⁹, socialista y uno de los padres de la Constitución de 1978 era la primera “que no era de unos contra otros, sino de consenso”. Admitía que en el consenso no encajaban los nacionalismos excluyentes, hoy diríamos supremacistas, que están en el poder. La Constitución española tiene fuertes cimientos, pues no es de una de las dos Españas, residencia la soberanía en el pueblo español, pero reconoce el derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones, es estable en cuanto a que protege frente a los cambios y se basa en el principio de unidad.

En todo caso, mantener la Constitución exige defenderla frente a los ataques inconstitucionales, para lo cual la Constitución cuenta no solo con la aplicación del art. 155 sino con otros medios más constrictivos, que es mejor no mentar. Para los separatistas cuanto peor mejor, por lo que es bueno la calma. Hay que recuperar en la medida de lo posible el clima de concordia. Decía Oscar Alzaga²⁰ que “no se puede sostener la estabilidad de un sistema descentralizado dependiente de los nacionalistas, y a ello se une una dinámica partidocrática radicalizadora”. Finalmente también hay que evitar la impunidad de los que han cometido delitos y confiar en el Estado de derecho.

El Derecho internacional reconoce el *principio de autonomía constitucional y de coexistencia pacífica*, por lo que no obliga sino a respetar el régimen interno de cada Estado. Únicamente en ámbitos regionales hay legitimismos, como en el Consejo de Europa o en la Unión Europea, donde es condición de adhesión y permanencia el respeto a los valores europeos y al Estado de derecho.

5. EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL Y EL DESAFÍO SOBERANISTA

El *principio de soberanía* constituye un principio constitucional, estructural o fundamentales en el orden internacional, de naturaleza consuetudinaria y de

¹⁹ –PECES-BARBA, G., *La España civil*, Galaxia Gutenberg, 2006, 304 pp.

²⁰ –ALZAGA, O., *Del Consenso constituyente al conflicto permanente*, Ed. Trotta, 2011, 108 pp.

carácter polisémico, pues sirve tanto con sentido clásicos (capacidad de decidir en último término) como modernos (competencias del Estado) y otros (independencia).

En relación con Cataluña la cuestión de la soberanía lleva a plantear *quien es el titular*. Según los arts 1,2 y 2 de la constitución española es el pueblo español, pero según la ley de transitoriedad de septiembre, las resoluciones del Parlament y la Declaración de independencia es el pueblo catalán, que sería un sujeto político soberano, cuyo representante es el Parlament de Cataluña. La soberanía, señala el TC se la “Unidad ideal de imputación del poder constituyente y fundamento de la Constitución” “Autonomía no es soberanía”.

El desafío soberanista es un ataque directo a la línea de flotación de la Carta Magna, ataque que carecen de fundamento en el Derecho internacional, como se afirma en el Manifiesto de profesores de Derecho internacional de la AEPDIRI. Y ello porque el pueblo catalán, a pesar de lo indicado en la ley y la Declaración de independencia no tiene reconocido el *derecho de libre determinación*. Este principio, reconocido por el art. 1 del Pacto de Derechos civiles y políticos de 1966 y por la Res 2625, entre otras instrumentos, no es aplicable al pueblo catalán. Como es sabido, tienen derecho de libre determinación los pueblos coloniales, los pueblos oprimidos y los pueblos ocupados. No forma parte el pueblo catalán de ninguna de estas categorías.

Si Cataluña no es un pueblo para el Derecho internacional, entonces qué naturaleza jurídica tiene. Desde la perspectivas del Derecho internacional tampoco es una nación, a los efectos jurídico constitucionales; desde el enfoque del Derecho internacional el debate no existe pues la noción de nación no forma parte del Derecho internacional, sino de la ciencia política o el Derecho constitucional.

En el Derecho internacional, todo lo que se puede considerar es que el pueblo catalán sería, cosa a debatir, una minoría. Desde luego es una minoría lingüística (los catalanoparlantes); cosa más discutible es si es una minoría cultural o nacional. Esta terminología no está en la tradición jurídica española, y no el Estado lo ve así no el pueblo catalán se autoidentifica hoy como minoría.

El *Derecho internacional de las minorías* está reconocido por el art. 27 del Pacto de derechos civiles y políticos, los convenios europeos de protección de minorías (lingüísticas y nacionales, respectivamente), la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías lingüísticas, nacionales, étnicas, religiosas o culturales, de 1992. Estos y otros instrumentos reconocen el derecho de los miembros de las minorías a la existencia, la identidad, la cultura, la educación, la participación en la vida pública y la asociación. Carecen de derecho de secesión.

Creo sin embargo que, a día de hoy, el pueblo catalán es, si se me permite la expresión, una minoría durmiente, no sufriente. Me explico: el pueblo catalán

no está en España, como minoría, en posición no dominante, que es uno de los criterios, que junto a los rasgos distintivos (por lengua, religión, cultura, origen nacional...) exige el derecho internacional.

Es difícil para los separatistas catalanes hacer ver que España no cumple con otro principio fundamental del Derecho internacional, como es el *principio de protección internacional de los derechos humanos*, desarrollado en el Derecho internacional con la Declaración universal de derechos humanos (1948), los pactos de 1966 y los sistemas de protección regionales

Así, forma parte de la estrategia de internacionalización del problema calificar a España como Estado opresor, buscando la consideración del pueblo catalán como pueblo oprimido (Res 2625, 7) que permitiría la secesión remedio.

Todo esto carece de base, pero estamos ante una continua campaña de imagen tipo Goebbels, que hace renacer los prejuicios históricos antiespañoles y que puede llevar a algunos sinsabores como los que estamos viviendo. El vídeo *Freedom for Cataluña* es buena prueba. Frente a estas campañas de imagen y comunicación el Estado está inerme, no ha sabido reaccionar debidamente.

En España no hay presos político -sino políticos presos-, ni un Estado opresor -sino muy tolerante-. Pocos Estados del mundo hubieran aguantado tanto. La mayoría no permitiría la existencia de partidos secesionistas y, desde luego, al primer incumplimiento no conozco Estados que reaccionasen tan escasamente como el español, lo que también habría que modificar pues afecta a la paz social y a la seguridad jurídica y la convivencia.

Además, el denominado *derecho a decidir* invocado desde un primer momento tampoco está reconocido ni en el derecho internacional ni en el derecho europeo ni en el derecho comparado. Pero ello no es óbice a que muchos españoles y catalanes, incluso académicos, estén analizando las cosas bajo un manto de ignorancia que es propio de una distrofia cognitiva, que ha afectado a parte de la sociedad, probablemente como consecuencia de los efectos que los mensajes falsos machacadamente repetidos por los medios de comunicación tienen en la población.

Además, España está siendo permanentemente sometida a campañas de desprestigio. Así se utilizan las denuncias y demandas ante organizaciones internacionales de protección de derechos humanos. Sánchez o Puigdemont han acudido al Comité de derechos humanos de Naciones Unidas invocando que España está restringiendo indebidamente sus derechos políticos y, en el caso de Sánchez, haciendo una detención arbitraria e ilegal; por su parte también después del 1-O se demandó a España ante el Tribunal europeo de derechos humanos. Se busca con todo ello dar la imagen de Estado opresor que permitiría una liberación, una secesión remedio.

Aunque esto puede parecer increíble el Estado español, hay que reconocer, no ha sabido contrarrestar con éxito estas campañas de desprestigio. No ha sabido pensar que la guerra moderna, incluso en el ámbito internacional, se gana primero y fundamentalmente en lo que antaño se llamaban las ondas, es decir, en los medios de comunicación. La Marca España anda en horas bajas y se debería tener una actitud más pro activa del Estado, pues esto va contra el derecho a la libertad de información reconocido en España.

Desde la perspectiva de los derechos humanos habría que hacer lo posible, y lo imposible, para que vuelva a Cataluña el pluralismo y la interculturalidad. Se está viviendo un proceso de asimilación forzada y de discriminación, directa e indirecta, de los no separatistas. El modelo lingüístico de la Constitución está, desde la ley de normalización lingüística de 1998, en claro incumplimiento del art. 3 de la Carta Magna, como han señalado los tribunales. Junto a la lengua, la cultura y la identidad española son menospreciados. En parte esto son conductas que rozan el etnocidio, cuando no entran en él, y que pretenden eliminar a la cultura no dominante.

Tanto en la Escuela como en los servicios públicos y los medios de comunicación, los políticos han adoptado un conjunto de medidas que han fragmentado a la sociedad y nos han llevado a la situación de crisis actual, con tintes xenófobos y con un diagnóstico preocupante. Es deber del Estado tomar conciencia de la situación e intentar arreglarla sin complejos, introduciendo principios pluralistas, que permitan la convivencia en armonía.

Dos cuestiones finales. De un lado, es obligación del Estado defenderse de los ataques pues, como decía al principio, el *principio de efectividad* es a la postre lo más relevante (ex facto oritur ius). Decía Kelsen que el problema de la soberanía es precisamente el hecho de la efectividad.

España se vio doblegada el 1 de octubre. No hubo efectividad, control efectivo. No pasa nada y se actuó con prudencia, si bien fueron los Mossos d'Esquadra, actuando bajo dirección de insurrectos, los responsables. Pero hay que evitar que nuevamente se pierda el control real y efectivo. Los separatistas van a intentar romper las paredes maestras del Estado, y para ello buscan la creación de estructuras e infraestructuras de Estado.

En los procesos de secesión al margen del Derecho lo relevante es el poder, el control, la fuerza. No hay que usar la fuerza legítima en exceso, pero tampoco en defecto, es decir, cuando sea necesario y en su justa medida la democracia y el Estado de derecho suponen el ejercicio legítimo de la fuerza. Es exigencia del Estado defenderse y no hacer dejación de funciones. Y para ello debe cortar por lo sano cualquier riesgo de creación de estructuras de Estado que puedan poner en jaque Mate la situación.

En otro sentido el Estado debe recuperar terreno, tanto en el ámbito educativo y de la comunicación, como en el administrativo y competencial. *Un Estado efectivo no puede ser un Estado desaparecido en el territorio, que deje todo en manos de las Comunidades y esto vale para todas.* De otro lado, a medio y largo plazo la solución pasa porque los catalanes vuelvan a entender mayoritariamente que su bienestar moral y material pasa por continuar en el proyecto español y europeo, pues la salida de España supone además la inmediata salida de la UE, y la ruina económica y moral. No llegará ese traumático final, no me cada duda, y cuanto antes seamos conscientes de ello y volvamos a la normalidad, menos tiempo perderemos y sufriremos todos en este arriesgado e inútil desafío.

6. LA COOPERACIÓN JURÍDICA EUROPEA

Los valores de la Unión Europea son el Estado de derecho y la democracia (art. 2 y 4,2 del T.U.E). Pero no han servido hasta el momento para evitar un *Espacio de libre circulación y residencia de los golpistas*. La no cooperación de Bélgica -país semifallido y que acoge por ahora la sede de las Instituciones europeas- con el Supremo corre el riesgo de reproducirse en Alemania o Reino Unido, antiguos rivales en el concierto internacional. En un auto de 17 de mayo de 2018 el Tribunal Supremo ha aludido a las evidentes dificultades para hacer efectivos los principios de respeto mutuo y confianza recíproca, al evaluar el riesgo de fuga.

Las declaraciones de un portavoz de la comisión europea, el 18-V-2017, de que no habría problema con la euroorden no pueden atribuirse sino a la falta de solidez intelectual para detectar las paredes maestras del Estado, dado que la UE es una Organización internacional. *La denegación por Bélgica de la entrega por cuestiones formales inexistentes es un gran agravio al Espacio de libertad, seguridad y justicia europeo, que no casa con los principios de confianza y reconocimiento mutuo, doble incriminación, territorialidad penal y cooperación.*

El argumento de inexistencia de una orden nacional de detención no es fundamento. La Sentencia Bob Dogi, del TJUE (1-VI-2016) invocada por los separatistas no es precedente válido. Se está equiparando el caso de un camionero rumano donde no había orden nacional de detención, con el de los prófugos golpistas españolas donde hay otras “resoluciones válidas y efectivas”. Se ha equiparado un golpe de Estado a una manifestación ecologista—en el caso alemán-, o a un problema de tráfico —en el belga. Debería investigarse si no estamos ante prevenciones judiciales, pues resulta incomprensible tanta incompetencia.

Ciertamente que corre mucho dinero y que además hay muchos prejuicios. El juez Llarena ha enviado una carta a Alemania para precisar que el auto de procesamiento es equiparable a una resolución judicial ejecutiva, según exige el art. 8,1 de la Decisión marco de la Orden europea de detención, de 2002. Es de superior jerarquía el auto a una orden nacional de detención.

Es muy triste que frente a los golpes de Estado la historia se repita. El 18 de julio del 36 Fernando de los Ríos pidió ayuda a Blum, socialista y amigo. Pero la perfidia de Albión, que analizó Moradiellos en una magnífica monografía, situó a Francia en una posición incómoda frente a la que se desentendió, con la política de la no intervención. Ante el golpista Franco equidistancia europea con la República como hoy los belgas se mantienen equidistantes, probablemente porque carecen de arrestos para apoyar abiertamente a los golpistas.

La Democracia española del 78 está sola ante los golpistas, con la falta de apoyo de los jueces europeos. Parece que permanecen viejos prejuicios, la España de fiesta y siesta, sin un Estado de derecho equiparable, con la Inquisición, el Imperio y la destrucción de Indias en la memoria histórica. Esta realidad podría retrotraernos a los principios de *autotutela y reciprocidad*. Si la UE solo vale para cooperar frente a los *robagallinas* entonces será mejor volver al Estado de derecho no integrado en la UE. Que nadie le eche la culpa al juez Pablo Llarena pues no es cierto. Se trata de un juez impecable que ha obrado con el poder de unos argumentos aplastantes y por razón de ello, precisamente, los jueces belgas no han podido entrar en ellos y han acudido a un inexistente defecto técnico.

Parece que en Bélgica han pesado más los motivos extrajurídicos que la aplicación del orden jurídico internacional, europeo o nacional. Como ha indicado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en reacción a la noticia, “sólo el desconocimiento del ordenamiento jurídico, pese a la explicación dada como información suplementaria, permite obviar el auto de procesamiento en el que descansa la euroorden”. Esto además, ha señalado el Tribunal, supone una falta de compromiso de la justicia belga, que se basa en el increíble argumento de que no cumple los requisitos la OED.

La decisión de los jueces belgas es una afrenta al orden jurídico español, europeo e internacional, frente a la que habría que poner una cuestión *prejudicial y rebelarse*. El Supremo debería reflexionar sobre si interponer una *cuestión prejudicial* sobre la base del art. 4,2 del TUE y el incumplimiento belga de su obligación de cooperar. En este sentido el art. 4,2 del TUE dispone:

“La Unión Europea respetará la igualdad de los Estados miembros ante los tratados así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, el orden público y la seguridad nacional”.

Se está poniendo en entredicho el *Espacio de libertad, seguridad y Justicia*. España entrega cada año a más de 1200 presuntos delincuentes. Si para este viaje europeo no sirven las alforjas de la OED se podría volver a los *principios clásicos del Derecho internacional de la autotutela y la reciprocidad*. El principio *par in*

parem imperium non habet obliga a un Estado a respetar a los Tribunales de otro Estado, el *principio de cooperación, el de lealtad y el de reconocimiento mutuo obliga a entregarlos*. Este caso evidencia la *voluntad de no cooperar*. El ejecutivo de Rajoy podría estudiar si plantea una cuestión ante el *Tribunal internacional de justicia de la Haya*.

La jurisprudencia de Alemania e Italia mantienen que no entra a conocer los actos de derecho de la Unión Europea mientras mantenga un nivel de protección equiparable al nivel de protección constitucional. El tribunal Supremo español, y el Tribunal constitucional podrían mantener que se van a rebelar contra el sistema de la euroorden si este sistema no mantiene un nivel de protección comparable al de nuestro sistema constitucional.

Lo que no puede hacer un Tribunal de otro Estado es suplantar al español. En este sentido el principio de soberanía judicial de España se vería vulnerado y por ello se podría activar también una cuestión prejudicial. El juez Llarena, por lo demás en su escrito de 26 de abril de 2018, enviado al Tribunal alemán en cuanto a la entrega del prófugo Puigdemont ha indicado, entre otras cosas:

“No resultaría entendible que los hechos descritos en el auto de 21-III-2018 si se ejecutaran con capital exclusivamente privado puedan ser cometidos por el Presidente de un Land, sin contrariar la ley penal alemana” (...) “En relación con la violencia, si se exigiese una efectiva capitulación del gobierno español, seguramente los Tribunales no estarían en condiciones de juzgar a los gobernantes del nuevo Estado” (...) “Alemania no está en condiciones de juzgar puesto que las innumerables pruebas están en España (...)”.

Si los Estados de la Unión Europea no cooperan se pone en entredicho no solo el *principio de cooperación internacional* sino el propio espacio de libertad, seguridad y justicia y las bases de la cooperación penal internacional. Aunque estamos ante un desafío que constituye un desafuero, no somos bien entendidos en otros países. Los Magistrados están como el llanero solitario, solos ante el peligro. Llegados a este punto se confía más en la independencia judicial que en la competencia política. Somos muchos los que confiamos en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo como muro de contención del Estado. Saldremos adelante con la confianza en nuestra democracia y constitución. Espero que también la Unión Europea de un giro a esta situación, para volver a confiar en ella. Pero siempre nos quedará la autodefensa, que creíamos superada en un marco europeo.

El ataque al Estado de derecho y a la democracia debe llevar a que los Estados de la UE no permitan el normal desenvolvimiento del derecho de libre circulación y residencia. No cabe un gobierno de la República catalana en el exilio en suelo europeo. Los gobiernos en el exilio entraron en desuetudo (desuso). Habían servido a los gobiernos que huían de los nazis y a los movimientos de liberación

de pueblos coloniales. El prof. Talmon señala que para reconocer un gobierno (de un Estado) debería haber un Estado (y nadie ha reconocido a Cataluña), el gobierno debería ser representativo, no estar tutelado por el país que lo acoge y, en todo caso, los gobiernos destituidos por un proceso constitucional o por la fuerza, sin intervención de terceros, no podrían considerarse gobiernos en el exilio.

En el *Asunto Hungría contra Eslovaquia* (2011) se planteaba si el Presidente de Hungría podía ejercer de su libre circulación ir a Eslovaquia como un ciudadano normal. Para el TJUE eso no podía ser así, pues en esas circunstancias se aplicaban normas de Derecho internacional, no de la Unión Europea. A fortiori a Puigdemont y al resto de las personas que han atacado a la Constitución y el Estado de derecho español no se les aplica el Derecho de libre circulación y residencia, pues están sujetos a normas de derecho internacional público y los terceros deben respetar los principios de soberanía y no intervención. Deben prohibir la realización de actividades políticas que afectan a la soberanía española. Y eso debe exigirlo el Gobierno español, del mismo modo que el inglés solo dejó a Negrín estar en su suelo bajo esta condición, a diferencia del de Méjico, que desde 1945 le acogió bajo su suelo. Esperemos no haga dejación de funciones. En definitiva no cabe un gobierno en el exilio catalán, o similar, en suelo europeo. Esto iría contra la identidad nacional española, contra el respeto a nuestra Constitución, que reconoce el art. 4, 2 TUE. Recordar que el gobierno de la República en el exilio, ideado por Pablo de Azcárate en 1942, y que estuvo reentre el fin de la guerra civil y 1977 se basó en el principio de continuidad de la constitución republicana, lo contrario de lo que sucede ahora.

LA REFORMA DE LA VECINDAD CIVIL

Excmo. Sr. Adolfo Calatayud Sierra

Académico de Número

21 de marzo de 2018

Introducción. El objeto de esta conferencia lo constituyen unas reflexiones sobre el régimen vigente en materia de vecindad civil y su posible reforma dirigida a su mejora.

La vecindad civil de las personas afecta muy directamente al trabajo que realizamos los Notarios, es un dato muy relevante a la hora de cumplir nuestra función de ajustar a la ley contratos y actos jurídicos que otorgan los particulares y, de esa manera, contribuir a la seguridad jurídica. Efectivamente, son muchos los actos y contratos cuyo régimen jurídico depende de la vecindad civil, presente o pasada, de las personas que los otorgan y, por ello, es necesario, con carácter previo a la autorización del documento notarial, determinar la que tienen o tenían en el momento relevante. Por ello, el régimen jurídico de la vecindad civil entra dentro de la preocupación de los Notarios.

Pero, claro está, no sólo nos interesa a los Notarios. Es una materia que preocupa a todos los juristas en cuya actividad se encuentre el Derecho privado.

Con anterioridad yo había elaborado ya algún trabajo sobre la vecindad civil. La razón que me ha hecho volver ahora sobre esta materia ha sido la Proposición de Ley para la modificación del Código Civil en relación con el estatuto personal y vecindad civil, aprobada, por unanimidad, por las Cortes de Aragón y remitida a la Mesa del Congreso de los Diputados, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 9 de septiembre de 2016, y que se encuentra en tramitación, aunque paralizada, como tantas otras iniciativas legislativas, como consecuencia de la complicada coyuntura política. He tenido ocasión de estudiarla y ha sido muy interesante la lectura en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de las comparecencias que hicieron en

su Comisión de Justicia los juristas que fueron citados para exponer su parecer, tanto aragoneses como de otros territorios: la Catedrática de Derecho Civil de la Universidad pública de Navarra María Ángeles Egusquiza Balmaseda, el Catedrático de Derecho Civil de Zaragoza y Presidente de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil Jesús Delgado Echeverría, la profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza María Martínez Martínez, el Abogado de Zaragoza, diputado de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Zaragoza Luis Montes Vel, el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo Ramón Durán Rivacoba, el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada Guillermo Orozco Pardo, la profesora de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona María Esperanza Ginebra Molins, el Catedrático de Derecho Civil de la UNED Carlos Lasarte Álvarez, el Decano del Colegio de Notarios de Cataluña Joan Carles Ollé Favaró y el abogado y presidente de la Asociación Catalana de Especialista en Derecho de Sucesiones Ramón Pratdesaba Ricart. Las opiniones de unos y otros fueron muy variadas, a veces opuestas, con argumentaciones muy diferentes.

Pues bien, esta Proposición de Ley surgida de las Cortes de Aragón es la que, en última instancia, se va a someter a consideración en esta conferencia.

El significado de la vecindad civil en la articulación de la coexistencia de los diversos Derechos civiles existentes en España. Podemos empezar reiterando la importancia de la vecindad civil, en cuanto que constituye la ley personal en el ámbito del Derecho interregional (art. 16.1.1º CC). Si tenemos en cuenta que la mayor parte de las normas que contienen las leyes civiles regionales se rigen por el estatuto personal, Derecho de la persona, Derecho de familia y Derecho de sucesiones, concluiremos que es una pieza esencial, quizá la más importante de la articulación de la pluralidad legislativa española en Derecho civil.

Esta diversidad legislativa es creciente, porque las comunidades autónomas con Derecho civil propio van ejerciendo progresivamente sus competencias, con lo que los Derechos civiles coexistentes en España van aumentando. Con ello, por un lado, va disminuyendo en los territorios con Derecho propio la aplicación supletoria del Derecho civil general de España, fundamentalmente el Código Civil; y, por otra parte, como las normas regidas por el estatuto personal acompañan a la persona y no se rigen por el territorio, cada vez es más frecuente, también en los territorios forales, la necesidad de aplicar leyes de otros territorios.

Por ello, la vecindad civil es fundamental y es necesario que tenga una regulación satisfactoria, que contribuya a la seguridad jurídica.

A efectos prácticos, y como decía hace un momento, los Notarios percibimos muy directamente esta problemática y debemos ser muy cuidadosos con su fijación para determinar la ley aplicable a los actos jurídicos.

Criterios para su determinación. En la medida en que estamos tratando sobre un mecanismo clave para la articulación de la pluralidad legislativa civil, los criterios para la determinación de la vecindad civil deben ser cuidadosamente fijados, de modo que actúen de la forma más neutra posible, sin decantarse claramente a favorecer las aspiraciones de unos territorios sobre otros, y, también, deben tener en consideración, dentro de lo razonable, la voluntad de las personas, sin perder de vista que la regulación que se fije ha de tender a facilitar el logro de la seguridad jurídica.

Téngase en cuenta que estamos hablando de la articulación entre diversos Derechos españoles, de modo que las reglas por las que se organiza la relación de los Derechos de países distintos no nos valen. Tampoco debe olvidarse que los jueces y tribunales, sujetos al principio de unidad jurisdiccional, deben aplicar todo el ordenamiento jurídico vigente en España de modo coherente y necesitan reglas claras para ello. Lo mismo puede decirse de los Notarios, Registradores y demás funcionarios y aplicadores del Derecho.

De todo lo dicho creo que pueden inferirse, al menos de principio, algunas ideas, que nos llevan a centrar los principales problemas que nos plantea el régimen de la vecindad civil.

Unidad de régimen jurídico. La primera idea clara es que el régimen de la vecindad civil debe ser igual para toda España. Y no sólo eso, también las materias que se rigen por ella. Es decir, en general, las normas aplicables a los conflictos de leyes deben ser las mismas en todo el territorio español, porque la existencia de diversos sistemas conflictuales llevaría a problemas irresolubles, porque, como se ha dicho, el sistema judicial es único y debe aplicar toda la legislación, estatal y autonómica, como un todo unitario; por ello, si la ley de una comunidad autónoma indicara que en un determinado supuesto debe aplicarse una norma y la de otra, una distinta, el Juez o Tribunal se encontraría con una contradicción legal sin posibilidad de solución.

Por esta razón la Constitución atribuye competencia exclusiva en materia de normas para resolver los conflictos de leyes al Estado (artículo 149.1.8º). Que dentro de esa materia está la vecindad civil es algo de lo que no cabe duda (STC, Pleno, 156/1993, de 6 de mayo). En este sentido, la Proposición de Ley de las Cortes de Aragón reconoce esa competencia estatal y es por ello que se tramita de esa manera, como Proposición dirigida a las Cortes generales para su aprobación por ellas.

Aunque, en realidad, la unidad de régimen jurídico de los conflictos de leyes es más un objetivo del legislador constitucional, que un verdadero mandato expreso que venga establecido por la Constitución, porque atribuir la competencia exclusiva al Estado no ha impedido la existencia de algunas disposiciones que

intentan salirse de ella sin vulnerar directamente la Constitución, como veremos después.

El principio de autonomía de la voluntad. Otra idea que se infiere de las consideraciones iniciales realizadas es la conveniencia de reforzar el ámbito de la autonomía de la voluntad, es decir, permitir a las personas decidir qué vecindad civil quieren dentro de las que presentan un vínculo estrecho con ellas.

La vigente regulación sobre la vecindad civil establece varias reglas que permiten a la persona elegir, en determinadas circunstancias, su vecindad civil. Aunque la realidad práctica demuestra que son muy escasas las personas que llegan a hacer uso de esta posibilidad.

Podría entenderse que, si no ejercitan este derecho, es porque no ven necesidad de hacerlo, es decir, porque están conformes con la vecindad civil que les viene atribuida por las normas. Mi experiencia me inclina a pensar que esto en buena medida es así, como tendré ocasión de insistir, es decir, que las normas para fijar la vecindad civil de las personas en general son acertadas.

Pero también es cierto que el procedimiento para hacer uso de estas vías de autonomía de la voluntad que contempla la ley no facilita su ejercicio y seguramente podría mejorarse. A ello también me voy a referir.

La residencia como causa de cambio de la vecindad civil. Seguramente el aspecto más relevante del régimen jurídico de la vecindad civil es la eficacia que se atribuye a la residencia en un territorio para provocar el cambio de la vecindad civil de la persona y, en particular, cómo afecta la residencia continuada en un territorio sujeto a distinta ley civil a quien, pudiendo hacerlo, nada ha elegido.

Es decir, partiendo de que a las personas, al nacer, se les atribuye originariamente vecindad civil que tienen sus padres, con algunas posibilidades limitadas de opción voluntaria, de lo que se trata es de decidir si es razonable que la residencia continuada en un territorio con una vecindad civil distinta a la originaria conlleve la adquisición de la del lugar de residencia sin mediar la voluntad expresa de la persona.

En este punto, nos encontramos con dos posiciones antagónicas.

Por una parte, se encuentra la que podemos denominar territorialista, que aspira a someter a todas las personas a la ley de su lugar de residencia. Ésta es la aspiración de aquellos territorios que reciben ciudadanos de otros, sobre todo Cataluña, que pretenden que estas personas queden cuanto antes integradas en ellos, también jurídicamente; de hecho, consideran que el Derecho Civil es un elemento

integrador, en la medida en que forma parte muy directa de la idiosincrasia del lugar y es conformador de la personalidad colectiva. En estos territorios consideran poco adecuado mantener amplios colectivos sujetos a leyes civiles distintas de las propias del lugar. Además, arguyen el principio de seguridad jurídica, ya que de esa manera es fácil saber qué Derecho debe aplicarse a cada persona, basta con saber su residencia habitual.

La posición contrapuesta es la personalista, que pretende que quien tiene una determinada vecindad civil la mantenga indefinidamente mientras no manifieste su voluntad de adquirir otra, con independencia de dónde resida y el tiempo que dure la residencia en otro territorio. Es la aspiración propia de aquellos territorios cuyos ciudadanos han tenido que emigrar, que no quieren que éstos pierdan sus raíces por el mero transcurso del tiempo de residencia en el lugar al que han ido a vivir. Aragón en uno de los territorios donde esta posición ha tenido más acogida. Se argumenta en su favor el respeto a la voluntad, el derecho a conservar el origen y también, curiosamente, el principio de seguridad jurídica, por considerar que el cambio automático por el transcurso de un determinado plazo lo contraviene.

La regulación del Código Civil establece una solución que podemos calificar como intermedia, ya que permite que la vecindad civil se adapte al lugar de nueva residencia en un plazo no muy largo, de diez años, pero permite evitarlo con una declaración realizada antes de transcurrir ese plazo de querer conservar la que se tiene. Igualmente, se permite adquirir la vecindad civil del lugar de residencia en un plazo breve (dos años) mediante declaración expresa (artículo 14.5 CC.).

Esta solución intermedia, que lleva funcionando desde la entrada en vigor del CC, ha tenido los lógicos detractores, por una y otra vía. Dejando aparte las opiniones doctrinales en uno y otro sentido, podemos destacar varias iniciativas que han tenido lugar y que se decantan por la alteración del régimen vigente, sea para acogerse a la posición territorialista, sea para la personalista.

Tendencia territorialista. En cuanto a la tendencia territorialista se ha pretendido ir introduciéndola por vías indirectas. Podemos citar varias.

- El artículo 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña dispone: “*Las normas y disposiciones de la Generalitat y el derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad*”. Norma de base territorialista llevada al artículo 111-3.1 de la Primera Ley del Código Civil de Cataluña.

- El artículo 10 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, de forma similar: “*Las normas, las disposiciones y el Derecho Civil de la Comunidad Autónoma tienen eficacia en su territorio, sin perjuicio de las normas para resolver*

los conflictos de leyes y de las excepciones que puedan establecerse en cada materia". Norma que fue llevada al artículo 2 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares mediante el Decreto Legislativo 79/1990 inicialmente de una forma que podemos calificar de radical, al disponer que *"las normas del Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil"*, disposición que fue anulada por la STC 156/1993.

Cabe preguntarse acerca del significado real de este tipo de normas. Resulta que no son inconstitucionales, puesto que los Estatutos de Autonomía se aprueban por ley del Estado. Ahora bien, en mi opinión, ninguna de estas normas modifica la regulación general del Código Civil sobre el Derecho interregional; es más, probablemente no añaden nada nuevo, porque decir que el Derecho Civil propio tiene eficacia territorial salvo en los casos en que se aplique el estatuto personal es una obviedad. Probablemente lo que se ha pretendido es establecer una pauta general, aunque sea de mero carácter interpretativo, de las dudas que en la aplicación de las normas puedan surgir, pero lo cierto es que a la hora de verdad habrá que acudir a las normas generales del Derecho interregional y serán éstas las que se aplicarán, con sus propios criterios interpretativos. Es decir, salvo quizá para los conflictos comarcales o locales, su virtualidad práctica es irrelevante. La pretensión de dotar estas disposiciones de una mayor significación chocaría con la lógica del sistema, que, como se ha dicho, parte de la necesidad de que las soluciones sean unitarias para toda España.

Sin embargo, como pone de manifiesto Santiago Álvarez González, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Santiago de Compostela (*La "eficacia territorial" del derecho civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales*), algunos tribunales de Cataluña están aplicando directamente esta supuesta eficacia territorial del Derecho civil catalán en determinados supuestos regidos por el estatuto personal, para evitar acudir a la vecindad civil de la persona; los casos conocidos tienen incidencia de elemento extranjero (SAP Barcelona, Sección 12^a, números 1/2013, sobre divorcio, y la de la misma Sección 477/2015, sobre filiación), pero procedía tener en cuenta la vecindad civil y, se elude, mediante la aplicación directa del carácter territorial de la ley civil catalana. Es una peligrosa vía que rompe la unidad jurídica en la materia.

- El artículo 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña establece: *"Los extranjeros que adquieren la nacionalidad española quedan sometidos al derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra"*. Norma llevada al artículo 111-3.1 de la Primera Ley del Código Civil de Cataluña.

Ésta es una regla desconcertante, puesto que evita hablar de vecindad civil y atiende exclusivamente al criterio de la vecindad administrativa. Parece querer

decir que, tenga la vecindad civil que tenga, a quien haya adquirido la nacionalidad española, mientras tenga la vecindad administrativa en Cataluña, se le aplica el Derecho civil catalán; es decir, que la ley personal de ese nacionalizado no sería la de su vecindad civil sino la de su vecindad administrativa. Obsérvese que ni siquiera exige que ese extranjero hubiera tenido la vecindad administrativa en Cataluña cuando se nacionalizó español, por lo que, literalmente entendido, cualquier nacionalizado que pase a residir en algún momento en Cataluña quedaría sujeto, por ese solo hecho, a la ley catalana como ley personal, con independencia de la vecindad civil que adquirió al nacionalizarse y de la que tenga en ese momento.

Esta norma choca frontalmente con el artículo 16.1.1º del Código Civil, que, como hemos visto, dispone que la ley personal en Derecho interregional es la vecindad civil, mientras que la que estamos examinando la sustituye, para los nacionalizados, por la vecindad administrativa. Pensemos en un extranjero que se nacionalizó español y optó por la vecindad civil navarra y luego trasladó su residencia a Cataluña, donde fallece, conservando aquella vecindad. La ley general haría que su sucesión por causa de muerte se rigiera por la ley navarra, mientras que el Estatuto de Autonomía de Cataluña le aplicará la catalana.

Aunque es cierto que el Estatuto de Autonomía fue aprobado por una ley del Estado, en mi opinión, ante una contradicción tan flagrante, el principio superior de la unidad de solución en materia de conflictos de leyes impone la prevalencia del Derecho general, es decir, el Código Civil español.

- También suele mencionarse, como apoyo de la posición territorialista, la tendencia del Derecho Internacional Privado de convertir la residencia habitual en punto de conexión principal, frente a la nacionalidad, tendencia que se ha manifestado en los recientes Reglamentos europeos sobre la materia, sobre todo, el Reglamento (UE) número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, y el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Aunque, ciertamente, como decíamos antes, los criterios del Derecho Internacional Privado no valen para los conflictos internos, dentro de un mismo país.

Tendencia personalista. En el lado opuesto, podemos mencionar los siguientes hitos:

- El artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón dispone: *“El Derecho Foral de Aragón tendrá eficacia personal y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial”*.

Es una norma que claramente pretende ser una reacción ante la norma catalana y su secuela balear, cuyo inspirador principal fue el Presidente de nuestra Academia José Luis Merino Hernández, pero que, en mi opinión, es igual de inocua que aquélla, ya que no cambia las reglas sobre conflictos de leyes, ni tampoco las de la vecindad civil, que siguen estando en el Código Civil. Aunque, en honor a la verdad, hay que decir que esta norma resulta más exacta que la de los Estatutos de Cataluña e Islas Baleares, puesto que, como se indicaba al principio, la mayor parte de las normas que contienen los Derechos civiles territoriales se rigen por el estatuto personal.

- El artículo 3.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana sigue la estela de la norma aragonesa: *“El Derecho civil foral valenciano se aplicará, con independencia de donde se resida, a quien ostente la vecindad civil valenciana conforme a las normas del Título Preliminar del Código Civil, que será igualmente aplicable para resolver los conflictos de leyes”*.

- El Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en 1946 estableció, en su conclusión quinta: *“En ningún caso se adquirirá nueva vecindad civil por la simple residencia o vecindad administrativa y sin declaración expresa del sujeto que habrá de ser inscrita en el Registro Civil y anotada en las actas de nacimiento y matrimonio”*.

No llegó a las mismas conclusiones el Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Territoriales en la Constitución celebrado también en Zaragoza en 1981. Quiero aprovechar la ocasión para destacar la importancia de este Congreso, que hasta cierto punto suele ser menospreciado y que rara vez es citado, a diferencia del de 1946. El Congreso de 1981 tuvo como principales impulsores a José Luis Lacruz, Presidente de la Comisión Ejecutiva, y al Presidente de nuestra Academia de Jurisprudencia José Luis Merino, que fue Secretario General, y reunió a importantes juristas de toda España (entre ellos, algunos otros miembros de esta Academia, como Ángel Bonet Navarro, Jesús López Medel, Rosa-María Bandrés Sánchez Cruzat, Javier Sancho-Arroyo, Pablo Casado Burbano). Este Congreso tuvo que debatir sobre el futuro de los Derechos civiles en España, a la vista del cambio copernicano que en la materia supuso la entrada en vigor de la Constitución. Antes de la Constitución, el objetivo último de la política legislativa en Derecho civil era la unificación y de ese espíritu bebe el Congreso de 1946, que, aunque abre la fase de las Compilaciones de los Derechos civiles regionales,

establece como finalidad última la elaboración de un Código Civil General de España, eso sí formado no sólo por Derecho castellano, sino integrando también instituciones de los Derechos forales. Este objetivo unitario es abandonado por la Constitución, que da pie a que cada Comunidad Autónoma con Derecho propio pueda conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, sin ningún objetivo unificador. Ante esta nueva situación, resultó muy oportuna la celebración del Congreso de 1981, para reflexionar sobre qué criterios era conveniente seguir, ante esta nueva situación, para que los diversos Derechos civiles territoriales pudieran convivir armónicamente. Y, en materia de vecindad civil, una de las más relevantes para esa convivencia, y pese a que hubo fuerte defensa de la solución personalista, después de los debates, el Congreso estableció, como conclusión 5ª la siguiente: *“Deben conservarse los criterios del Código Civil, sobre adquisición y pérdida de la vecindad civil, completados con la posibilidad de recuperar la vecindad de origen, que se haya perdido automáticamente o voluntariamente, mediante un procedimiento sencillo y flexible que no exija nueva residencia en el territorio de origen”*. Es decir, los juristas allí reunidos, tras debatir sobre este tema, llegaron mayoritariamente al convencimiento de la conveniencia de no tocar el sistema intermedio que establece el Código Civil y pusieron el acento en la necesidad de establecer un procedimiento de recuperación de la vecindad civil perdida.

- Otro eslabón de esta tendencia personalista la encontramos en el Proyecto de Reforma del Título Preliminar del Código Civil elaborado por la Comisión General de Codificación y publicado en 1985, que suprimía el cambio automático de vecindad civil por residencia continuada, pero que no llegó a aprobarse.

Con ello llegamos a la Proposición de Ley de las Cortes de Aragón a que hacíamos referencia, que se inscribe totalmente en esta línea personalista.

Proposición de Ley para la modificación del Código Civil en relación con el estatuto personal y vecindad civil

La Proposición de Ley no acomete una reforma integral del régimen de la vecindad civil, sino que se concreta a dos aspectos concretos:

En primer lugar, modifica el derecho de opción que el último párrafo del apartado 3 del artículo 14 CC concede a quien cumple los 14 años, que le permite cambiar su vecindad civil optando bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad civil de cualquiera de sus padres.

2) Suprime la adquisición automática por residencia continuada de diez años. Ésta es la parte principal de la Proposición de Ley. Se complementa con una disposición transitoria, que permite recobrar la vecindad civil perdida por transcurso del plazo de diez años sin declaración en contrario.

A continuación, vamos a examinar esas dos reformas propuestas.

Modificación del derecho de opción. En cuanto a la primera cuestión, el derecho de opción que se concede a quien cumple 14 años, el texto que se propone para el párrafo cuarto del apartado 3 del artículo 14 CC es el siguiente:

En todo caso el hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurran cinco años después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad que hubieran tenido cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal.

[Se han subrayado o marcado los aspectos más relevantes del cambio de redacción].

En concreto, la reforma propuesta introduce las siguientes modificaciones sobre lo que hoy establece, en este punto, el CC:

1) Amplía el plazo dentro del cual puede ejercitarse la opción, que se fija en cinco años a contar desde la emancipación, frente al año vigente.

2) Amplía las vecindades por las que es posible optar: el CC permite optar por la vecindad civil del lugar de nacimiento y por la última de cualquiera de los padres; la propuesta extiende esta última opción a la “*vecindad civil que hubiera tenido cualquiera de sus padres*”.

El fundamento de la Proposición, en este punto, se encuentra en la idea de que el CC restringe excesivamente el derecho de opción de los hijos y, por ello, se ha decidido ampliar estos dos aspectos: plazo y vecindades civiles elegibles.

Declaro mi simpatía por una reforma que amplíe el derecho de autonomía de la voluntad, aunque, a decir verdad, no parece que los limitadísimos casos de ejercicio de esta opción estén causados por las restricciones de la norma. Es decir, que no es probable que una reforma como ésta, sin más, provoque un cambio relevante en la ausencia de casos en que se ejercita este derecho de opción.

Por otra parte, permitir la opción por la vecindad civil que, en el pasado, próximo o remoto, hubiera tenido cualquiera de sus padres, aunque sea distinta de la que tienen hoy y no guarde relación alguna con la persona que ejerce la opción quizá no tenga mucha justificación.

Supresión del cambio de vecindad civil por residencia continuada de diez años sin declaración en contrario

Éste es el núcleo esencial de la Proposición de Ley y afecta de modo decisivo a la regulación de la vecindad civil, puesto que, como decíamos es la cuestión clave.

Concretamente, el texto que se propone para el apartado 5 del artículo 14 CC es el siguiente:

5. La vecindad civil se adquiere por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad. La declaración se hará constar en el registro civil y no necesita ser reiterada.

Como he explicado, esta Proposición se decanta por el criterio personalista en su sentido estricto, frente al intermedio que recoge el CC, en el que la vecindad civil cambia automáticamente por la residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario, en territorio con vecindad civil diferente de la que se tiene.

Ya se han expuesto los argumentos que defienden la solución personalista, que son explicados por el preámbulo de la Proposición.

Pues bien, tengo que decir que me parece mejor el mantenimiento del sistema intermedio del CC, por diversas razones, que voy a exponer a continuación.

1) En primer lugar, creo que el sistema del CC representa un ajuste fino entre elementos personales y territoriales y, por tanto, un equilibrio razonable entre las aspiraciones de unas comunidades y otras dentro de España. Buena prueba de ello lo constituye la conclusión 5ª del Congreso de Zaragoza de 1981, a que antes se hacía referencia, donde los juristas de unos territorios y otros tuvieron ocasión de debatir sobre los criterios de determinación de la vecindad civil y concluyeron que los que mantiene el CC resultan adecuados. La aprobación de la Proposición de Ley supondría una quiebra de este equilibrio y seguramente recibiría el rechazo de las Comunidades más partidarias de soluciones de base territorialista.

Téngase en cuenta la tendencia predominante en los últimos tiempos, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, a que ya hicimos referencia antes, a soluciones de tipo territorial, basadas en la residencia habitual, que sustituye, como punto de conexión, en materias regidas por el estatuto personal, a la nacionalidad. Creo que en el ámbito interno este criterio territorialista no es el preferible, pero, de todos modos, no puede dejar de tenerse en cuenta la fuerza expansiva que puede tener esta tendencia.

La vecindad civil, tal y como está regulada actualmente, recoge elementos personales y territoriales de forma razonable y, por ello, puede ser un freno a la expansión de las soluciones territorialistas. Imponer el criterio personalista en la determinación de la vecindad civil podría llevar consigo, a medio plazo, al resultado contrario al perseguido: que se opte por la residencia habitual como punto de conexión preferente y se deje la vecindad civil como punto de conexión residual. Es lo que vimos antes que ya dispone el artículo 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, recogido en el artículo 111-3.1 de la Primera Ley del Código Civil de Cataluña, para los extranjeros que adquieren la nacionalidad española mientras mantengan vecindad administrativa en Cataluña.

2) Mantener indefinidamente la vecindad civil de origen (salvo declaración expresa, declaración que la práctica demuestra que casi nadie hace) va a suponer mantener la aplicación de normas civiles de un territorio a personas que llevan mucho tiempo residiendo en otro, con la complejidad y la problemática que esto supone. Es cierto que esto ya sucede, pero con una reforma de estas características el número de supuestos en que esto pasaría se incrementaría de forma muy notable.

3) El Preámbulo de la Proposición de Ley dice que la norma de cambio automático de la vecindad civil por el transcurso del plazo de diez años perjudica claramente el principio de seguridad jurídica del artículo 9 de la constitución. Sin embargo, creo que es lo contrario. Con el régimen vigente sabemos que si una persona lleva residiendo diez años en un determinado territorio y no ha hecho declaración en contrario tiene la vecindad civil de ese territorio. Con el sistema de la Proposición, sería mucho más difícil conocer la vecindad civil de una persona, porque habría que saber la que tenían sus padres cuando nació, puesto que ésa sería su vecindad civil originaria; en realidad, ni eso serviría, porque, a su vez, los padres habrían heredado la vecindad civil de sus propios padres, los abuelos, y éstos de los suyos y así indefinidamente. Es decir, podría suceder que una persona llevara toda su vida en un territorio, en el que también nacieron sus padres y, sin embargo, su vecindad civil fuera otra, la de sus abuelos o, incluso, ascendientes más lejanos, muy difícil, si no imposible, de conocer.

4) Dice el preámbulo de la Proposición de Ley que no parece lógico que quienes tienen el estatuto personal y la vecindad civil de aragoneses, por haberlo sido sus bisabuelos, abuelos y padres, puedan perderlo por descuido o inercia, al haber trasladado su residencia fuera de la comunidad autónoma de Aragón, pero sin una declaración expresa y taxativa de renuncia y que se impone al ciudadano un resultado que en muchos casos no habrá sido pensado ni querido, conduciendo a la pérdida de su vecindad civil por nacimiento.

Sin embargo, mi percepción, como Notario, en mi actividad profesional, es que la mayoría de las personas a las que se les explica que han quedado sometidas a tal o cual ley como consecuencia de su residencia continuada no muestran objeción, es más lo consideran razonable.

Hay también quien se siente sorprendido negativamente y, para esos casos, lo que hay que hacer es desarrollar lo que hemos visto que está en las conclusiones del Congreso de 1981: habilitar un sistema para que pueda recuperar la vecindad civil perdida. Es decir, que la solución que debe ofrecerse a las personas disconformes con el cambio de la vecindad civil causado por la residencia continuada, que ya digo que mi impresión es que son escasas, no pasa por modificar el sistema general de adquisición de la vecindad civil, sino por darles una vía que les permita recuperarla con facilidad. Sobre esto volveré después.

Concluyo, por tanto, reiterando mi disconformidad con los aspectos más relevantes de la Proposición de Ley aprobada por las Cortes de Aragón.

Reformas deseables. La conclusión que acaba de formularse no debe llevar, sin embargo, a la de que nada hay que pueda hacerse por mejorar el régimen de la vecindad civil. Hay varias propuestas que podrían contribuir a ello:

1) Habilitar un procedimiento para recuperar la vecindad civil perdida automáticamente por el transcurso de los diez años, en la línea de la conclusión aprobada en el Congreso de 1981. Sobre este particular, en mi opinión, deberían tenerse en cuenta las siguientes ideas:

- En el Congreso se abogaba por la posibilidad de recuperar la vecindad de origen que se hubiera perdido tanto automática como voluntariamente. Sin embargo, parece más lógico limitarlo al caso de pérdida automática.

- Debe haber un plazo máximo para ejercer ese derecho, desde que se perdió la vecindad civil anterior. Me parece que diez años sería suficiente. De esa forma, se dispondría de un plazo de veinte años para la adquisición de forma irreversible de la vecindad civil del lugar de residencia, seguramente suficiente para la finalidad pretendida.

- La recuperación requeriría una declaración expresa, similar a las declaraciones de adquisición y conservación hoy reguladas en el apartado 5 del artículo 15.

- La implantación de la facultad de recuperación podría llevar consigo una disposición transitoria que habilitara, durante un plazo, la recuperación de la vecindad civil perdida por la residencia continuada de diez años sin declaración en contrario, para reparar que no hayan dispuesto previamente de un procedimiento de recuperación. A estos efectos, puede ser útil la disposición transitoria que contempla la Proposición de Ley:

Disposición transitoria.- Recuperación de la vecindad civil.

Quienes hubieran perdido su vecindad civil a causa de la adquisición de otra por residencia continuada de diez años sin declaración en contrario podrán recuperarla mediante la declaración en tal sentido formulada ante el Registro Civil en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la presente ley. Tal declaración se hará constar en el Registro Civil, no necesita ser reiterada y no podrá ser revocada por el interesado.

2) Permitir que las declaraciones de vecindad civil se puedan hacer ante Notario. El art. 14.5 del CC exige que las declaraciones sobre conservación o adquisición de la vecindad civil se hagan constar en el Registro Civil y de ahí

ha deducido la DGRN (Resoluciones 21 de noviembre de 1992 y 13 de mayo de 1996) que sólo pueden hacerse ante el encargado del Registro Civil y ha excluido la posibilidad de que se lleven a cabo en documento notarial. Es una conclusión precipitada y errónea, porque el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales (artículo 1 LN), por lo que no se entiende por qué no puede recoger esta declaración. Luego él mismo se encargaría de comunicar la declaración al Registro Civil, para su constancia en él.

Este criterio restrictivo de la DGRN es muy desgraciado, porque el momento idóneo para que las personas se planteen la cuestión de su vecindad civil y, por tanto, para hacer estas declaraciones, es el de otorgar documentos notariales, ya que en ese momento reciben la información y el asesoramiento del Notario y es el tiempo y el lugar oportunos para llevarlas a cabo; o pueden recibir asesoramiento en tal sentido también del abogado y acudir a la Notaría, que resulta mucho más sencillo y ágil que ir al Registro Civil. La práctica demuestra que, por mucho que se les indique en la Notaría la posibilidad y conveniencia de ir al Registro Civil a hacer la declaración, la mayoría de las personas desiste u olvida hacerlo.

Seguramente el criterio de la DGRN tendrá que cambiar con la entrada en vigor de la Ley del Registro Civil de 2011, ya que su art. 27.1 establece, con carácter general, que *“el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo, notarial o registral, es título suficiente para inscribir el hecho o acto que accede al Registro Civil”*. Conforme a este precepto, no debería dudarse que las declaraciones relativas a la adquisición o conservación de la vecindad civil pueden hacerse en documento notarial, de hecho, de todos los documentos “auténticos” que se mencionan en ese precepto, el notarial es el idóneo para recoger las declaraciones de particulares destinadas a producir efectos jurídicos. Una vez otorgado el documento notarial que recogiera la declaración, y conforme a lo que también dispone el apartado 3 de ese artículo, podría ser presentado en soporte electrónico al Registro Civil por el Notario.

Pero, si se va a llevar a cabo una reforma de la vecindad civil, para evitar dudas y reticencias a esta vía notarial, habría que aprovechar para incorporar esta posibilidad al artículo 15 CC.

Lo mismo valdría para la declaración de recuperación, si se aprobara.

Aunque pueda parecer que ésta es una reforma menor, creo que tendría un gran impacto práctico al incrementar, de modo efectivo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad y evitaría pérdidas verdaderamente indeseadas de la vecindad civil de origen. Además, contribuiría al logro de una mayor seguridad jurídica, puesto que una de las principales dificultades que afronta la vecindad civil es su prueba. Este problema desaparece o, al menos, se reduce de modo importante si existe una declaración de voluntad expresa.

3) Limitación de la aplicación de la doctrina del fraude de ley. El ejercicio de la autonomía de la voluntad para la adquisición de la vecindad civil se está encontrando con un obstáculo importante, que es el rigor con que los tribunales consideran como fraude de ley el cambio voluntario de vecindad civil. Este rigor se puso de manifiesto en la conocida Sentencia de 5 de abril de 1994, que declaró nulos e ineficaces, por fraude de ley, sendos testamentos otorgados conforme al Derecho foral de Vizcaya por unos cónyuges que habían adquirido voluntariamente y tras el transcurso de más de dos años de residencia en territorio aforado la vecindad civil vizcaína cuando anteriormente, por residir en el término municipal de Bilbao, tenían vecindad civil común. Lo que hay detrás de esta sentencia es una sobreprotección de las legítimas, que pesa con frecuencia en la doctrina del TS, de modo que cualquier actuación que produzca como efecto una reducción de aquéllas tiende a presumirse fraudulenta.

Una corrección parcial de esta equivocada doctrina se ha producido en la STS de 14 de septiembre de 2009 que, aunque mantiene la posible aplicación del fraude de ley en Derecho Interregional, considera que el mero cambio de vecindad civil y el cambio de régimen jurídico que comporta no puede considerarse por sí solo fraude de ley y que para que se declare su existencia debe probarse cumplidamente la finalidad de defraudar la norma, sin que sea suficiente que la nueva ley aplicable resulte más favorable a los intereses del declarante.

En realidad, como dice Jesús Delgado Echeverría, si se parte de la igualdad o paridad de todos los Derechos civiles españoles y de la libertad reconocida a los españoles para optar por una vecindad civil o adquirirla por declaración expresa dado cierto tiempo de residencia, no parece quedar resquicio para la apreciación del fraude de ley: la intención de quedar sometido a una ley española nunca podría ser fraudulenta.

4) El cambio de vecindad civil por residencia de menores e incapaces. Es ésta una cuestión importante, con criterios jurisprudenciales y doctrinales discrepantes. De lo que se trata es de determinar si, en el plazo decenal de residencia para el cambio automático de vecindad civil, se computa el tiempo durante el cual la persona es menor de edad o incapaz. Las consecuencias son importantes.

Veámoslo con un ejemplo: una persona que nace en un territorio en el que sus padres, procedentes de otro, llevan residiendo nueve años, que adquiere, por tanto, la vecindad civil de sus padres; suele entenderse que se tiene capacidad para regir para hacer las declaraciones sobre adquisición o conservación de la vecindad civil desde los catorce años y ésa sería la edad para comenzar a computar el plazo decenal; pues bien, si se considera que el plazo durante el que no ha podido hacer la declaración no computa, esa persona, salvo declaración expresa, no adquiriría la vecindad civil del territorio en el que ha nacido y reside hasta cumplir los 24 años. Sus padres la habrían adquirido 23 años antes.

El párrafo segundo del artículo 225 del Reglamento del Registro Civil da respuesta negativa a esta cuestión, al establecer que “*en el plazo de diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona*”. Se argumenta a favor de esta solución que esta forma de cambio de la vecindad civil se deriva de una *presunta* voluntad del afectado, que no puede predicarse de quien no puede regir su persona; se arguye, igualmente, que en estos casos la persona afectada no puede ejercer el derecho de conservar la vecindad civil de origen.

La solución opuesta defiende que este artículo reglamentario ha establecido un requisito adicional para la adquisición de la vecindad civil, no contemplado en el CC, lo que está vedado a un reglamento. Por ello, ese plazo sí que debería computarse para la adquisición de la vecindad civil.

El TS ha ido cambiando de criterio. Las Sentencias de 20 de febrero de 1995, 28 de enero de 2000 y 21 de septiembre de 2000 consideraron que no debe aplicarse la regla del artículo 225 RRC y sí que debía incluirse el plazo de minoría de edad o incapacidad. Sin embargo, la Sentencia de 7 de junio de 2007 y la reciente de 16 de diciembre de 2015 siguen el criterio contrario.

Personalmente, esta última solución no me parece satisfactoria, porque alarga excesivamente el plazo necesario para adquirir la vecindad civil del lugar de residencia. En el ejemplo expresado, el hijo necesitará 23 años más que sus padres; siendo que lo cierto que es precisamente el menor quien mejor se adapta al lugar en que reside, quizá mucho mejor que sus padres, que puede que no se acomoden nunca a la idiosincrasia del nuevo territorio de residencia.

Hay otras soluciones posibles que creo más satisfactorias para esta compleja situación: someter a los menores de 14 años a la vecindad civil de sus padres, de modo que sigan la de ellos; o permitir que las declaraciones de adquirir o conservar las puedan hacer los representantes legales del menor o incapaz, posibilidad que suele negarse, pese a que no se aprecian razones de peso para ello. Aparte del derecho de opción que se concede a los menores y al que antes se hizo referencia y el derecho de recuperar la vecindad civil perdida que hemos propuesto.

Final. Con esto voy a terminar. Existen otras cuestiones importantes sobre el régimen de la vecindad civil, muy particularmente la problemática que suscita su prueba, difícil, por depender en muchas ocasiones de situaciones de hecho que pueden ser un poco difusas. La intervención notarial en este punto puede ser importante y así lo ha reconocido el legislador en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, al haber regulado un acta de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial legal (artículo 53 LN) y haber ampliado el ámbito de la función notarial de declaración de herederos abintestato (artículos 55 y 56); en ambos casos, un presupuesto esencial será la vecindad civil de los sujetos. Ha sido una

pena que no se haya previsto también un acta de notoriedad para la constancia de la vecindad civil misma.

Hay más, como el mantenimiento de la vecindad civil común como criterio residual para la atribución originaria de vecindad civil a los nacidos de padres con distinta vecindad civil y que no han nacido en España, que, pese a que la STC 226/1995 declaró que no infringía la Constitución, debería corregirse, por hacer prevalente la ley de un territorio sobre el resto de los existentes en España con legislación civil propia.

Pero no podemos detenernos más, por los límites del tiempo disponible. No obstante, podemos emplazarnos en el futuro para seguir debatiendo sobre esta materia que tan directamente nos afecta a los ciudadanos, como sujetos de derecho, en un país con una rica diversidad legislativa civil.

ACTO FIN DE CURSO 2017-2018

Palabras del Presidente

Excmo. Sr. Dr. José-Luis Merino Hernández

Colegio Notarial de Aragón

Día 26 de junio de 2018

Ilustrísimo señor Decano del Colegio Notarial de Aragón.

Excelentísimas e Ilustrísimas autoridades:

Sr. Justicia de Aragón

Sr. Alcalde de Zaragoza

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

Sr. Decano de la Facultad de Derecho de Zaragoza

Compañeros Académicos.

Señoras y señores.

Muchas gracias a todos por su asistencia.

La Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación celebra hoy el acto fin de curso.

Un curso que comenzó el día 3 de octubre de 2017, cuando el Pleno de la Academia eligió, por unanimidad, la nueva Mesa de gobierno que me honro en presidir, y en la que cuento con la valiosa colaboración de mis compañeros Julio Arenere, Luis Gil Nogueras, Adolfo Calatayud y el Secretario General, Francisco Mata Rivas, que hoy excusa su asistencia por motivos personales.

La Academia es, quiere ser, un instrumento de cultura jurídica al servicio de la sociedad aragonesa. Un centro de estudio y debate de ese maravilloso legado que define la identidad de Aragón: el histórico Derecho foral; ahora ampliable también al Derecho público aragonés.

Como establecen sus propios Estatutos, la Academia tiene como objetivo principal la investigación, promoción y difusión del Derecho foral aragonés.

Para conseguirlo, esta Mesa se propuso un doble objetivo: la renovación interna y la proyección social de la institución.

La renovación en un triple aspecto:

-Profesional. En la Academia deben estar representados, de forma equilibrada, todas las ramas y todas las profesiones jurídicas. El colectivo de los abogados es, quizás, el que cuenta con menos Académicos. De ahí la necesidad de conectar con los Colegios de Abogados aragoneses para tratar de atraer a las actividades académicas a este importante colectivo.

-De género. Hasta hace unas semanas, la Academia sólo contaba con dos mujeres Académicas. Es preciso ensanchar esta base para dar entrada a importantes mujeres juristas aragonesas, como ya venimos realizando la nueva Mesa. Desde octubre pasado, se han incorporado tres nuevas Académicas.

-Y generacional. Los que hace treinta años creamos e iniciamos la andadura de la Academia nos hemos hecho mayores. Es necesaria una renovación generacional que dé entrada, como Académicos, a juristas más jóvenes, que aporten una sabia nueva al quehacer académico.

Aprovecho este momento para tener un sentido recuerdo para dos compañeros fallecidos durante 2017: Don Jesús López Medel y Don José-María Castán Vázquez. Este último, Académico de Honor y verdadero impulsor en la gestación de la Academia.

La proyección social exige un esfuerzo por nuestra parte tendente a que la Academia sea conocida en la sociedad aragonesa. Y no sólo en los foros y medios jurídicos e institucionales, sino incluso entre todos los ciudadanos, verdaderos destinatarios finales de la labor jurídica de la institución. El Derecho, especialmente el civil o foral, no puede quedar encerrado endogámicamente entre cuatro paredes, por dignas que éstas sean. Los juristas debemos salir a la calle y dar a conocer nuestras valiosas instituciones forales. Porque el Derecho debe estar al servicio de la sociedad.

En esa labor, la Mesa de gobierno ha iniciado una serie de contactos con instituciones públicas y privadas, y con colectivos profesionales, con unos resultados, hasta la fecha, muy satisfactorios.

En primer lugar, con el Ilustre Colegio Notarial de Aragón. Su decano, Don Dámaso Cruz, y la Junta Directiva que preside nos están dando toda clase de facilidades para poder llevar a cabo todos los actos académicos en la propia sede del Colegio, en este magnífico edificio en el que ahora nos encontramos.

Gracias a ello, hemos podido celebrar varias sesiones de trabajo abiertas, a las que han asistido juristas de distintas procedencias y actividades profesionales. En ellas ha habido variadas disertaciones de nuestros compañeros Adolfo Calatajud, Luis Gil Noguerras, Felipe Zazurca, Carlos Fernández Liesa, Antonio Blanco y, hoy, Angel Dolado.

Con el objeto de rehabilitar la convocatoria de los premios “Castán Tobeñas” de Derecho privado, y “Gascón y Marín” de Derecho público, para jóvenes juristas, en su día, entramos en contacto con la Fundación IberCaja, con la que hemos firmado un convenio de colaboración, y a través de él, la Fundación ha dotado, para este año, los citados premios. Agradezco a su Director General, Don José Luis Rodrigo, su presencia hoy en este acto.

Son premios tendentes a que juristas menores de 35 años se inicien en trabajos de investigación jurídica, o continúen en ellos. En el pasado, la Academia ha entregado ya veintiséis de esos premios, y ha conseguido que otros tantos jóvenes juristas iberoamericanos, de ambos lados del Atlántico, además de un buen número de participantes no premiados, hayan entrado en contacto con nuestra Academia, divulgando sus actividades en los respectivos territorios de su residencia.

Hemos firmado también un convenio con el Ayuntamiento de Zaragoza, por el que ambas instituciones tratarán de establecer lazos de colaboración cultural en materias de su respectivo interés.

Sr. Alcalde, aprovecho su presencia para manifestarle el deseo de que la cultura jurídica aragonesa llegue a formar parte del quehacer cultural del Ayuntamiento.

El despacho profesional Ilex Abogados, del que es director Don José Antonio Visús, ha tenido la generosidad de sufragar los gastos de la edición del Anuario 2017 de la Academia. Para ello hemos contado con la notable colaboración de nuestro buen amigo José Luis Artero, que hoy se encuentra también presente en este acto.

El Anuario es un buen medio de comunicación de la Academia con la sociedad, de proyección al exterior de la labor que realiza la institución. En él se incluyen los actos más destacados del año realizados por la institución: actos de apertura y cierre de curso, lectura de discursos, sesiones de trabajo, etc.

Desde el comienzo del curso, la Mesa de gobierno de la Academia ha estado en permanente contacto con el Colegio de Abogados de Zaragoza, con cuyo Decano mantuvimos una interesante entrevista.

Fruto de ella es la atención permanente que el Colegio presta a la Academia, especialmente a través de su Sección de Formación, que dirige la ya hoy Académica Correspondiente, Doña Cristina Chárlez, y de la Sección de Derecho foral, de la que es director Don José Luis Artero.

Y fruto también, a su vez, de esos contactos ha sido el curso de Derecho civil aragonés que la Academia, a través de tres de sus miembros, Adolfo Calatayud, Luis Gil Nogueras y el que les habla, ha impartido en la sede del Colegio de Abogados.

Esa constante relación entre el Colegio y la Academia está permitiendo que las actividades de esta institución sean conocidas por el importante colectivo de abogados zaragozanos. Contamos para ello, además, con el servicio de circulares informativas del Colegio, en las que están incluyendo nuestras actividades académicas.

También, recientemente, la Mesa de la Academia se ha reunido con representantes de la Universidad San Jorge, de cuya reunión ha surgido la idea de firmar un convenio de mutua colaboración, cuyo borrador está ahora en estudio.

Ello va a permitir acercar la Academia al mundo universitario, al que puede rendir servicios muy singulares mediante conferencias, cursos, seminarios, sesiones de orientación profesional, prácticas jurídicas, etc.

Por último, la Academia Aragonesa está recuperando sus tradicionales relaciones con el resto del mundo académico, ya sean las Academias aragonesas de Bellas Artes, Medicina, Farmacia y Ciencias, ya las jurídicas españolas y, de forma muy especial, las iberoamericanas.

Precisamente, en noviembre de este año se celebra en Madrid el X Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho y Ciencias Sociales, al que ya han comunicado su participación en las diferentes ponencias, al menos, cuatro Académicos aragoneses.

Y con esto termino.

Doy las gracias anticipadas al Excmo. Sr. Don Ángel Dolado Pérez, Justicia de Aragón, por haber accedido a rubricar este acto académico de fin de curso con una conferencia que lleva por título “Luces y sombras de la custodia compartida en Aragón”.

Tiene la palabra.

LUCES Y SOMBRAS EN LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN

Excmo. Sr. D. Ángel Dolado Pérez

Justicia de Aragón

26 de junio de 2018

1. INTRODUCCIÓN

La ilustre abogada aragonesa ALTAMIRA GONZALO dijo en una conferencia “no sé si la custodia compartida es la solución o es el problema”, pero tenía claro que si no era pactada y su imposición venía por preferencia legal o decisión judicial en procesos de divorcio contenciosos, el pronóstico para los hijos no será bueno y se hará a costa del sufrimiento de todos los intervinientes: progenitores e hijos/as.

La Ley de Custodia Compartida en Aragón de 25/5/2010, ha cumplido siete años y parece oportuno realizar una valoración sobre su aplicación práctica diaria en los juzgados aragoneses, así como su calado en la sociedad civil.

Los elementos de juicio a tener en cuenta son: estadísticas, artículos de catedráticos de derecho foral aragonés, sentencias firmes, apreciaciones de jueces, abogados, psicólogos, trabajadores sociales, declaraciones políticas en las Cortes de Aragón y noticias periodísticas.

La ley aragonesa de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres ha suscitado el interés en otras comunidades autónomas como Navarra y País Vasco, planteándose la tesis de considerarla como un posible modelo a exportar. Pero al mismo tiempo ha provocado la aparición de movimientos y organizaciones contrarios a su aplicación por el criterio de régimen preferente que recoge frente al de custodia individual a favor de uno de los progenitores, tradicionalmente, la madre.

En el Código Civil se recoge la custodia compartida como sistema excepcional, por mutuo acuerdo de los progenitores o decisión judicial, con informe

del Ministerio Fiscal, si se entiende que sólo de esta forma compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Según el INE, el 33 % de las separaciones con descendencia optaron por la compartida en 2014, frente al 10,63 en 2007 y el 14.6 % de 2010. El incremento se ha debido a las responsabilidades laborales de las madres, el mayor compromiso de los padres en la formación de sus hijos y la idea ya extendida de que si se va a juicio hay muchas posibilidades de que se llegue igualmente a la compartida. La mentalidad de progenitores, abogados, jueces y fiscales se ha ido adaptando al espíritu de la norma, del Estatuto de Autonomía y de la Convención de los Derechos del Niño con políticas que garantizan la protección de las relaciones familiares y la igualdad entre el hombre y la mujer, así como el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos, de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del menor.

2. REALIDAD ESTADÍSTICA

La custodia individual sigue siendo la mayoritaria. No hay una mentalidad real de c.c. en los progenitores, pero lo solicitan el 99% de los hombres y el 1% de las mujeres.

PADRES. Hay un cambio de mentalidad, con implicación real; a veces tiene fines económicos, no pagar pensión de alimentos, vivienda familiar, se dedican escasas líneas en demanda y mucho en lo económico. Casos de relación poco fluida entre madre e hijos, es aprovechado por los padres para solicitarla en modificación de medidas, que subsidiariamente viene acompañado de una rebaja en pensión alimenticia.

MADRES. En el 99 % piden custodia individual materna por su mentalidad, educación tradición, madres jóvenes sin trabajo, cuestionan la capacidad del padre, negativas por cuestiones económicas, por obtener una posición privilegiada sobre el uso de la vivienda familiar.

En $\frac{3}{4}$ de casos de mutuo acuerdo se opta por la custodia individual materna. Y poco tiempo después en un 75% se interesa en modificación de medidas la compartida, exigiéndose prueba de cambio sustancial de circunstancias.

En $\frac{1}{4}$ de los contenciosos se interesa la custodia compartida, que exige carga de la prueba.

3. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado en el mismo sentido y lo ha hecho de la mano del Magistrado José Antonio Seijás. Así recientemente:

1. El juez no puede de oficio establecer la custodia compartida. Es necesario que lo pida uno de los padres. Entiende que no se habrá presentado un plan de relaciones familiares contradictorio y adecuadamente informado, sobre el que decidir con fundamento en interés del menor, al no haber existido debate y prueba sobre dicho régimen (STS 9 marzo y 15 junio 2016).
2. Señala que la discrepancia de los padres sobre el régimen de custodia compartida no tiene por qué llevar a su exclusión y contribuye a que se considere como la mejor opción. Veremos más ejemplos de esta evolución jurisprudencial y de individual materna se cas por interés familiar a compartida. (STS 26/6/2015).
3. Ha pasado de considerarlo una excepcionalidad, al análisis del caso concreto y cada vez son mayores los supuestos de fijación judicial de custodia compartida, repartida o mixta con valoración del informe psicológico de parte frente al del gabinete psicológico (STS 13/2/2015).

El TSJ de Aragón, partiendo de la capacidad del padre y su buena relación con el hijo, señala que la posible alteración de la vida y costumbres de un menor por la adopción de una custodia compartida, no justifican por sí solas el mantenimiento del régimen individual a favor de la madre. El punto de partida no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana del menor, aunque se encuentre perfectamente adaptado a la vida anterior, sino la facultad que el legislador ha otorgado al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención del hijo mediante la custodia compartida.

Las actuales bases jurisprudenciales del TSJAragón son:

1. En condiciones idóneas de ambos padres, la regla general legal y preferente es la cc (Stas. 1/2/2012 y 4/3/2014).
2. Si en un convenio regulador pactado se fijó la custodia individual, para cambiar por modificación de medidas deben probarse las nuevas circunstancias y que amparen suficientemente el interés del menor. (Sta. 17/1/2017).
3. El cambio de individual a compartida necesitará de apoyos para que la estabilidad del menor no sufra, pero el mantenimiento del statu quo no puede ser la razón para no aplicar la compartida y no hacer posible el despliegue de los efectos beneficiosos que comporta (St. 7/9/2016)
4. Hay que analizar cada caso concreto y atendiendo a circunstancias de especial relevancia, solo el juez ponderadamente puede decidir que es lo más adecuado para los menores (St. 30/9/2013).

4. VENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

1. Favorece la coparentalidad de derechos y obligaciones paternofiliales. El éxito viene garantizado si existe voluntad de cumplimiento por ambos progenitores.
2. Promueve la igualdad entre progenitores y acentúa los lazos afectivos. Puede servir como fórmula imaginativa de conciliar la vida profesional y familiar. La psicología, la exposición inductiva de una idea, la manipulación de la percepción del tiempo, la alienación inversa o la técnica del abuso de la influencia pueden ser grandes aliados en defensa de intereses superiores de los hijos.
3. Da respuesta a la realidad social del mundo laboral y de la coparticipación en igualdad de los roles familiares. Unas condiciones socioeconómicas y culturales semejantes, aunque no iguales, permiten al menor estar en los dos ambientes sin dificultades.
4. Garantiza el interés del menor de poder relacionarse con ambos de forma igual durante su formación integral como persona. Se posibilita un proyecto de educación coincidente en lo fundamental.

5. INCOVENIENTES o problemas relacionados:

1. Se parte de períodos de estancia idéntica por semanas, meses, curso escolar; en domicilio familiar se rechaza el domicilio de “niño nido”, y se atribuye temporalmente al progenitor con menos recursos, fijándose un tiempo para la posible venta inmediata del mismo, lo que genera múltiples conflictos judiciales.
2. En casos de diferentes lugares de residencia de los progenitores, el lugar donde radica el centro escolar resulta decisivo; los gastos ordinarios de manutención son asumidos por cada custodio y para los extraordinarios se abre cuenta mancomunada con aportaciones en función de la capacidad económica de cada uno. En caso de falta de acuerdo, se somete a decisión judicial.
3. Imposibilidad de acordarla, en todos los casos de violencia sobre la mujer, sin distinción de supuestos. Deberíamos plantearnos nuevas soluciones para los casos de derecho de comunicación y suspensión o privación del ejercicio de la autoridad familiar. En los casos de archivo de denuncias en violencia de género deberíamos iniciar el camino de la mediación prejudicial.
4. El tema del uso de la vivienda nunca resulta pacífico y la posible orden judicial de venta forzosa del ar. 81 es especialmente problemática

5. En ejecución de sentencias, los problemas son constantes y de todo tipo, debiendo ser resueltos por la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 y creo que hay que volver a dar una oportunidad a la mediación en estos casos. El juez no puede convertirse en el TERCER PROGENITOR.
6. La ley integral L.O. 3/2007 de igualdad efectiva de derechos de hombres y mujeres debería estar presidiendo todas las resoluciones judiciales y su aplicación transversal.
7. En Aragón prima el pacto de relaciones familiares en todo caso, pero en los mismos se debería contemplar un aspecto ¿Progenitor custodio, qué va a hacer usted con respecto al no custodio para favorecer las comunicaciones con los hijos?
8. Los factores a tener en cuenta para decidir un sistema u otro son: edad de los hijos, conciliación de la vida personal y laboral, con gran flexibilidad sin petrificar situaciones anteriores a la ruptura, lugar de residencia, arraigo social y familiar, problemas económicos, relación entre progenitores y a veces, se produce separación de hermanos.

6. PROPUESTAS DE MEJORA

1. La ley aragonesa 2/2010 de 26 de mayo, de relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, debió abandonar expresiones de conflicto o pelea, por otros como reparto de tiempos equitativos y de estancia de hijos, evitando etiquetas que transmiten la sensación de ganador o perdedor con estigmatización social de progenitores, y que como tal, contribuyen al mantenimiento del conflicto.
2. En parejas de alto nivel de conflicto se produce un efecto no querido, proporcionarles nuevos elementos de confrontación específicamente centrado en los menores. La Ley en el art.80.2 CDFA entre los factores de riesgo pudo recoger ese nivel de conflicto como excepción a la regla preferente, habida cuenta de que la práctica totalidad de los estudios científicos especializados lo recoge como el elemento que en mayor medida correlaciona, de una manera inversa, con el nivel de adaptación de los hijos post-divorcio. Existe un grupo de menores afectados por esta legislación que son hijos de parejas altamente disfuncionales en su ejercicio parental, y a los que al sufrimiento que conlleva tener unos progenitores enzarzados en su conflicto, no deberíamos haber añadido nuevos elementos legislativos que favorecieran la contienda parental.
3. Potenciar los medios de prueba adecuados para que los jueces puedan determinar un régimen de custodia que proteja el bienestar y desarrollo integral de la personalidad de los menores. En la realidad han desaparecido

otras formas de entender la custodia compartida, más allá de un reparto al 50% del tiempo de los hijos, siendo una demanda casi exclusiva por parte de los progenitores, establecer repartos equitativos del tiempo de los hijos.

4. Coordinación entre Código Civil, leyes autonómicas, ley integral de violencia de género y normas de protección a la infancia.
5. Mayores medios personales en juzgados de familia, con especial incidencia en los equipos de peritos con composición multiprofesional, formación especializada-reglada y valoración multidimensional de la situación social real de la familia. Deberíamos tener una ley que regulara los equipos psicosociales judiciales.
6. Control judicial de la ejecución de las sentencias: ¿qué pasa con los hijos? Conocer la eficacia legal de la ley.
7. Crear el coordinador de coparentalidad como en el Código de Familia de Cataluña: profesional que auxilie al juez en el conocimiento de la nueva realidad familiar de los hijos tras la sentencia. Debemos partir de una formación psicológica, con conocimientos especializados en psicología jurídica, mediación y psicoterapia familiar, para poder abarcarlas distintas áreas que están implicada en la alta conflictividad y en su posible resolución.
8. Potenciar la mediación en sus distintas fases extra e intrajudicial y aumentar los recursos para la gran labor que prestan los puntos de encuentro familiar y los centros de ayuda integral familiar.
9. Deberíamos potenciar las cláusulas de sumisión previa a mediación en los pactos de relaciones familiares, en previsión de futuras modificaciones, ejecución, divergencias.
10. La preferencia normativa ayuda a evolucionar para que la mentalidad de la sociedad conlleve a que los progenitores la consideren como el mejor sistema para los hijos, siguiendo los pronósticos de la justicia terapéutica.
11. **Deberían considerarse las siguientes prioridades para el menor:**
 - Los progenitores deberían evitar intervenciones descalificadoras.
 - Impedir la repercusión social de la falta de acuerdo entre ellos.
 - Aceptar que antes de la adolescencia es frecuentes que unas temporadas el menor prefiera una proximidad a un progenitor u otro, pero la forma en que los adultos se enfrentan y solucionan los problemas marca la calidad de maduración afectiva.
 - Si prolongan en el tiempo los enfrentamientos legales, se puede generalizar que no priorizan los derechos del menor sino que los usan para otras

finalidad personales. Las solicitudes de modificaciones de medidas de guarda en menores de 14 años esconden patologías graves de los padres, conductas disociales, cuadros paranoides, psicopatías.

—Ante las dificultades concretas de cada menor es muy importante contar con la información completa para no tomar decisiones provisionales que pueden ser totalmente inadecuadas.

La falta de consideración de estos aspectos provoca inestabilidad en la maduración del menor, riesgo de patología afectiva y paranoide y elecciones de relaciones sociales inadecuadas, con perpetuación de problemas

7. COLOFÓN

Para la abogada Altamira Gonzalo: “Mucho más importante que el tipo de custodia de los hijos, es la generalización de un **PLAN DE PAZ** tras la ruptura. Es la búsqueda del equilibrio, que no haya ni vencedores ni vencidos. En Derecho de Familia es función de todos ayudar a resolver problemas y no crearlos”.

Añadiría que la actitud de los progenitores y el trabajo de los profesionales deben estar siempre orientados a evitar que ningún menor llegue a perder la relación con su padre o con su madre. Este es el mínimo que debemos intentar alcanzar entre todos.

MI APUESTA SE LLAMA MEDIACIÓN intra o extrajudicial, por acuerdo de los progenitores con mediadores especializados y responsables.

Pero si al final han de resolver los jueces, estoy convencido de que lo hacen con sensatez, caso por caso, en beneficio de los menores, con la ayuda de los informes periciales de profesionales especialistas psicosociales y aplicando la legislación y jurisprudencia aragonesas.

Como no puede ser de otra manera. HE DICHO.

**REGLAMENTO (UE) 2016/1103
DEL CONSEJO, DE 24 DE JUNIO DE 2016,
SOBRE RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES:
ENTRADA EN VIGOR Y APLICABILIDAD**

Excma. Sra. Doña Ana Clara Belío Pascual
Académica Correspondiente

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo voy a analizar el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece “*una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales*” (en adelante, RREM).

Con esa misma fecha, el 24 de junio 2016, se publicó un segundo Reglamento -es el correlativo (UE) 2016/1104 del Consejo-, por el que también se establece una cooperación reforzada en los mismos sectores de Derecho Internacional Privado, pero en este caso relativo a los efectos patrimoniales de las uniones registradas (en adelante REPUR).

Aunque los dos Reglamentos fueron publicados el 8 de julio de 2016 en el DOUE -Diario Oficial de la UE-, su entrada en vigor no se producirá hasta el próximo 29 de enero de 2019. Por tanto, son normas que en nuestro país y en el resto de los Estados miembros comenzarán a ser efectivas en los próximos meses, y de ahí la necesidad de tenerlas ya en cuenta.

El RREM y el REPUR son dos textos con una clara similitud sistemática en la ordenación de contenidos, e incluso podríamos definirlos como “cuasi simétricos”, pero dada la limitación de la extensión del presente artículo, me voy a centrar en el primero de ellos, que es el relativo al régimen económico matrimonial.

Lo primero a señalar es que ambos Reglamentos regulan conjuntamente los tres sectores a los que me he referido, como son: 1.- La competencia judicial in-

ternacional, es decir, los Tribunales u órganos jurisdiccionales competentes, también denominado “*Jurisdiction of Domestic Courts*”; 2.- La ley aplicable a las situaciones privadas internacionales o “*Choice of Law*”; y 3.- El reconocimiento o validez extraterritorial de las resoluciones extranjeras. Siempre que en la relación jurídica exista un elemento transfronterizo o de extranjería, es decir, que se trate de una situación que tenga conexión con un tercer Estado. No se alude en cambio de manera específica a la cooperación internacional, que sí está más ampliamente detallada en otras normas comunitarias, como en el Reglamento (UE) 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas.

Y hay que alabar esta regulación conjunta, porque en materia de Derecho de Familia Internacional existe una importante dispersión normativa. Con frecuencia nos encontramos con la necesidad de acudir a diversos Reglamentos europeos para conocer, por un lado, la competencia judicial y, por otro, la ley aplicable a una misma materia.

Sucede así, por ejemplo, en el caso de las crisis matrimoniales, donde la competencia judicial para el divorcio y la responsabilidad parental se regulan en el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre -en adelante, Bruselas II Bis-, pero la ley aplicable en estas materias se determina para el caso del divorcio por el Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre -en adelante, Roma III-, y para la responsabilidad parental por el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, sobre protección de niños. Y lo mismo ocurre en el caso de las obligaciones de alimentos y la pensión compensatoria, en donde la competencia judicial se establece por el Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre, pero para conocer la ley aplicable debemos acudir al Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007.

En cambio, con el RREM y el REPUR tenemos una sola norma que regula los tres sectores destacados del Derecho Internacional Privado, como ya lo hizo el Reglamento de Sucesiones 650/2012, de 4 de julio -en adelante, RES-. Estos Reglamentos -RREM, REPUR y RES- son sin duda un avance en la homogeneización y en la uniformidad del Derecho de Familia y Sucesiones en el ámbito internacional.

Lo segundo a señalar es que el RREM y el REPUR han sido adoptados por el procedimiento de cooperación reforzada, que es el procedimiento regulado en el Artículo 329.1 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE). Ello quiere decir que sus normas solo son vinculantes para los Estados miembros que forman parte de dicha cooperación, no siendo de aplicación en el resto de los Tribunales de los Estados miembros de la UE. Sucede así, entre otros países, con el Reino Unido, que ha negado su adhesión a ambos Reglamentos, con la consecuente inseguridad jurídica que ello genera.

En nuestro despacho profesional hemos “padecido” en dos ocasiones el que los Tribunales de Inglaterra y País de Gales hayan dejado sin efecto las capitula-

ciones matrimoniales otorgadas en España ante Notario, en donde se pactaba un régimen de absoluta separación de bienes, por entender el High Court de Londres, que no habían sido otorgadas conforme a derecho inglés. En concreto, conforme a derecho inglés, se exige que el pacto sobre el régimen económico matrimonial contenga una relación detallada de los bienes de ambos cónyuges en el momento del otorgamiento, y no la mera opción por el régimen de separación de bienes.

En estos dos casos, al dejar sin efecto la escritura notarial española, a la esposa se le atribuyó un porcentaje elevado del patrimonio privativo del esposo. El Reino Unido tiene tres jurisdicciones propias, que son, la de Inglaterra y País de Gales, la de Irlanda del Norte y la de Escocia. Pues bien, a Inglaterra y País de Gales se le conoce en el ámbito del Derecho de Familia Internacional, como “el paraíso de los divorcios”.

Pero lo que sucede en el Reino Unido va a ser sencillamente imposible o muy difícil que ocurra con todos aquellos países que sí se han adherido a la cooperación reforzada del RREM, y en los que ya no va a ser posible practicar el *fórum shopping* en busca de la jurisdicción o de la ley más favorable. A partir de enero de 2019, los órganos o Tribunales de los países firmantes van a aplicar las mismas normas para declararse competentes, para determinar la ley rectora y, por supuesto, para reconocer y ejecutar las resoluciones, los documentos públicos o las transacciones judiciales.

Si uno de los objetivos que persigue la integración de la UE es un espacio único de libertad de circulación de personas, bienes, servicios y capitales, con la entrada en vigor de estos Reglamentos -aunque no hayan sido adoptados por la deseada unanimidad-, se alcanzará también la libre circulación de las resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales en todos los Estados miembros. Lo anterior lo subraya el Considerando 72 RREM cuando declara como “*objetivos del presente Reglamento, a saber, la libre circulación de las personas en la Unión, la posibilidad de que los cónyuges organicen sus relaciones patrimoniales entre sí y con terceros, durante su vida en pareja y al liquidar su patrimonio, y una mayor previsibilidad y seguridad jurídica*”.

2. ÁMBITOS DE APLICACIÓN

Centrándonos en el RREM, esta norma de origen supranacional contiene cuatro ámbitos de aplicación: el espacial, el temporal, el material y el personal.

En el ámbito espacial, los dieciocho países que ya se han adscrito hasta el momento son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, República Checa y Suecia. No siendo de aplicación al Reino Unido ni a Dinamarca.

En cuanto al ámbito temporal debemos distinguir entre las normas que regulan los Tribunales competentes y la ley aplicable. En relación a los Tribunales competentes, el Artículo 69.1 RREM establece que éste solo será aplicable a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos formalizados y a las transacciones que se vayan a celebrar a partir del 29.1.2019, que es la fecha de entrada en vigor del RREM. Pero el Artículo 69.2 matiza que *“cuando la acción se haya ejercitado en el Estado miembro de origen antes del 29.1.2019, las resoluciones dictadas después de esa fecha serán reconocidas y ejecutadas de conformidad con el capítulo IV, siempre que las normas de competencia aplicadas sean conformes a las previstas en el capítulo II”*. Es decir, que las resoluciones dictadas con posterioridad al 29.1.2019 -que se deriven de acciones iniciadas con anterioridad-, serán reconocidas y ejecutadas siempre que se hayan respetado las normas de competencia judicial del RREM, a las que luego me referiré.

En cambio, en relación a la ley aplicable al fondo del asunto, el Artículo 69.3 recoge que el Reglamento sólo se aplicará *“a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio, o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial después del 29.1.2019”*. De donde se deduce que los acuerdos de elección de ley realizados antes del 29 de enero no serán válidos en el marco de la norma europea. A mi juicio, el Reglamento no admite dudas cuando el matrimonio se haya celebrado antes del 29.1.2019. En este caso, el juez competente no podrá aplicar el RREM para determinar la ley aplicable al régimen económico, ni tampoco podrá enjuiciar la validez de la ley aplicable escogida. Tendrá que acudir a sus propias normas de conflicto, que son los Artículos 9.2 y 9.3 CC en el caso español o la remisión a la legislación civil foral si la hubiere.

En cuanto al ámbito material, el apartado 1, letra a) del Artículo 3 deja claro que el RREM se aplicará única y exclusivamente a los regímenes económicos matrimoniales, entendiéndolo por tal: *“el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”*. Se trata de una definición propia y *“autónoma”* -tal y como recoge el Considerando 18-, válida únicamente *“a los efectos del presente Reglamento”*, que no solo incluye a los cónyuges, sino también sus relaciones patrimoniales con terceros. El Considerando 18 concreta que *“a efectos del presente Reglamento, el término Régimen Económico Matrimonial debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable”*.

El ámbito material de aplicación de ambos Reglamentos es ciertamente importante ya que, por ejemplo, en el caso del REPUR la definición que se contiene de unión registrada, no siempre va a coincidir con la definición que aparece en la regulación de los Estados miembros.

Así, el apartado 1 del Artículo 3 REPUR define a la unión registrada como el “*régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley, y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación*”. De esta definición cabe extraer la conclusión de que el régimen patrimonial de las parejas no registradas queda fuera del ámbito de aplicación de la norma, al igual que el régimen de las parejas de hecho no reguladas.

Es decir, que el REPUR no será de aplicación a todas aquellas uniones de hecho cuyo registro no se haya producido al no ser obligatorio, aunque la legislación del Estado miembro -o la remisión a sus sistemas jurídicos plurilegislativos, como sucede en el caso de España-, sí las considere uniones de hecho legalmente constituidas, en aplicación del derecho interregional de cada Estado. Esto sucede, por ejemplo, en Aragón o Cataluña, donde no se exige en todos los casos la inscripción en el registro a las uniones de hecho para estar legalmente constituidas, siempre que se cumplan otros requisitos conforme a su derecho civil foral. En estos casos, a las uniones no registradas no les será de aplicación el REPUR, debiendo el órgano jurisdiccional aplicar sus propias normas de producción interna.

Volviendo al RREM y a su ámbito material, vemos cómo el Reglamento excluye una serie de materias que son de Derecho Privado e incluso de Derecho de Familia, las cuales tienen en muchos casos trascendencia patrimonial, pero que carecen del carácter disponible propio de las materias relativas al régimen económico. En concreto, las materias excluidas son las siguientes:

- la capacidad jurídica de los cónyuges
- la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio
- las obligaciones de alimentos
- la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges
- la seguridad social
- los derechos entre cónyuges
- la naturaleza de los derechos reales sobre un bien, o

cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles.

La razón de excluir, por ejemplo, los derechos reales y la inscripción de los bienes inmuebles se debe al hecho de afectar a la base territorial de cada Estado, que debe permanecer bajo la competencia exclusiva de éste. Así se explica el que estas materias se rijan por la *lex rei sitiae*, y que sea esta ley la que regule la transmisión de la propiedad, la inscripción en los registros públicos, los efectos de esa inscripción, o los documentos que han de inscribirse, ya que ello constituye el pilar esencial sobre el que se sustenta el sistema registral.

Como también se ha excluido el reconocimiento del matrimonio, posiblemente ante la dificultad de consensuar entre los Estados miembros la validez de los matrimonios de personas del mismo sexo, que no son reconocidos por determinados países de la cooperación reforzada, como es el caso de Italia, Bulgaria, Austria, Croacia, Grecia, Malta, República Checa y Eslovenia.

En lo relativo al ámbito personal, el RREM tiene una eficacia *erga omnes*. Es decir, se aplicará tanto a nacionales de otros Estados miembros de la UE que no forman parte de la cooperación reforzada, como a los nacionales no residentes en la UE o a los no nacionales de la UE. Y siempre que estemos, claro está, ante cuestiones relativas a regímenes económicos que tengan dimensión transfronteriza, con independencia de la nacionalidad o la residencia de los cónyuges.

3. ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

3. a. Definición de “*órgano jurisdiccional*”

En cuanto a los Tribunales competentes, el apartado 2 del Artículo 3 del Reglamento recoge la definición de lo que se ha llamado “*órgano jurisdiccional*”, que es: “*toda autoridad judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de regímenes económicos matrimoniales, y que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control (...)*”. Se trata de una definición gemela o idéntica a la recogida por el RES para el órgano jurisdiccional.

Un sector de la doctrina ha discutido que pueda incluirse en dicha definición a los Notarios. En mi opinión, no hay duda de que la definición de órgano jurisdiccional sí incluye a los Notarios, ya que éstos llevan a cabo actuaciones jurídicas de manera directa y no por delegación, como por ejemplo, la celebración de matrimonios, la tramitación de divorcios mutuo acuerdo cuando no hay hijos menores ni incapacitados, o los procesos de liquidación de los regímenes económicos matrimoniales. Y ésta es la recomendación recogida en el Considerando 30 RREM, relativa a que “*el presente Reglamento debe permitir a todos los notarios competentes en materia de régimen económico matrimonial en los Estados miembros ejercer esas competencias. La sujeción de los notarios de un Estado miembro a las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento debe depender de si están o no incluidos en la definición de «órgano jurisdiccional» a los efectos del presente Reglamento.*”

Aunque, en cumplimiento del Artículo 65.1 RREM, el Gobierno español no ha comunicado todavía a la Comisión Europea si considera a los Notarios como un órgano jurisdiccional en relación a los regímenes económicos, sí lo ha hecho de manera afirmativa en materia de sucesiones. Por tanto, conteniendo ambos

Reglamentos -el RREM y el RES- la misma definición de órgano jurisdiccional, razón de más para concluir que los Notarios sí están incluidos en la definición del apartado 2 del Artículo 3 RREM.

Una vez aclarada la definición de órgano jurisdiccional, el Capítulo II regula cuáles son los foros de competencia judicial, que son los criterios o circunstancias a tener en cuenta para atribuir el conocimiento del litigio -o del procedimiento de mutuo acuerdo-, a un determinado órgano o Tribunal. Y para ello, el RREM utiliza dos técnicas distintas:

En primer lugar, aplica un criterio de acumulación de competencias o conexidad a procesos judiciales que ya están abiertos en un Estado miembro y,

En segundo lugar, cuando no puede establecerse esta acumulación de competencias, utiliza un sistema de foros subsidiarios que están ordenados de manera jerárquica.

3. b. Foros de conexidad o acumulación de competencias

El Considerando 32 RREM explica el criterio de conexidad o acumulación de competencias de la siguiente manera: *“a fin de facilitar la buena administración de justicia, las normas de competencia recogidas en el presente Reglamento deben permitir que los diferentes procedimientos conexos de los ciudadanos se sustancien ante los órganos jurisdiccionales de un mismo Estado miembro. Para ello, el presente Reglamento debe tratar de conectar la competencia en materia de régimen económico matrimonial en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales deban resolver sobre la sucesión de uno de los cónyuges de conformidad con el Reglamento UE 650/2012, o el divorcio, la separación judicial o la anulación del matrimonio, de conformidad con el Reglamento 2201/2003”* (Bruselas II Bis.).

Por el Considerando 32 vemos que el criterio general de acumulación es obligatorio, siempre que se cumplan los requisitos de la norma: *“el presente Reglamento debe tratar de conectar la competencia”* en los dos únicos supuestos mencionados en el Considerando, que en la práctica van a ser los más habituales:

- Un primer supuesto, cuando los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro conocen de la sucesión mortis causa de uno de los cónyuges en aplicación del RES.
- Y un segundo supuesto, cuando los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro conocen de una demanda divorcio, la separación judicial o la anulación del matrimonio, en aplicación de Bruselas II Bis.

En estos dos casos -Artículos 4 y 5 RREM-, los órganos jurisdiccionales o los Tribunales del Estado miembro que estén conociendo tanto de la sucesión

como de la crisis matrimonial serán los únicos competentes, de manera exclusiva y excluyente, para resolver todas las cuestiones relativas al régimen económico de las partes.

Este criterio de acumulación también hay que alabarlos porque facilita que procedimientos legales relacionados entre sí, o entre las mismas partes, sean resueltos por el mismo órgano jurisdiccional. Cuestión distinta será la ley aplicable que no va a seguir estos criterios, tal y como más adelante explicaré, pero la unificación de la competencia contribuye sin duda a una buena administración de justicia, y a una interpretación uniforme de los foros recogidos en el RREM, en el RES y en Bruselas II Bis. Y para los casos en los que la conexidad no exista, o no sea aplicable por no cumplirse los requisitos que establece la propia norma, el RREM parte de un sistema de foros subsidiarios, que se regulan en los Artículos 6 a 11.

Vamos a analizar, a continuación, los dos supuestos en los que existe, bien conexión con un proceso sucesorio, o bien conexión con un proceso de crisis matrimonial.

3. b. i) Conexión a un proceso sucesorio

El Artículo 4 RREM recoge, como regla general, la acumulación automática de competencias al órgano jurisdiccional del Estado miembro que conozca de la sucesión de uno de los cónyuges. En concreto, el Artículo dispone que: *“cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conozca de la sucesión de uno de los cónyuges en aplicación del Reglamento UE 650/2012, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial en conexión con esa sucesión”*.

Por lo que, en este primer caso, la competencia viene atribuida por las normas del RES, que a su vez establecen dos condiciones: 1.- Que sea un órgano jurisdiccional, en los términos que hemos definido, la autoridad que conozca de la sucesión, y 2.- Que se haya determinado su competencia conforme a dicho Reglamento -el RES-, y no de otra manera.

Como he mencionado, el Gobierno español, cumpliendo lo dispuesto en el Artículo 79 RES, ya comunicó a la Comisión Europea que los Notarios debían ser considerados órganos jurisdiccionales a efectos del apartado 2 del Artículo 3 del Reglamento, decisión que la Comisión hizo pública a través del portal europeo e-justicia. De modo y manera que, en lo que se refiere a la competencia para conocer de los litigios relativos al régimen económico matrimonial, siempre que un Notario español se ocupe de una sucesión con elemento transfronterizo, se entenderá que lo hace un órgano jurisdiccional español, concurriendo así la primera de las condiciones que establece el Artículo 4 del RREM para arrastrar la competencia del régimen económico del cónyuge fallecido. Que en este caso será de liquidación de dicho régimen.

La segunda de las condiciones para acumular la competencia es que ésta se haya determinado conforme a los foros que establece el propio RES. Es importante señalar que todos los Estados miembros que participan de la cooperación reforzada del RREM lo son también del RES, por lo que se trata de órganos jurisdiccionales comunes en los dieciocho Estados, que podrán llevar a cabo dicha acumulación en aplicación de idénticos criterios.

En concreto, los foros del RES que determinan la competencia judicial están estructurados de manera jerárquica, y son los recogidos en los Artículos 4 a 11 de dicho Reglamento:

1.- El primero es el foro de la nacionalidad del causante -regulado en el Artículo 7-, siempre que la ley elegida sea la ley del Estado cuya nacionalidad ostente el causante en el momento de la elección, o en el momento de su fallecimiento. Esta es la llamada *professio iuris*. Vemos cómo las condiciones para tener foro por esta vía de la *professio iuris*, son dos. En primer lugar, el causante debe haber elegido como *Lex Successionis* la ley del Estado cuya nacionalidad ostenta. Y, segundo lugar, dicha elección solo puede ser respecto de la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección, o en el momento del fallecimiento. No en otro momento.

Por tanto, de conformidad con este Artículo 7, los Tribunales del Estado miembro cuya ley haya sido elegida por el causante mediante la *professio iuris* tendrán la competencia para resolver la sucesión. Se trata de una norma de conflicto materialmente orientada, ya que el causante es quién va a decidir la legislación aplicable a su propia sucesión. Así podrá organizar o determinar el destino de sus bienes y de su patrimonio conforme a la ley elegida, y evitar cualquier incertidumbre. Esta elección será también la que determine la posición de los legitimarios, si es que tal figura existe conforme a la ley escogida. Debido al carácter universal de la ley aplicable a la sucesión -como también veremos que sucede en el RREM-, no es necesario que la ley determinada por el causante sea la ley de un Estado miembro, sino que puede ser la de un tercer Estado.

Ahora bien, para que opere este foro debe existir otro requisito, que es la existencia de un pacto de sumisión expresa o tácita de las partes a dicho órgano jurisdiccional o Tribunal. Es decir, si en el testamento se ha efectuado una elección de ley o *professio iuris* en los términos expuestos, las partes -el cónyuge superviviente y los herederos- deberán acordar litigar o abrir la sucesión ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley haya sido la elegida -Artículos 5 y 6, letra b) RES-. Obviamente, esto sólo va a ser posible si el causante ha elegido la ley de un Estado miembro y no la ley de un tercer Estado.

2.- El siguiente foro es el de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento -Artículo 4 RES-, siempre que no haya habido elección de ley o *professio iuris*. Así, la primera condición para que se active este foro es que no

concurra el foro de la nacionalidad del causante, y la segunda condición, que su residencia habitual se encuentre en un Estado miembro y no en un tercer Estado.

3.- Si no concurre ninguno de los foros anteriores, se activaría el foro del lugar de situación de los bienes de la herencia -Artículo 10 RES-. Debiendo darse al menos una de las dos condiciones de vinculación siguientes: que el causante sea nacional del Estado miembro de la situación de los bienes en el momento del fallecimiento. O, alternativamente, que haya tenido su residencia habitual en dicho Estado miembro, siempre que no hayan transcurrido más de cinco años desde el cambio de dicha residencia.

El concepto de bienes que utiliza el RES para atraer la competencia es muy amplio, ya que puede no tratarse únicamente de bienes muebles o inmuebles, sino también de bienes inmateriales -o de determinados derechos sobre bienes-, como ha señalado parte de la doctrina.

4.- Si no concurren los requisitos anteriores, pasamos al foro de necesidad -Artículo 11-, que es un foro que podríamos denominar residual, o tendente a evitar la denegación de justicia. En este supuesto, el procedimiento sucesorio deberá tener una “*vinculación suficiente*” con el Estado miembro del órgano jurisdiccional o Tribunal que vaya a conocer del litigio.

En definitiva, si comprobamos que la competencia judicial para entender de la sucesión se ha determinado conforme a uno de los foros anteriores del RES, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que esté conociendo de la sucesión, conocerá también del procedimiento relativo al régimen económico matrimonial. Y esta comprobación de foros deben efectuarla todos los operadores jurídicos, incluidos los Notarios, ya que estamos ante una acumulación automática de competencias, siempre que se den los requisitos expuestos.

3. b. ii) Conexión con el proceso de crisis matrimonial

La regla general en los procesos matrimoniales es muy similar a la analizada en los procesos sucesorios. Según el apartado 1 del Artículo 5 RREM: “(...) *Cuando se interponga ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro una demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial que surja en conexión con dicha demanda*”.

Es regla es clara: si se interpone ante un órgano jurisdiccional una demanda de divorcio, separación o anulación del matrimonio en virtud de Bruselas II Bis, dicho Estado miembro será competente como norma general para resolver también las cuestiones relativas al régimen económico. El razonamiento en este caso es que la ruptura de la relación matrimonial comporta la disolución del régi-

men económico, aunque no siempre su liquidación. Por ello, resulta aconsejable -como sucede la mayoría de las legislaciones internas de los Estados miembros-, que sean los mismos órganos jurisdiccionales que conozcan de la ruptura, los que tramiten la disolución del régimen económico o su posterior liquidación.

Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con el proceso sucesorio, este principio de conexidad no es automático, y puede ceder a favor de los foros subsidiarios previstos en el Reglamento si no se cumplen los requisitos del apartado 2 del Artículo 5 RREM, el cual incorpora por referencia dentro del texto parte de los foros de Bruselas II Bis.

1.- Acuerdo expreso de los cónyuges requerido

El Artículo apartado 2 del 5 RREM recoge cuatro supuestos en los que se requiere de manera expresa el acuerdo de ambos cónyuges para que se produzca la acumulación de competencias. Y si este acuerdo no existe, el Tribunal u órgano jurisdiccional que conozca de la crisis matrimonial no atraerá hacia sí la competencia judicial, siendo entonces necesario acudir a los foros de los Artículos 6 a 11 RREM. El acuerdo expreso será necesario en los siguientes supuestos.

-En primer lugar, cuando el órgano jurisdiccional que conoce del proceso matrimonial sea el del Estado miembro donde el demandante tenga su residencia habitual, y haya residido allí al menos un año antes a la interposición de la demanda -apartado 1, letra a) quinto guión del Artículo 3 Bruselas II Bis-.

-En segundo lugar, también se requerirá acuerdo expreso, cuando se trate de un Estado miembro donde el demandante tenga su residencia habitual, haya residido allí durante al menos seis meses antes de la interposición de la demanda y sea nacional de dicho Estado -apartado 1, letra a) sexto guión del Artículo 3 Bruselas II Bis-.

En estos dos supuestos, la razón de exigir el consentimiento de ambos cónyuges se debe a que pueden no ser foros neutrales y considerarse exorbitantes, ya que beneficiarían solo al demandante, que es nacional de dicho Estado o residente habitual, a diferencia del demandado que no lo es.

En tercer lugar, también se requiere acuerdo expreso, cuando el proceso matrimonial verse sobre la conversión de una resolución de separación judicial en divorcio. En estos casos, el Tribunal competente según el Artículo 5 Bruselas II Bis debe ser necesariamente el que dictó la resolución de separación. Y por último y cuarto lugar, también se requerirá el acuerdo, cuando el Tribunal que conoce de la crisis matrimonial haya adquirido su competencia de manera residual -Artículo 7 Bruselas II Bis-, es decir, aplicando su propia legislación interna para comprobar si tiene foro y poder declararse competente.

Vemos cómo en estos cuatro supuestos se produce por el RREM una incorporación por referencia de determinados foros de Bruselas II Bis -los recogidos en el apartado 1, letra a) quinto y sexto guión del Artículo 3 ó en los Artículos 5 y 7 de dicho Reglamento- para exigir el consentimiento de ambos cónyuges que permita una acumulación de competencias.

2.- Supuestos que no requieren acuerdo de los cónyuges

A sensu contrario, los casos en los que el proceso matrimonial sí va a atraer la competencia independientemente de la voluntad de los cónyuges, son aquéllos en los que el Tribunal que conoce de la crisis matrimonial no ha sido establecido por el foro de la residencia habitual del demandante, ni de su nacionalidad, sino que se ha determinado mediante alguno de los foros del apartado 1, letras a) y b) del Artículo 3 con exclusión del quinto y sexto guión, o del apartado 2 del Artículo 3 Bruselas II Bis. Estos foros son los siguientes:

- Cuando sea el Estado miembro de residencia habitual de ambos cónyuges,
o
- Se trate del Estado miembro del último lugar de residencia habitual de ambos cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
- Sea el Estado miembro de la residencia habitual del demandado, o
- Si la demanda es conjunta, se trata del Estado miembro de residencia habitual de uno de los cónyuges, o por último,
- Si es el Estado miembro de nacionalidad de ambos cónyuges.

En estos casos, estaríamos ante foros de competencia neutros e incluso usuales, que tendrían una vinculación suficiente con las partes en conflicto.

3. c. Otros foros relacionados por orden jerárquico

A continuación vamos a analizar sucintamente el resto de foros en los que no existe conexión a un proceso sucesorio ni matrimonial, al no cumplirse los requisitos establecidos en el RES ni en Bruselas II Bis. Estos foros de competencia, relacionados por orden jerárquico, son los regulados en los Artículos 6 al 11 RREM:

- Foro de sumisión tácita
- Foro de sumisión expresa
- Foros de competencia general
- Foro de inhibición
- Foro de competencia subsidiaria
- Foro de necesidad

3. c. i) *Foro de sumisión tácita*

El primer foro es el de sumisión tácita -Artículo 8 RREM-, que atribuye la competencia al Estado miembro basada en la mera comparecencia del demandado, siempre que éste no comparezca a los meros efectos de oponerse a dicha competencia.

Ahora bien, esta elección de Tribunal está condicionada a que se trate de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuya ley sea la aplicable al fondo de asunto, en virtud del Artículo 22 ó del apartado 1, letras a) o b) del Artículo 26 RREM. A esto se le llama coincidencia *fórum-iuris*, ya que lo que hace el RREM es permitir que los cónyuges o, en este caso, el demandado pueda escoger los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuyo ordenamiento sea el que vaya a regir su régimen económico matrimonial, de manera que se posibilita que dicho Tribunal pueda aplicar su propio derecho.

El foro de sumisión es subsidiario de los anteriores, y solo podrá utilizarse cuando ningún otro Estado miembro resulte competente en aplicación del Artículo 4 ó del apartado 1 del Artículo 5 RREM, que son los que establecen la acumulación automática de competencias al proceso ya iniciado de sucesión o de ruptura matrimonial. Es decir, de conformidad con el apartado 1 del Artículo 8 RREM “*esta regla no será de aplicación si la comparecencia tuviere por objeto impugnar la competencia, ni en los casos regulados por el artículo 4 o el artículo 5, apartado 1.*”

A sensu contrario, es decir, en los casos de crisis matrimonial en los que el órgano jurisdiccional sea competente por alguno de los foros de Bruselas II Bis recogidos en el apartado 2 del Artículo 5 RREM -recordemos que son los que requieren el acuerdo expreso de ambos cónyuges-, sí podrá utilizarse alternativamente este foro de sumisión tácita, respecto los Tribunales del país cuyo ordenamiento jurídico rija el régimen económico matrimonial.

3. c. ii) *Foro de sumisión expresa*

El segundo foro es el de la sumisión expresa -Artículo 7 RREM-, en el que las partes eligen los órganos jurisdiccionales ante los que va a dirimir el conflicto, siempre y cuando no concurran los presupuestos de acumulación automática de los Artículos 4 y 5 mencionados. En este caso, el Reglamento no distingue entre apartados 1 ó 2 del Artículo 5. De manera que si ya existe un órgano jurisdiccional conociendo de la sucesión o de la crisis matrimonial, no es posible activar este foro.

Igual que en el caso de la sumisión tácita, los Tribunales elegidos deben ser los del Estado cuya ley sea la aplicable al régimen económico -Artículo 22 ó

apartado 1, letras a) o b) del Artículo 26-, si bien las partes también pueden escoger los del Estado de celebración del matrimonio. Y como establece el apartado 2 del Artículo 7 RREM, “*el acuerdo al que se refiere el apartado 1 deberá expresarse por escrito, fechado y firmado por las partes. Se considerará escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.*”

3. c. iii) Foros de competencia general

En tercer lugar, tenemos los llamados foros de competencia general -Artículo 6-, siempre que no se den los presupuestos de los Artículo 4 y 5 RREM, ni resulte competente ningún otro órgano jurisdiccional de un Estado miembro. En estos casos, los Tribunales competentes podrán ser, jerárquicamente o en cascada, los siguientes:

- Los de la residencia habitual común en el momento de interposición de la demanda, en su defecto,
- Los Tribunales de la última residencia habitual común, siempre que uno de ellos todavía resuda allí, en su defecto,
- Los Tribunales de la residencia habitual del demandado en el momento de la interposición de la demanda, y por último,
- Los Tribunales de la nacionalidad común de los cónyuges, también en el momento de interposición de la demanda.

3. c. iv) Foro de inhibición

En cuarto lugar, nos encontramos con el foro de inhibición -Artículo 9 RREM- que establece con carácter excepcional que si un órgano jurisdiccional del Estado miembro, competente en virtud de los Artículos 4, 5, 6, 7 u 8, considera que “*en su Derecho internacional privado no está reconocido el matrimonio en cuestión a efectos del procedimiento sobre el régimen económico matrimonial, podrá inhibirse*” y no conocer de la cuestión. Como he mencionado al principio, esto se debe a que el RREM no define el concepto de matrimonio, definición que compete al Derecho nacional de los Estados miembros.

En un caso como Italia en donde no se reconoce el matrimonio de parejas del mismo sexo, los órganos jurisdiccionales italianos podrán inhibirse, si así lo consideran oportuno, a la hora de enjuiciar estos supuestos. Ello es debido a que en aplicación de sus normas de conflicto del foro, estas parejas no se consideran matrimonio, y en consecuencia, no puede existir un régimen económico matrimonial que disolver o liquidar.

Ahora bien, de conformidad con el apartado 3 del Artículo 9 RREM, el foro de inhibición no será de aplicación cuando las partes hayan obtenido una resolu-

ción de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio que sea susceptible de ser reconocida en el Estado miembro del foro.

3. c. v) *Foro de competencia subsidiaria (o de bienes inmuebles)*

En quinto lugar, tenemos un foro de competencia subsidiaria o de bienes inmuebles -Artículo 10-, cuando no resulten de aplicación los presupuestos de los artículos 4, 5, 6, 7, 8 ó 9 RREM. Siendo en este caso competentes los Tribunales del Estado miembro en cuyo territorio exista algún bien inmueble de uno o de ambos cónyuges. Pero el órgano jurisdiccional que conozca del asunto solo podrá resolver sobre el bien inmueble de que se trate, y no sobre el resto de bienes o derechos de las partes. Lo que a la postre puede suponer una “ruptura de la causa” o fragmentación del litigio cuando existan bienes en distintos países.

3. c. vi) *Foro de necesidad*

Y en último lugar, el RREM regula un foro de necesidad en el Artículo 11 cuando no resulten de aplicación los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9 ó 10. En este caso, serán competentes con carácter excepcional los Tribunales del Estado miembro con “*conexión suficiente*”, siempre que en otro Estado con una “*conexión estrecha*”, no pudiera incoarse o desarrollarse razonablemente el procedimiento. La redacción de este artículo es muy similar a la del *forum necessitatis* recogida en el Artículo 11 RES, pero sustituyendo el término “*conexión*” por el de “*vinculación*”.

4. LEY APLICABLE

La ley aplicable se regula en los Artículos 20 a 35 RREM, y tiene un carácter universal, es decir, puede ser la ley de un Estado miembro o la de un tercer Estado, de manera similar a lo que el RES establece para la elección de ley o *professio iuris*.

Esto es muy importante, ya que a diferencia de lo que ocurre con los foros de competencia judicial, donde se produce una *vis atractiva* a los órganos o Tribunales que están enjuiciando el proceso sucesorio o de crisis conyugal, en este caso, el RREM no contempla la posibilidad de que la ley aplicable al régimen económico sea la misma que rija la sucesión o a la crisis marital. Aunque de facto sí se haya producido la acumulación de las competencias al mismo órgano jurisdiccional.

4. a. Elección de ley como primer punto de conexión

El principio que rige en esta materia es el de autonomía de la voluntad, y es también el primer punto de conexión para determinar la ley aplicable.

Por tanto, en primer lugar, habrá que estar a la ley escogida por las partes para regular su régimen económico, con independencia de que sea o no la de un

Estado miembro. Estamos ante lo que el propio RREM denomina como aplicación universal de las normas de conflicto. Así, el Artículo 20 establece que: *“La ley que se determine aplicable en virtud del presente Reglamento, se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro.”* Este artículo fiel reflejo del Artículo 20 del RES, y similar a la conexión del Artículo 9.2 del CC.

Según el Artículo 22, dicha ley se aplicará la totalidad de patrimonio de los cónyuges, con independencia de la naturaleza de los bienes o su localización, para evitar la fragmentación del régimen económico: *“la ley aplicable al régimen económico matrimonial (...) se aplicará a todos los bienes incluidos en dicho régimen, con independencia de dónde estén situados”*. El Considerado 43 explica que (...) *“por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación del régimen económico matrimonial, la ley aplicable debe regular el régimen matrimonial en su conjunto, es decir, la totalidad del patrimonio de ese régimen, con independencia de la naturaleza de los bienes, y de si los bienes están situados en otro Estado miembro o en un tercer Estado.”*

Sin embargo, esta elección de ley no es absoluta. El artículo 22 RREM precisa que la ley escogida deberá tratarse de:

“a) la ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, o

b) la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo.”

Es decir, se podrá escoger entre la ley de la residencia habitual común, o la de uno de ellos en el momento de la celebración del acuerdo, o la ley de la nacionalidad de cualquiera de ellos en ese momento. Y reamente tiene lógica, ya que se trata de impedir que la ley elegida guarde poca o ninguna relación con la situación real o histórica de los contrayentes. Este pacto podrá celebrarse antes o después de contraer matrimonio, si bien no podrá tener efectos retroactivos salvo que se pacte expresamente, y siempre sin que haya perjuicio para terceros. También deberá revestir unos requisitos de forma mínimos, que son muy similares a los recogidos en el Artículo 7 Roma III, que es el Reglamento que establece una cooperación reforzada en el ámbito de ley aplicable a la separación judicial y al divorcio.

Para el RREM, el pacto de elección de ley debe estar redactado por escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges, además de respetar las condiciones formales que pueda exigir la legislación del Estado miembro de la residencia habitual de ambos o de uno de los cónyuges. El Reglamento distingue entre el pacto de elección de ley aplicable al régimen económico, y el pacto para otorgar capitulaciones matrimoniales, exigiendo respecto de estas últimas, que se respeten los requisitos formales establecidos para la elección de ley. Adicionalmente, si la ley aplicable al régimen económico matrimonial impone requisitos formales

diferentes para las capitulaciones, dichos requisitos serán también de aplicación –apartado 3 del Artículo 25 RREM-.

4. b. Puntos de conexión subsidiarios en defecto de elección de ley

Si no se ha producido elección de ley, el Artículo 26 RREM regula una serie de puntos de conexión jerárquicos o en cascada, que van a determinar la norma que regirá sobre el fondo del asunto. Dicho Artículo establece en su apartado 1 que en defecto de acuerdo entre las partes, la ley aplicable al régimen económico será la del Estado:

“a) de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio o, en su defecto,

b) de la nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio o, en su defecto,

c) con la que los cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.”

Como vemos, el primer punto de conexión es el de la residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio. Pero sucede en ocasiones que el Estado de la primera residencia habitual tras el matrimonio, no tiene ninguna conexión con las partes. Por ello, el apartado 3 del Artículo 26 RREM contempla una excepción a esta regla, que permitiría al órgano jurisdiccional no aplicar este punto de conexión, siempre que se den las siguientes dos condiciones.

–En primer lugar, que los cónyuges tuvieran su residencia habitual en otro Estado *“durante un periodo de tiempo considerablemente más largo que en el Estado designado en virtud del apartado 1, letra a)”*, recordemos que es el de la última residencia habitual común tras la celebración del matrimonio.

–Y en segundo lugar, que las partes se hubieran basado en la ley de ese otro Estado *“para desarrollar o planificar sus relaciones patrimoniales.”*

La aplicación de la ley de ese otro Estado no podrá afectar negativamente a los derechos de terceros derivados de la ley aplicable en virtud del apartado 1, letra a) del Artículo 26. Ni tampoco esta cláusula de excepción podrá ser de aplicación cuando los cónyuges hubiesen celebrado capitulaciones matrimoniales con anterioridad al cambio de su residencia habitual.

El segundo punto de conexión es el relativo a la nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio -Artículo 26 apartado 1, letra b) RREM-, el cual no presenta mayor problema. Si bien el Reglamento excluye su aplicación para el caso de que los cónyuges tuvieran más de una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio -apartado 2 del Artículo

26-. En este caso, solo se aplicarán las letras a) y c) del apartado 1 para determinar la ley rectora.

El tercer punto de conexión en defecto de los dos anteriores -recordemos que son jerárquicos-, es el recogido en el apartado 1, letra c) del Artículo 26, relativo a la ley del Estado con el que los contrayentes tuvieron “*la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.*” Se trata de una cláusula de cierre similar a la recogida en el “*fórum necessitatis*” de los Artículos 11 RREM y 11 RES.

Y por último, el Artículo 30 RREM y el Considerando 53 hacen mención a las denominadas leyes de policía del foro, que rigen en todos los ordenamientos -como sucede en el caso de la protección de la vivienda habitual de la unidad familiar-, que permiten a los órganos jurisdiccionales hacer excepciones basadas en consideraciones de interés público conforme a su Derecho interno.

5. VALIDEZ EXTRATERRITORIAL DE LAS RESOLUCIONES, DOCUMENTOS PÚBLICOS Y TRANSACCIONES JUDICIALES

Para finalizar, me voy a referir sucintamente a los capítulos IV y V del RREM, que se ocupan del reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales dictadas en un Estado miembro. El RREM garantiza, por un lado, la aceptación y el reconocimiento de las resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales -definidos en el Artículo 3 apartado 1, letras c), d) y e) del Reglamento- y, por otro lado, regula su fuerza ejecutiva.

En primer lugar, y en lo relativo a las resoluciones judiciales, el Artículo 36 acuerda un reconocimiento automático en todos los casos, que se recoge en su apartado 1: “*Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de seguir procedimiento alguno.*” De esta manera, lo que se pretende es impedir que el órgano jurisdiccional del Estado requerido revise o entre en el fondo de las resoluciones judiciales dictadas en el Estado de origen. Y para ello establece dos modalidades: 1.- Un reconocimiento por homologación, regulado en el apartado 2 del Artículo 36, y 2.- Un reconocimiento incidental en un proceso abierto, es decir, que tenga un objeto principal distinto, regulado en su apartado 3.

En relación a la declaración de ejecutividad, se establece un procedimiento de exequátur también automático en primera instancia, procedimiento y efectos que son comunes para las resoluciones judiciales, los documentos públicos y las transacciones de que se trate. El órgano jurisdiccional de primera instancia no va a poder oponerse a la declaración de ejecutividad, ni tampoco el demandado va a poder articular motivo alguno de oposición. En segunda instancia será donde

el demandado pueda articular sus motivos de oposición, por alguna de las causas previstas en el Artículo 37 RREM.

Según el Artículo 45 del Reglamento, el procedimiento de solicitud se registrará por la ley del Estado miembro de ejecución. Y será suficiente con la presentación por la parte actora del documento auténtico, unido a la certificación expedida por el Estado de origen, mediante el formulario previsto en el Artículo 67 RREM.

En segundo lugar, respecto a los documentos públicos, el Artículo 58 RREM no regula un reconocimiento automático, a diferencia de lo sucedido con las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, ya que se podrá alegar el orden público como motivo para denegarlo desde la primera instancia. En concreto, el apartado 1 del Artículo 58 establece: *“Los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen, o el efecto más parecido posible, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público (ordre public) del Estado miembro de que se trate.”*

Finalmente y en relación a las transacciones judiciales, el Artículo 60 RREM únicamente se refiere a ellas en la modalidad de fuerza ejecutiva estableciendo, tal y como hemos mencionado anteriormente, un procedimiento de exequátur automático o de plano en primera instancia.

**CURSO ILUSTRE COLEGIO
DE ABOGADOS DE ZARAGOZA**

RENUNCIA Y RECUPERACIÓN DEL DERECHO DE VIUEDAD ARAGONÉS

Excmo. Sr. D. José Luis Merino Hernández

Presidente de la Academia

10 de abril de 2018

PLANTEAMIENTO

En la práctica jurídica es frecuente que quienes van a contraer un matrimonio cuyos efectos han de quedar legalmente sujetos al Derecho civil aragonés pacten en capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes -excluyendo el legal supletorio de consorcio conyugal-, y, al mismo tiempo, formalicen la renuncia (mejor, repudio), total o parcial, a sus respectivos derechos legales de viudedad universal.

También es legalmente posible que tal renuncia al derecho aragonés de viudedad, realizada mediante pacto (exclusión de la viudedad) en actuación conjunta de ambos cónyuges, o de forma unilateral por cada uno de ellos separadamente, se efectúe una vez ya celebrado el matrimonio.

Y no es imposible, aunque nada frecuente, que esa renuncia o repudio la formalice, de forma unilateral, quien tiene el propósito de contraer un matrimonio que va a quedar sujeto, en cuanto a sus efectos, al Derecho civil aragonés.

Y también es frecuente que, pasado un tiempo desde que se formuló esa renuncia, repudio o exclusión del derecho de viudedad -y especialmente cuando la misma se efectuó con anterioridad a la celebración del matrimonio-, por consecuencia de haber desaparecido las causas que la motivaron -económicas, familiares, sociales, etc.-, los cónyuges deseen recuperar la viudedad perdida. Surge entonces el problema de si esa recuperación es o no posible; y de serlo, bajo qué condicionantes.

En la práctica notarial aragonesa existen dudas y discrepancias a la hora de dar solución a esta interrogante. Hay compañeros notarios que opinan que esa recuperación del derecho de viudedad renunciado, repudiado o excluido siempre es posible, tanto de forma unilateral cuando así se llevó a cabo la renuncia, como

a través de un nuevo pacto entre los cónyuges; y, por supuesto, siempre que no se haya producido la adquisición por un tercero de los bienes sobre los que recaía el derecho. Otros, sin embargo, creen que la renuncia unilateral al derecho de viudedad es irrevocable también de forma unilateral, y que la renuncia o exclusión pactada del derecho puede revocarse por ambos cónyuges, en cualquier momento, a través de un nuevo pacto¹.

CRITERIOS GENERALES

En materia de renuncia de derechos existe una serie de criterios, generalmente admitidos por la doctrina y la jurisprudencia, de los cuales, al objeto del presente trabajo, conviene entresacar los siguientes:

1º Sólo se puede renunciar al derecho del que ya se es titular; mientras que la repudiación o rechazo se predica del derecho al que se está llamado pero que todavía no ha ingresado en el patrimonio. Así, se puede renunciar a un derecho real adquirido -servidumbre, usufructo-; en cambio, la herencia que no se quiere aceptar ha de ser objeto de repudiación².

La dejación del derecho de viudedad en cualquiera de sus fases o manifestaciones tanto puede consistir en una repudiación -cuando el derecho todavía no se ha adquirido por no haber contraído matrimonio su futuro titular-, cuanto en una renuncia -cuando se abdica del derecho una vez ya adquirido tras la celebración del matrimonio que lo hace nacer-.

2º La renuncia puede ser abdicativa -aquella que se efectúa sin determinación del sujeto beneficiario de la misma-, o traslativa -cuando se realiza en beneficio de una determinada persona³. Determinación que tanto puede ser hecha por el renunciante como por la ley⁴. Esto último se afirma de la renuncia al derecho real de usufructo, pues es la norma positiva la que establece que el usufructo renunciado acrece a la nuda propiedad, dada la “vis atractiva” que ésta tiene en orden a la consolidación del dominio pleno⁵.

La renuncia al derecho de viudedad tanto puede tener carácter abdicativo como traslativo, dependiendo de las circunstancias en las que la misma tenga lugar.

¹ Calatayud Sierra, Adolfo, “El derecho expectante de viudedad. Su necesaria reconsideración”, *discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 28 de junio de 2016*, edición separata de la Academia, Zaragoza, 2016, págs. 61 y 59, respectivamente.

² Cano Martínez de Velasco, J. Ignacio, “La renuncia a los derechos”, Edit. Bosch, Barcelona, 1986, págs. 11 y 14.

³ *Idem*, pág. 26.

⁴ *Idem*, pág. 251.

⁵ *Idem*, pág. 44.

3º En virtud de la doctrina de los “actos propios” (*nemo potest contra proprium actum venire*), no cabe la revocación de la renuncia a un derecho cuando con ello se vulnera el interés legítimo de un tercero, nacido de una situación objetiva de confianza, creada merced a la renuncia misma (6)⁶. O lo que es igual, no se puede ir contra el acto propio de la renuncia cuando ésta ha generado en alguien la confianza en una situación aparente -el abandono del derecho-, y ello le permite obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado (SSTS 21 abril 2006 y 12 marzo 2008). Y tampoco es lícito accionar contra los propios actos cuando se llevan a cabo en el ámbito de actuaciones que por su trascendencia integran convención y causan estado (STS 30 marzo 1999).

4º Sin embargo, la renuncia de un derecho real puede ser revocada mientras el beneficiario no haya entrado en posesión de la cosa sobre la que el derecho recae⁷. Y también, cuando el tercero “todavía” no sufriría graves perjuicios por consecuencia de la revocación⁸.

Este criterio tendrá especial aplicación en los casos de revocación de la renuncia o repudio del derecho de viudedad, cuando su recuperación se pretende en el momento en el que ha entrado en su fase de usufructo viudal (extinguida la primera de derecho expectante).

5º Si la renuncia traslativa se hace bajo condición, se entiende que no existe tal renuncia sino sólo una oferta de transmisión del derecho⁹. *A sensu contrario*, cabe entender que la renuncia abdicativa es posible hacerla bajo condición, tanto suspensiva como resolutoria. Como también es posible realizarla a plazo, ya sea inicial -renuncia válida sólo desde un determinado momento- o claudicante -renuncia solamente válida hasta un determinado momento-.

No obstante, más adelante trataré de defender, por su utilidad práctica, la posibilidad de la renuncia al derecho de viudedad en su fase de usufructo viudal -verdadera renuncia traslativa-, hecha bajo condición, tanto suspensiva como resolutoria.

Con el fin de determinar con mayor claridad la aplicación de estos criterios al objeto de este trabajo, conviene conocer y recordar la

NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE VIUEDAD

El derecho de viudedad aragonés, regulado hoy en los arts. 271 a 302 del vigente Código del Derecho Foral de Aragón (en lo sucesivo, C DFA), aprobado

⁶ *Idem*, pág. 122. Ver SSTS 16 febrero 2005, 16 enero 2006, 2 y 31 octubre 2007, 19 enero 2010 y 1 julio 2011, entre otras, así como STC 21 abril 1988; art. 6.2 CC: “...la renuncia a los derechos en ella reconocidos (la ley) sólo serán válidas cuando no ...perjudiquen a terceros”.

⁷ *Idem*, pág. 71.

⁸ *Idem*, pág. 124.

⁹ *Idem*, pág. 73.

por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, se caracteriza por una serie de notas que lo singularizan de cualesquiera otros derechos viduales, regulados en los distintos ordenamientos civiles españoles, a saber:

1. Es un derecho subjetivo o, al decir de algún autor, un derecho subjetivo preventivo¹⁰, que la ley concede a quienes contraen matrimonio sujeto, en cuanto a sus efectos, al Derecho foral de Aragón, de acuerdo con los criterios que establece el art.9.8 CC en materia de Derecho interterritorial.

Por tanto, y de conformidad con dicho precepto, el derecho de viudedad nace, en el momento de contraer matrimonio, no sólo a favor de los cónyuges que, al celebrarlo, tienen ambos vecindad civil aragonesa, sino también en beneficio de los que no teniendo una vecindad civil común -incluso una misma nacionalidad-, reúnan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que, mediante documento auténtico, formalizado con anterioridad a la celebración del matrimonio, hayan elegido la ley aragonesa para regir los efectos de su matrimonio, siempre que la misma sea la personal o la de la residencia habitual de uno de los contrayentes. Por tanto, si uno de ellos tiene vecindad civil aragonesa o, aun sin tenerla, reside habitualmente en Aragón, aunque su cónyuge no tenga dicha vecindad -sea español o extranjero-, ambos podrán pactar que su matrimonio se rija, en cuanto a sus efectos, por el Derecho civil aragonés. Consecuentemente, si otra cosa no deciden, ambos contrayentes adquirirán, en el momento de la celebración de su matrimonio, el derecho de viudedad aragonés, cada uno de ellos sobre los bienes del otro.

b) Que los cónyuges elijan un lugar del territorio aragonés para fijar su primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio. Es el primer punto de conexión objetivo que la ley establece, en defecto de pacto, para determinar el régimen matrimonial de los contrayentes que, como digo, no tienen una misma vecindad civil (incluso, una misma nacionalidad). *A sensu contrario*, el Derecho aragonés no se aplicará a los que, aun fijando su primer domicilio conyugal en Aragón, tienen ambos una misma vecindad civil distinta de la aragonesa (o una misma nacionalidad distinta de la española), pues entonces a su matrimonio se le aplicará la normativa personal común a ambos.

c) En defecto de pacto y de residencia común, que el matrimonio se celebre en un lugar del territorio aragonés. Un segundo punto de conexión objetivo aplicable a aquellas personas que, tras la celebración de su matrimonio, no pueden mantener un domicilio común (por ejemplo, funcionarios con deber de residencia en el lugar en el que ejercen su función, radicado para cada uno de ellos en una diferente Comunidad Autónoma española).

¹⁰ Sancho Rebullida, Francisco de Asís, “La viudedad aragonesa”, *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo VIII, Zaragoza 1955-56, págs. 1 y ss.

Todo ello hace que el derecho de viudedad aragonés puede llegar a tener una extensión subjetiva probablemente muy superior a la que el propio legislador aragonés se planteó en su regulación normativa y, por supuesto, con una atribución desconocida, en muchos casos, por los propios titulares del derecho (piénsese, por ejemplo, que también adquieren la viudedad aragonesa los extranjeros de diferente nacionalidad que, tras la celebración de su matrimonio, fijan su residencia habitual en Aragón)¹¹.

Sin embargo, al decir de algunos autores, el derecho de viudedad no nacerá para aquellos matrimonios que voluntariamente han elegido uno de los dos regímenes legales aragoneses -el consorcial o el de separación de bienes-, si la ley aplicable a su matrimonio no era la aragonesa, porque “lo que determina la existencia del derecho de viudedad no es la ley reguladora del régimen económico matrimonial elegido, sino la ley aplicable a los efectos del matrimonio”¹².

2. Un aspecto muy importante de la viudedad aragonesa: se trata de un derecho de naturaleza familiar que se adquiere desde el momento mismo de la celebración del matrimonio (art. 271 CDFA). Ello lo diferencia claramente de cualesquiera otros derechos viduales, previstos en los distintos ordenamientos jurídicos que los contemplan, y que los regulan como derechos sucesorios¹³.

Precisamente, esa naturaleza familiar, y no sucesoria, del derecho de viudedad aragonés es lo que motivó la reforma del art. 16 CC por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, ampliando el derecho, en su fase de usufructo vidual, “al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte”. Lo que indudablemente supone una notable extensión subjetiva de la viudedad aragonesa que, por mor de la equidad, altera los principios básicos en que se inspira ese derecho aragonés.

El origen de esa ampliación subjetiva del usufructo foral hay que ir a buscarla en el principio plasmado en el propio art. 16.2, primero, CC, el cual, reco-

¹¹ Merino y Hernández, José Luis, “Extensión subjetiva (peligrosa) del derecho de viudedad aragonés”, colaboración en *el Libro Homenaje a Alberto Ballarín Marcial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008*.

¹² Calatayud Sierra, Adolfo, ob. cit. Pág. 32.

¹³ Pelayo Hore, Santiago, “*Problemas de la viudedad foral, Segunda Semana de Derecho Aragonés*”, *Jaca, 1943, págs. 177 y 178*. Para este autor, el carácter familiar del derecho de viudedad se pone de manifiesto en el hecho de ser renunciante en vida por su titular, “lo que no ocurre nunca con los derechos hereditarios antes de deferirse la herencia”.

Lacruz Berdejo, José Luis, “Sobre algunos aspectos del derecho de viudedad”, en *Anuario de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1946, pág. 353*. Este autor defendía su criterio con base historicista: decía que el origen de la institución descende de la aportación matrimonial que representaban las arras y de la continuidad de la comunidad entre cónyuges.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de noviembre de 1916 (citada por Sancho Rebullida, Francisco de Asís, en ob. cit. pág. 38) afirmaba que la viudedad aragonesa se distingue esencialmente del usufructo vidual del Código civil por su nacimiento, contenido, modificación y extinción, y “tiende a normalizar la marcha de la familia interrumpida por el fallecimiento de su jefe”.

giendo el criterio de los juristas aragoneses de la época, afirma que “el derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponderá a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil”.

Como consecuencia de ello, en la práctica podía producirse un indeseado doble efecto: por una parte, en ese matrimonio con derecho de viudedad aragonés a favor de ambos cónyuges, al cambiar éstos de vecindad civil, fallecido uno de ellos, el supérstite devenía titular de un doble derecho: el usufructo foral y el de viudedad correspondiente a su nueva ley personal, normalmente inferior desde el punto de vista cuantitativo; y a la inversa, los cónyuges que al contraer matrimonio no quedaban sujetos, por su vecindad civil, al Derecho foral de Aragón, si luego adquirían la vecindad civil aragonesa -los dos o uno sólo de ellos-, al fallecimiento del cónyuge que había adquirido dicha vecindad, el sobreviviente se veía carente de todo derecho viudal: ni el aragonés que nunca había tenido, ni el de la anterior ley personal del fallecido (ley aplicable a su sucesión hereditaria), ahora perdida por la adquisición de la nueva vecindad civil aragonesa.

3. Es un derecho que nace a favor de cada uno de los cónyuges cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio (art. 271.3 CDFA); por tanto, ya se trate del consorcial o del de separación de bienes aragoneses o de cualquiera otro pactado voluntariamente (de participación en ganancias, de hermandad llana, de gananciales, etc.).

Hoy este criterio es pacífico. No fue así en el pasado, cuando algunos autores consideraban que el derecho de viudedad era incompatible con el régimen de separación de bienes¹⁴.

Quizás sea ése el motivo por el que muchas personas en Aragón, y no sólo entre los legos en Derecho, creen que, cuando se pacta en capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes, sustituyendo al consorcial, de forma automática se entiende renunciado el derecho de viudedad que a cada uno de los capitulantes corresponde (capítulos otorgados tras la celebración del matrimonio) o corresponderá (capítulos otorgados antes de la celebración del matrimonio) sobre los bienes del otro. Y no es así. En la práctica, si se pacta el régimen de separación de bienes y nada se dice sobre la viudedad, ésta se mantiene en ambos cónyuges. Y a la inversa, puede renunciarse, total o parcialmente, al derecho de viudedad y mantener el régimen matrimonial de consorcio conyugal.

¹⁴ Así lo afirmaba el magistrado San Román en un voto particular a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 octubre 1996, que resolvía aceptar la existencia del derecho de viudedad en un matrimonio pese a haber pactado los cónyuges el régimen de separación de bienes.

Precisamente, en la práctica se advierte el error en el que suelen incurrir muchos de los que otorgan capitulaciones matrimoniales con el objeto pactar el régimen de separación de bienes para su matrimonio, creyendo que ello conlleva, necesariamente, la renuncia al derecho de viudedad.

4. Desde el punto de vista cuantitativo, es un derecho de carácter universal por cuanto, en principio, recae, a favor de cada cónyuge, sobre la totalidad de los bienes de su consorte, presentes y futuros (art. 271.1 CDFFA), es decir, tanto los que ya tiene en propiedad en el momento de la celebración del matrimonio -y cualquiera que sea su procedencia y título de adquisición-, cuanto los que adquiera con posterioridad por cualquier título. Y ya se trate de bienes muebles o de inmuebles.

Es así un derecho que puede variar de contenido objetivo, en la misma medida en la que varíe el patrimonio, privativo o consorcial, de cada uno de los cónyuges; aumentando o disminuyendo el objeto material sobre el que recae. Por ello, le acomoda bien el apelativo que algún autor hace del mismo como “derecho en evolución”¹⁵.

Sin embargo, no faltan las críticas a este planteamiento legal por la incoherencia que se aprecia entre esa formulación inicial -universalidad del derecho- y los distintos preceptos que en el Código aragonés prevén la extinción del derecho de viudedad sobre determinados bienes enajenados sin haber participado en el acto dispositivo el cónyuge titular de la viudedad. Especialmente, los casos de enajenación válida de un bien consorcial -art. 280.1.b en relación con los arts. 230.d) y 232 CDFFA-, y los de enajenación de bienes privativos por uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio -art. 280.1.c en relación con el art. 231 CDF-. Excepciones legales que hacen poner en duda ese carácter de universalidad con que de siempre se ha caracterizado al derecho de viudedad aragonés.

5. Es un derecho que, en su realización práctica, puede manifestarse en dos distintas fases: en vida de ambos cónyuges tiene la consideración de derecho expectante; fallecido uno de ellos, de efectivo usufructo viudal. Pero no se trata de dos derechos distintos, sino de dos maneras diferentes de manifestarse el único derecho en que la viudedad consiste. Porque ésta es un derecho actual.

Aquí también le acomoda la expresión “un derecho actual en evolución”, en el sentido de que su naturaleza cambia en los distintos momentos por los que pasa el matrimonio: expectativa de derecho en vida de ambos cónyuges, efectivo derecho de usufructo al fallecer uno de ellos.

Ello, además, hace que, en circunstancias normales, uno de los cónyuges titular de la viudedad sólo disfrutará de una de sus fases, la de derecho expectante: a su fallecimiento, su derecho de viudedad se extingue, y es el momento en el que su consorte consolida el suyo, transformando su derecho expectante en efectivo usufructo.

¹⁵ Sapena Tomás, Joaquín, “La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio”, *discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el 28 de septiembre de 2001, Imprenta Provincial, Zaragoza, 2001, pág. 12.*

6. La viudedad aragonesa es un derecho o gravamen real. Al decir de algún autor, “la virtualidad mayor del derecho se manifiesta en su afección o adherencia a la cosa objeto del mismo, en su *configuración de gravamen real*”¹⁶. Y, como derecho o gravamen real que es, tiene eficacia y es oponible *erga omnes* en cualquiera de sus fases.

Afirmación que tiene una importante excepción, la también derivada de la reforma llevada a cabo en el art. 16 CC por el Decreto de 1974. En su apartado 2.2, segundo, el precepto dispone que “el derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente”.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA RENUNCIA A LA VIUEDAD. TERMINOLOGÍA

Aunque en el propio título de este trabajo utilizo la palabra “renuncia” de forma genérica, en realidad el fenómeno consistente en la abdicación del derecho aragonés de viudedad recibe distintas denominaciones según el momento en el que se efectúe y el procedimiento que se utilice para ello.

Como antes señalaba, cuando el derecho todavía no ha nacido para su titular esa dejación del derecho debe denominarse propiamente “repudiación” o “repudio”. En el derecho de viudedad aragonés se produce el repudio cuando a lo que se renuncia es al hecho mismo de adquirir el derecho, es decir, cuando la manifestación al respecto se formaliza con anterioridad a la celebración del matrimonio. Pues en ese momento, el derecho de viudedad todavía no ha nacido a favor de los futuros contrayentes. Por tanto, lo que éstos hacen es rechazar la entrada en su patrimonio de ese derecho de viudedad que la ley aragonesa les atribuiría de no rehusarlo previamente, como hacen.

Esta es la fórmula habitual cuando el repudio de la viudedad se efectúa en la escritura de capitulaciones previa a la celebración del matrimonio. Y, como explicaré con mayor detalle más adelante, esa repudiación se celebra bajo la forma de un pacto otorgado por ambos capitulantes. Un pacto que no es necesario declararlo como tal expresamente; las capitulaciones matrimoniales son en sí mismas un pacto entre quienes van a celebrar entre sí un futuro matrimonio (o ya lo han celebrado, cuando se otorgan constante el mismo). Es una declaración de voluntad recíproca, que vinculará a ambos otorgantes y que tendrá sus consecuencias a la hora de tratar de revocarla.

¹⁶ Sancho Rebullida, Francisco de Asís, ob. cit, pág.65

También es posible que el repudio a la viudedad se efectúe de forma unilateral por parte de cada uno de los futuros contrayentes; por ambos o por sólo uno de ellos. Serán, normalmente, los supuestos en los que los interesados no van a poder reunirse antes de la celebración del matrimonio o, incluso, en el mismo acto de la boda (matrimonios contraídos mediante poder).

En estos casos también será posible efectuar el repudio del derecho de viudedad mediante apoderamiento. Ahora bien, dada la especialidad del acto mismo de la repudiación, el apoderamiento deberá determinar, con toda precisión, el exacto alcance de esa abdicación.

Frente al repudio se encuentra la renuncia propiamente dicha. Ésta se producirá en los casos en los que la abdicación de la viudedad tenga lugar una vez celebrado el matrimonio, momento éste en el que el derecho de viudedad nace. Se trata así de un derecho que ingresa en el patrimonio de cada uno de los contrayentes de forma automática. Su abdicación o rechazo tiene que venir dado por virtud de una declaración formal de voluntad de su titular.

Tanto el repudio como la renuncia pueden afectar al derecho de viudedad en su totalidad, o sólo a alguna de sus fases -derecho expectante o usufructo viudal-. Y pueden realizarse de forma total, comprendiendo todos los bienes sobre los que pueda llegar a recaer el derecho, como parcialmente, abarcando sólo determinados bienes (en la práctica es muy habitual renunciar al derecho de viudedad sobre los bienes de carácter familiar del cónyuge propietario de los mismos, y mantenerlo respecto de los que ambos adquirieran a título oneroso constante matrimonio).

No obstante lo dicho, para cuando la dejación del derecho se hace conjuntamente por quienes van a contraer matrimonio sujeto al Derecho aragonés, o ya lo han contraído, el Código del Derecho Foral de Aragón reserva el término “exclusión” (cfr art. 272.1, *in fine*, CDFA). Aunque yo creo que la exclusión de la viudedad es el efecto que se deriva del repudio (abdicación anterior al matrimonio) o de la renuncia (la efectuada constante matrimonio); actos ambos llevados a cabo, en estos casos, conjuntamente por ambos interesados. Porque el hecho de que se trate aquí de una actuación conjunta no tiene por qué alterar la naturaleza jurídica del acto por el que se rechaza la entrada o la permanencia en el patrimonio del derecho de viudedad aragonés.

Así, a mi juicio, renuncia al derecho es la que se efectúa constante matrimonio, ya la haga un cónyuge con independencia del otro, ya la formalicen ambos conjuntamente. En los dos casos se trata del rechazo de un derecho ya adquirido en el momento de contraer matrimonio. Y, como consecuencia de ello, la salida del derecho del patrimonio del renunciante, con todos los efectos que le son propios. La circunstancia de ser una renuncia pactada no altera su naturaleza jurídica. El pacto va a influir, como enseguida veremos, en el procedimiento a seguir para su posible revocación.

REQUISITOS DE FORMA

En general, la abdicación del derecho de viudedad debe formalizarse en escritura pública. Existen, sin embargo, determinadas excepciones.

En primer lugar, para el repudio que los futuros contrayentes, o la renuncia que los ya casados hagan de sus respectivos derechos de viudedad, la ley exige, como requisito *ad solemnitatem*, el otorgamiento de escritura pública (art. 272.1 en relación con el art. 195.2 CDFA).

Y lo mismo cabe decir de la renuncia unilateral llevada a cabo por uno solo de los cónyuges (art. 274.1 CDFA).

Y aunque la ley hace referencia sólo a las personas ya casadas o que van a contraer matrimonio, la exigencia formal de la escritura pública debe hacerse extensiva igualmente a quienes, con anterioridad a la celebración de la unión, también de forma unilateral, manifiestan su voluntad de impedir la entrada en su patrimonio del derecho de viudedad sobre los bienes de su futuro consorte, como repudiación que es de un derecho matrimonial (art. 1280.4º CC).

Sin embargo, cuando la renuncia o exclusión del derecho de viudedad, total o en cualquiera de sus fases, se produce una vez celebrado el matrimonio, como un pacto entre los cónyuges, la ley aragonesa admite que la misma conste bien en escritura pública, bien en testamento mancomunado (art. 272.1 CDFA).

Y aquí es donde se produce una excepción importante a la exigencia de la escritura pública, por cuanto en el Derecho aragonés el testamento mancomunado tanto puede otorgarse en documento notarial cuanto en documento privado (cfr. Art. 409 CDFA sobre *Forma de los testamentos*, art. 410 sobre *Testamento mancomunado cerrado*, y art. 411 acerca del *Testamento mancomunado ológrafo*). Ello hace posible que el pacto de exclusión de la viudedad pueda formalizarse por ambos cónyuges mediante testamento, cerrado u ológrafo, hecho en documento privado.

Y también, en la medida en la que el Código aragonés vigente ya no exige, como antes, para el otorgamiento de testamento mancomunado que sus otorgantes estén casados (art. 417.1 CDFA), será igualmente posible que quienes proyectan contraer entre sí un matrimonio que vaya a quedar sujeto, en cuanto a sus efectos, al Derecho civil aragonés, otorguen un testamento mancomunado en documento privado, en el que repudien sus respectivos y futuros derechos de viudedad.¹⁷

¹⁷ Merino y Hernández, José Luis, “Un problema resuelto y otro que se crea (Sobre el derecho de viudedad aragonés)”, en *Anuario de Derecho Civil, volumen XXVIII, octubre-diciembre, 1974*.

MOMENTO PARA EFECTUAR LA RENUNCIA A LA VIUEDAD

Al respecto conviene distinguir la doble fase con que puede manifestarse el derecho aragonés de viudedad:

1. Renuncia al derecho expectante

En su fase de derecho expectante, la viudedad tiene como finalidad última proteger el derecho frente a las posibles enajenaciones que el cónyuge propietario de los bienes pretenda realizar. Es un instrumento de control de un cónyuge sobre el otro, respecto de los bienes de que éste es propietario¹⁸. Porque si, en circunstancias normales, el propietario de un inmueble sobre el que pesa un derecho expectante a favor de su consorte, vende el mismo a un tercero sin extinción del expectante (por renuncia de su titular o por cualquiera de los supuestos en los que la ley lo da por extinguido), si fallece el transmitente y le sobrevive su cónyuge viudo, éste transforma su derecho expectante en efectivo usufructo, recayente sobre el inmueble adquirido, en su día, por el comprador. Con las consecuencias que todo ello conlleva en orden a la posesión del inmueble.

Con arreglo a ello, la renuncia al derecho expectante de viudedad que se efectúa previa o simultáneamente al acto de la enajenación beneficia al cónyuge propietario de los bienes que se enajenan, pues le libera de la carga real que representa el expectante. Pero ello no significa que el cónyuge beneficiario de la renuncia adquiera, con ésta, derecho alguno. El derecho expectante no es transmisible. Solamente conlleva la liberación de una carga que pesaba sobre los bienes sobre los que recaía. La renuncia es, por tanto, un acto de liberación, pero no de transmisión. Por todo ello habría que concluir que la renuncia al derecho de viudedad aragonés en su fase de derecho expectante es un acto abdicativo: su titular se desprende de un derecho -el expectante- que a nadie transmite.

Y, como tal renuncia abdicativa, cabe pensar que la misma puede ser efectuada bajo condición -y tanto suspensiva como resolutoria- y aún a plazo.

Mediante la renuncia bajo condición suspensiva el titular del derecho expectante supedita la efectividad de aquélla al cumplimiento de un determinado hecho, aquél en que consista la condición; en todo caso, un hecho ajeno a la propia voluntad del renunciante. Por ejemplo, en previsión a la boda de un hijo y la transmisión a éste de un determinado inmueble propiedad privativa de uno de los cónyuges, el titular del expectante renuncia a éste, supeditando dicha renuncia a que el enlace matrimonial llegue a efectuarse.

En la práctica, un caso frecuente de este tipo de renunciaciones se produce cuando, mediante documento público (capítulos, poder u otro), un cónyuge manifiesta

¹⁸ Gil Noguera, Luis Alberto, "De la viudedad", en *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Zaragoza, 207, pág. 298.; Calatayud Sierra, Adolfo, ob. cit. pág. 17.

expresamente su renuncia al derecho expectante que le corresponde sobre uno o varios bienes de su consorte, para cuando éste proceda a su venta. Mientras el cónyuge propietario de los bienes no realice ninguna enajenación de los mismos, el derecho expectante lo mantiene su titular; cuando efectúe alguna venta, en ese mismo momento el derecho expectante se extingue sobre el bien enajenado.

En la renuncia bajo condición resolutoria la abdicación del derecho expectante puede quedar sin efecto si se llega a producir el hecho en que la condición consista. En el supuesto anterior, la renuncia al derecho expectante sobre el inmueble transmitido al hijo quedará ineficaz, por ejemplo, si éste llega a divorciarse; en dicho supuesto, el que fuera titular del expectante lo recupera y, si su consorte ha fallecido, adquiere sobre el inmueble transmitido al hijo el efectivo usufructo viudal. En la práctica, esta posibilidad puede ser muy interesante en los casos de transmisión a un hijo de un inmueble como vivienda habitual, con ocasión de su matrimonio, pues llegado el caso de su separación o divorcio, el cónyuge titular de la viudedad puede oponer a la asignación del uso de la vivienda al consorte de su hijo, su derecho viudal, especialmente si éste se encuentra ya en su fase de efectivo usufructo de viudedad. El juez que conozca de la separación o del divorcio tendrá que ponderar los intereses en juego, determinando lo que proceda en el uso de la vivienda.

También puede efectuarse la renuncia al derecho expectante sujeta a un plazo, tanto preventivo como preclusivo o claudicante.

En el primer caso, el derecho expectante sólo se considera renunciado cuando se cumpla el plazo previsto. Siguiendo con similar ejemplo, el cónyuge titular del expectante supedita su renuncia al mismo al día en que el hijo que adquiere el inmueble del otro consorte cumpla la edad de treinta años; con ello tratará de evitar una temprana enajenación del inmueble por parte del hijo adquirente.

En la renuncia supeditada a plazo preclusivo o claudicante el cónyuge titular del derecho expectante renuncia al mismo sólo por un tiempo determinado, transcurrido el cual, lo recupera. Por ejemplo, el cónyuge titular del expectante concede un plazo a su consorte para que, durante el mismo, enajene los bienes que desee; pero transcurrido dicho plazo, el renunciante recupera su derecho expectante sobre el resto de bienes de su cónyuge, los no enajenados, y tanto presentes como futuros.

Distintos son los efectos de la renuncia al derecho expectante de viudedad efectuada tras la enajenación de los bienes por parte de su propietario. Son supuestos en los que, por diferentes motivos, el cónyuge titular del expectante no ha renunciado al mismo, ni previa ni simultáneamente al acto de la enajenación. Aquí aparece un beneficiario principal que es el adquirente de tales bienes; con la renuncia se le libera de la carga que supone el derecho expectante -que puede llegar a convertirse en efectivo usufructo si fallece el transmitente de los bienes antes de la renuncia (art. 283 CDFA)-.

Pero también puede ser beneficiario de la renuncia el cónyuge que efectuó la venta de sus bienes sin contar entonces con la renuncia al derecho expectante de viudedad por parte de su consorte. Así podrá ocurrir, por ejemplo, en los casos en los que vendedor y comprador hayan pactado el aplazamiento de una parte del precio de la venta para el momento en el que se lleve a cabo la renuncia. O, incluso, se haya previsto una expresa resolución de la enajenación si, en un plazo determinado, no se efectúa dicha renuncia.

Precisamente, para supuestos como éste cabría pensar en la posibilidad de la renuncia al derecho expectante hecha bajo condición suspensiva, supeditando su eficacia al efectivo pago de la cantidad aplazada en la compra del bien sobre el que recae el derecho. O bajo condición resolutoria, dejando sin efecto la renuncia en el caso de que el precio no sea satisfecho en su totalidad dentro de un plazo determinado.

2. La renuncia al usufructo viudal

Cuando la viudedad pasa a su segunda fase, por haber fallecido uno de los cónyuges, a lo que se está renunciando entonces es a un derecho de usufructo, con las consecuencias que le son propias a cualquier derecho de usufructo, es decir, la consolidación del dominio en beneficio de quien ostenta la nuda propiedad sobre el inmueble.

El beneficiario aquí está claro: el nudo propietario que, con dicha renuncia, ve consolidado su pleno dominio sobre el bien de que se trate.

No veo obstáculo para que la renuncia al derecho de usufructo viudal pueda hacerse bajo condición, tanto suspensiva como resolutoria, y a plazo, suspensivo o claudicante.

Ejemplo de renuncia bajo condición suspensiva: formalizada la herencia de quien deja, a su fallecimiento, un cónyuge con derecho de usufructo foral y un hijo que deviene nudo propietario, entre los bienes hereditarios existe una vivienda que el hijo pretende utilizar como su domicilio habitual. Su progenitor supérstite formaliza la renuncia a su derecho de usufructo viudal sobre dicho inmueble, pero supeditada al hecho de que el nudo propietario contraiga matrimonio, momento en el que, de forma automática e irreversible, consolidará a su favor el pleno dominio de la vivienda.

Ejemplo de renuncia bajo condición resolutoria: en similares circunstancias hereditarias, el cónyuge sobreviviente con derecho de usufructo sobre la vivienda que pasa a ocupar el hijo, formaliza la renuncia a su derecho de usufructo, pero condicionada al hecho de que el nudo propietario llegue a adquirir, en el futuro, por sus propios medios, otra vivienda, en propiedad. Desde ese mismo momento, su progenitor recupera el derecho de usufructo al que en su día renunció.

Ejemplo de renuncia a plazo suspensivo: el cónyuge viudo, que ha adquirido, por fallecimiento de su consorte, el usufructo de viudedad sobre determinados bienes -de los que es nudo propietario un hijo común de ambos-, decide renunciar a su derecho de usufructo en beneficio de su hijo, pero, con la finalidad de salvaguardar el patrimonio hereditario y dada la corta edad del heredero, supedita la eficacia de su renuncia al momento en el que el nudo propietario alcance una determinada edad. Llegado ese momento, la renuncia se hace efectiva de forma irrevocable, y el nudo propietario consolida a su favor el pleno dominio de los bienes.

Ejemplo de renuncia a plazo claudicante: ese mismo cónyuge viudo, respecto de determinados bienes hereditarios rentables (valores mobiliarios, inmuebles en arrendamiento, fondos de inversión no acumulativos, etc.), sobre los que ha adquirido el usufructo viudal, renuncia al mismo pero sólo por un tiempo determinado, con la finalidad de que, durante el mismo, el nudo propietario pueda beneficiarse de tales rendimientos. Al concluir el plazo previsto, el viudo recupera su derecho de usufructo, para ser él, a partir de ese momento, el que perciba los frutos de los bienes.

MODOS DE EFECTUAR LA RENUNCIA AL DERECHO DE VIUEDAD

El CDFA admite diferentes modalidades a través de las cuales se puede renunciar al derecho de viudedad, con exigencias formales diferentes en cada caso.

1. Renuncia unilateral

Cualquiera de ambos cónyuges puede renunciar unilateralmente, tanto al derecho de viudedad en su conjunto, como al derecho expectante, en este caso reservándose el usufructo viudal para el supuesto de sobrevivir a su consorte (art. 274 CDFA).

Y aunque la ley no lo contemple expresamente, creo que también sería válida una renuncia al usufructo de viudedad, pero conservando el expectante. Esta posibilidad estaría justificada en la medida en la que el renunciante quisiera “controlar” las enajenaciones de su cónyuge, no tanto para garantizar su usufructo viudal (al que renuncia), cuanto para proteger otros intereses: por ejemplo, evitar una disminución de la futura herencia de sus descendientes comunes que las enajenaciones del progenitor propietario privativo de los bienes podría ocasionar; o impedir la disminución productiva del patrimonio del cónyuge propietario de los bienes, cuando estos constituyan el elemento esencial en los ingresos de la familia; etc.

Todas esas renunciaciones pueden hacerse referidas a todos los bienes del cónyuge del renunciante o sólo a algunos de ellos, ya existentes en el patrimonio de su titular o adquiridos en un momento posterior al acto de la renuncia.

En todos esos supuestos la renuncia debe constar en escritura pública (art. 274 CDFA). Así pues, las que lleguen a realizarse en documento privado o cualquier otro documento público que no sea la escritura notarial -por ejemplo, judicial- serán nulas de pleno derecho.

2. La renuncia por pacto

El CDFA prevé la posibilidad de que los cónyuges casados bajo régimen matrimonial sujeto en sus efectos al Derecho aragonés (cfr. art. 9.8 CC) regulen, mediante pacto, lo que les convenga en relación con su respectivo derecho de viudedad: excluirlo, limitarlo “o regularlo como libremente convengan”. Y no sólo con respecto al derecho expectante de viudedad, sino también con relación a la totalidad del derecho de viudedad en su doble fase de derecho expectante y de usufructo viudal. Y tanto con respecto a todos los bienes sobre los que la viudedad recae, cuanto con relación a solamente algunos de ellos. Un pacto que tanto puede afectar a ambos cónyuges, como sólo a uno de ellos (art. 272 CDFA).

Y repito lo antes dicho respecto de la renuncia unilateral: aunque el Código foral no lo prevea expresamente, creo que también es posible, para los cónyuges sujetos en los efectos de su matrimonio al Derecho aragonés, pactar acerca de la renuncia, total o parcial, de uno sólo de ellos o de ambos, a su respectivo derecho de usufructo viudal, de forma preventiva, es decir, para el supuesto de que el renunciante llegue a sobrevivir a su consorte. Renuncia, por tanto, al usufructo de viudedad, manteniendo el derecho expectante.

En cuanto a la forma, la renuncia al derecho expectante sólo puede formularse en un pacto contenido en escritura pública (art. 272.2 CDFA). Y si se celebra con anterioridad al matrimonio, necesariamente en capitulaciones matrimoniales (art. 272.1, *in fine*, CDFA).

Sin embargo, cuando el pacto de renuncia atañe al derecho de viudedad en su conjunto -creo que, lógicamente, también cuando se refiera sólo al usufructo viudal, manteniendo el expectante- su formulación tanto podrá hacerse en escritura pública, como en testamento mancomunado. Y éste, al no distinguir el legislador, podrá ser cualquiera de los que ley aragonesa admite: notarial, cerrado, incluso ológrafo (cfr. arts. 409, 410 y 411 CDAF).

LA REVOCACIÓN DE LA RENUNCIA A LA VIUEDAD

Si hemos de atender a los criterios generales aceptados en materia de renuncia de derechos, antes expuestos, para que la renuncia al derecho de viudedad pueda llevarse a cabo habrá que distinguir los diferentes medios a través de los cuales dicha renuncia se haya formulado.

1. Renuncia unilateral a la viudedad.

El derecho de viudedad aragonés, en su doble fase de derecho expectante y de usufructo viudal, es un derecho subjetivo que nace en el instante mismo de la celebración del matrimonio de quienes lo contraen sujetos al Derecho foral aragonés. Sin matrimonio no puede haber viudedad -la ley no lo contempla para las parejas de hecho no casadas-. Y deja de haber matrimonio desde el momento en que uno de los cónyuges fallece.

Por ello, en principio, la renuncia al derecho de viudedad en su conjunto beneficia al cónyuge propietario de los bienes sujetos al derecho. Pero de una forma indirecta puede beneficiar también al tercero que pretende adquirir determinados bienes sobre los que recae la viudedad.

Por ello, la posibilidad de su revocación dependerá, según los criterios expuestos al comienzo de este trabajo, de que la renuncia no perjudique los legítimos intereses del beneficiario de la misma. Esa revocación, en cuanto supone un actuar contra los -“actos propios”, sólo será posible en tanto ese beneficiario no tenga conocimiento formal de la renuncia; pues, desde que la conoce, la revocación infringe la “situación objetiva de fiducia” creada merced a la renuncia misma.

Los métodos a través de los cuales puede el interesado llegar a tener conocimiento efectivo de la renuncia a la viudedad pueden ser muy variados: desde una notificación formal hecha por el propio renunciante, hasta por el hecho de obrar en poder del beneficiario la escritura pública en la que se ha formalizado la renuncia.

Renuncia unilateral a sólo el derecho expectante (conservando el usufructo viudal).

Esta renuncia beneficia, en primer término, al cónyuge propietario de los bienes cuando la misma se formula con carácter previo a la enajenación que de los mismos se propone aquél realizar, pues le libera de la carga que el expectante representa.

El beneficiario directo de la renuncia será el adquirente de tales bienes cuando el cónyuge titular del derecho expectante no ha comparecido en el acto de la enajenación para renunciar, ni ha efectuado la renuncia con anterioridad, llevando a cabo la formalización de la renuncia con posterioridad a dicho acto. Aunque, como antes señalaba para el supuesto de la renuncia a la viudedad en su conjunto, en este caso también puede ser beneficiario, aunque indirecto, de la renuncia el propio cónyuge que transmitió sus bienes si entre transmitente y adquirente se pactó algún tipo de “sanción” para aquél si la renuncia no se llegaba a efectuar en un plazo determinado (por ejemplo, aplazamiento de todo o parte del precio estipulado, resolución del contrato, etc.).

La fórmula habitual en la que el cónyuge del enajenante renuncia en el propio acto de la enajenación del bien o bienes de que se trate es absolutamente irrevocable, en la medida en que la revocación lesionaría gravemente los derechos de un tercero, el adquirente de los bienes.

Y lo mismo cabe decir de la renuncia efectuada con posterioridad a la enajenación.

Respecto de la formalizada con anterioridad, cabe repetir lo mismo antes dicho para la renuncia a la viudedad en general: su revocación dependerá del conocimiento que de la renuncia tenga quien haya de beneficiarse de ella.

En la práctica puede plantearse algún problema cuando la renuncia al derecho expectante de viudedad se hace mediante la fórmula de un apoderamiento. Es una práctica muy habitual en determinadas notarías aragonesas. Mediante ella el cónyuge titular del derecho expectante apodera a su consorte para que, en cada acto de enajenación que haga éste de sus propios bienes, pueda hacer constar la expresa renuncia al derecho expectante de su consorte poderdante. En estos casos, el problema puede surgir si el cónyuge renunciante revoca el apoderamiento: ¿se entenderá revocada también la renuncia al derecho expectante? Y ello, supuesto que ese poder fuera ya conocido por el cónyuge titular de los bienes, bien porque se le ha notificado, bien porque tiene una copia del mismo (que es el caso más habitual).

Porque de no ser así, mientras el titular de los bienes no conozca la voluntad de renunciar al derecho expectante de su consorte, éste podrá revocar el apoderamiento y, con él, su renuncia anticipada.

Como digo, el problema puede aparecer cuando el cónyuge propietario de los bienes, que ya conoce el apoderamiento formulado por su consorte, tiene también noticia fehaciente de su revocación.

La solución a esta cuestión creo que ha de buscarse a partir de la naturaleza jurídica de esa especial renuncia al expectante, la que se hace a través de un mandato representativo. Éste es un contrato esencialmente revocable (cfr. art. 1732 CC) y, en mi opinión, esa característica impregna el negocio en su totalidad. Es decir, que si se revoca el apoderamiento, con él se revoca también su contenido, o sea, la renuncia al derecho expectante formulada a través del mismo. Precisamente, la fórmula del apoderamiento es un plus añadido a la renuncia en sí, que también podría haberse formulado sin el manto del mandato representativo, y en ese caso, como antes explicaba, no sería revocable si el beneficiario de la renuncia ya tenía conocimiento de ésta. Quien hace uso de un poder -y salvo que en él se haya establecido su irrevocabilidad- sabe de antemano que el mismo puede ser revocado. Por tanto, su revocación no debe entenderse que le perjudica, ni su confianza se ve defraudada por ello.

Pero un problema añadido a todo ello puede provenir del hecho de que, pese a la revocación del poder, el cónyuge propietario de los bienes -sabedor o no de esa revocación- enajena tales bienes a un tercero de buena fe que ignora la revocación.

Creo que la solución ha de venir de la protección que en Derecho ha de concederse a la buena fe, unido a la apariencia de legitimidad que confiere la escritura de apoderamiento, todo lo cual debe conducir a declarar plenamente eficaz la enajenación realizada por el propietario de los bienes, sin perjuicio de la responsabilidad en que el mismo haya podido incurrir frente a su cónyuge, si éste le había hecho saber la revocación de la renuncia al derecho expectante de viudedad.

Esta solución tiene un fundamento similar al que establece el art. 16.2, segundo, CC, conforme al cual “el derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente”. Aquí se protege la buena fe del adquirente que desconoce la existencia del derecho expectante de viudedad del cónyuge de quien le transmite bienes. En el supuesto del apoderamiento revocado, se protege al adquirente de buena fe que, aunque conozca la existencia de ese derecho, confía en la “apariencia formal” de su renuncia que la escritura de poder representa.

Renuncia unilateral al usufructo viudal

El cónyuge titular del usufructo de viudedad -adquirido tras el fallecimiento de su consorte- puede renunciar al mismo en cualquier momento.

En este caso, su renuncia favorece a los titulares de la nuda propiedad, que tanto pueden ser los herederos o legatarios del cónyuge premuerto, como quien adquirió de éste, en vida, determinados bienes sin la consiguiente renuncia al derecho expectante de viudedad por parte de su titular (caso de ser necesaria), o sea, el actual cónyuge supérstite.

Y, de forma similar a lo dicho para la renuncia unilateral al derecho expectante, la que se haga del usufructo viudal será absolutamente irrevocable desde el momento en el que la misma sea conocida por el nudo propietario al que le afecte.

En la práctica, lo habitual es que tal renuncia se formule en la escritura de aceptación de herencia cuando el cónyuge sobreviviente, que la otorga en unión de los herederos y/o legatarios del causante, renuncia expresamente, total o parcialmente, al derecho de viudedad que le corresponde sobre los bienes de su difunto consorte. En ese momento, la renuncia ya es irrevocable y los herederos o legatarios de los bienes sobre los que recaía el usufructo viudal adquieren el pleno dominio de los mismos.

Aunque menos habitual, también cabe la renuncia al usufructo de viudedad en escritura distinta de la de herencia, anterior o posterior a ésta. Dicha renuncia devendrá irrevocable desde el momento en el que los nudo propietarios -sean herederos o legatarios o adquirentes de los bienes en vida del cónyuge premuerto- tengan conocimiento de la misma. Uno de los métodos para acceder a dicho conocimiento puede ser la presentación de la escritura de renuncia en el registro de la propiedad donde se hallen inscritos los bienes a los que afecta el usufructo viudal; y ello, *per se*, sin necesidad de que al mismo hayan tenido acceso los nudo propietarios de los bienes, dado el carácter público que caracteriza a esos registros.

Revocación de la renuncia pactada

El CDFA, en su art. 272, como antes explicaba, admite que los cónyuges puedan pactar la renuncia al derecho de viudedad, con el alcance objetivo y subjetivo que quieran darle, mediante pacto formalizado en escritura pública -que habrá de ser de capitulaciones matrimoniales cuando se efectúe antes de la celebración del matrimonio- o en testamento mancomunado. Y éste en cualquiera de sus variantes legales: notarial, consular, cerrado, incluso ológrafo, siempre que cumplan las exigencias que para ellos establece la ley foral (arts. 410 y 411 CDFA).

No obstante, no toda renuncia a la viudedad formulada en capitulaciones matrimoniales o en testamento mancomunado tiene que tener necesariamente la calificación jurídica de pacto. Por virtud del principio de autonomía de la voluntad (*standum est chartae*) que preside la mayor parte de las instituciones civiles aragonesas, los cónyuges que otorgan tales documentos (o cualquiera otro mancomunado) pueden expresar su voluntad de que la renuncia a la viudedad que formulan en ellos no tenga carácter paccionado; o lo que es lo mismo, la renuncia de uno de los consortes no tenga relación de reciprocidad con la que formula el otro. Ello, lógicamente, hará que cada una de las renunciaciones deba ser considerada como un acto unilateral, con las consecuencias que conllevará su posible revocación. Sin embargo, también es cierto que el otorgamiento de un documento mancomunado genera la apariencia de la existencia de un pacto entre los cónyuges; de ahí que, cuando éstos quieran eliminar ese carácter pactado de la renuncia, deberán expresarlo formalmente.

Cuando la renuncia a la viudedad se efectúa mediante pacto, a la hora de considerar la posible revocación de la misma, será necesario analizar la cuestión desde la óptica de la contractualidad que todo pacto conlleva.

No hay norma alguna específica en el CDFA que contemple una mínima regulación de la revocación del pacto de renuncia a la viudedad. Por ello, en aplicación del art. 1 del Código aragonés, será preciso acudir, como fuente supletoria de la norma positiva, a los principios generales que inspiran el Derecho civil de Aragón. Los criterios legislativos más próximos a la materia en estudio pueden

hallarse, probablemente, en los arts. 400 y 401 CDFA, relativos a la revocación de los pactos sucesorios (aún teniendo en cuenta que el derecho de viudedad aragonés no tiene el carácter de derecho sucesorio, sino de derecho de familia).

Y al respecto, la regla general es que “las estipulaciones contractuales pueden modificarse o revocarse mediante pacto...celebrado por las mismas personas o sus herederos” (art. 400.1). También mediante testamento mancomunado otorgado por ambos cónyuges (art. 400.2).

Así pues, dos primeras ideas quedan claras, deducidas de dichos preceptos: una, que los cónyuges que celebraron el pacto de renuncia -otorgado necesariamente en escritura pública- pueden revocarlo, total o parcialmente, como tengan por conveniente, en cualquier momento; y dos, que dicha revocación pueden hacerla mediante testamento mancomunado, aunque éste no sea el abierto notarial (cerrado u ológrafo mancomunados).

Por tanto, ambos cónyuges, que pactaron en su día la renuncia a su respectivo derecho de viudedad, pueden ponerse de acuerdo para modificar aquel pacto en los términos que consideren conveniente, revocando aquella renuncia, total o parcialmente, por parte de ambos cónyuges o sólo por uno de ellos.

De la aplicación supletoria de la citada norma foral surge una interesante cuestión: la posibilidad que tiene el cónyuge viudo aragonés de recuperar el derecho de viudedad que, en vida de su consorte premuerto y de acuerdo con éste, renunció por pacto, siempre que estén de acuerdo los herederos del premuerto. Si ello es posible respecto del pacto sucesorio convenido en vida de ambos cónyuges, también puede serlo respecto de la renuncia pactada al derecho de viudedad (aunque éste, desde luego, insisto, no pueda considerarse como un derecho sucesorio).

En ese caso lo que se produce es un fenómeno de “subrogación jurídica subjetiva”, por virtud de la cual los herederos del cónyuge premuerto, al aceptar su herencia, adquieren la misma posición jurídica que su causante tenía, tanto en lo personal como en lo patrimonial; y como consecuencia de ello, pueden pactar sobre la viudedad con el cónyuge viudo como hubiera podido hacerlo el premuerto, en vida de ambos, por ejemplo, admitiendo la “reactivación” de la eficacia del derecho de viudedad renunciado. Una reactivación que ahora, lógicamente, afectará sólo al derecho en su segunda fase, es decir, al usufructo viudal.

NATURALEZA DEL DERECHO DE VIUEDAD RECUPERADO

Cualquiera que sea la forma y el modo utilizados para la renuncia al derecho de viudedad, ya sea en su totalidad o parcialmente, ya se trate sólo del derecho expectante, sólo del usufructo viudal o del derecho de viudedad en su conjunto, su recuperación no da lugar al nacimiento de un derecho nuevo, sino que se trata más bien de la “reactivación” de un derecho que, por consecuencia de su renun-

cia, había quedado como “en suspenso” en lo concerniente a su efectividad; y ésta renace con la revocación de la renuncia cuando la misma es posible, o sea, cuando es válida y eficaz. De ahí que sea más preciso hablar de “recuperación” y no de “readquisición”.

Se produce entonces un fenómeno jurídico similar al que tiene lugar en el supuesto previsto en el art. 276.2 del Código del Derecho Foral de Aragón: el derecho de viudedad “*se extingue* también por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad”; pero el derecho “*nace de nuevo* cuando el proceso matrimonial finaliza en vida de ambos cónyuges sin sentencia firme estimatoria, se reconcilian los cónyuges separados, o así lo pactan éstos”.

Yo creo que la renuncia lo que produce no es, como dice la ley para los casos de separación matrimonial, una “extinción” del derecho, y su recuperación un “renacer” del mismo, sino una suerte de “inactividad” del derecho provocada por un acto de voluntad expreso por parte de su titular. Tras la renuncia o la separación conyugal, el derecho sigue existiendo, en la misma medida en que existe o subsiste el matrimonio que es su causa determinante. Creo que la renuncia lo es, más que al derecho propiamente dicho, a su eficacia. La renuncia a la viudedad determina una paralización de los efectos connaturales al derecho, y éste puede reactivarse si el cónyuge titular revoca válidamente su renuncia.

Por ello, según creo, en los casos de revocación de la renuncia no existe el nacimiento de un derecho *ex novo*, ni siquiera cuando son los herederos del cónyuge premuerto los que, según antes explicaba, consienten en la recuperación de la viudedad por parte del cónyuge supérstite -ahora, lógicamente, sólo en su fase de usufructo viudal-.

Y ello ha de ser necesariamente así porque el derecho de viudedad aragonés tiene su exclusivo origen en el matrimonio. Sólo éste puede ser la causa esencial y única del nacimiento del derecho. Cuando los cónyuges separados se reconcilian lo hacen sobre la base de un matrimonio que sigue existiendo, no se ha disuelto; y mucho menos si el proceso de separación, nulidad o divorcio termina en vida de los cónyuges sin sentencia estimatoria. En ninguno de esos supuestos existe un nuevo matrimonio que pudiera dar lugar al nacimiento de un nuevo derecho de viudedad. Éste sigue existiendo, sólo que con su eficacia suspendida. Y cuando tiene lugar alguno de los supuestos que cita el Código, lo que hay es una “reactivación” del derecho; para los cónyuges, una “recuperación” del mismo.

Esta concepción de la “recuperación” del derecho de viudedad tiene particular importancia tanto desde el punto de vista sustantivo como fiscal.

Si el derecho recuperado fuera un derecho nuevo, su naturaleza no sería la de un derecho de viudedad propiamente dicho, sino la de un derecho de usufructo ordinario, con la consiguiente pérdida de las especiales atribuciones que la viudedad tiene: inalienabilidad e inembargabilidad, principalmente.

Y desde el punto de vista fiscal, y de forma especial cuando la recuperación de la viudedad se produce con el consentimiento de los herederos del cónyuge premuerto, en fase de usufructo viudal, admitiendo éstos la revocación del pacto de renuncia que, en vida, formalizaron los cónyuges (normalmente, sus padres), al no haber una adquisición *ex novo* de un derecho de usufructo, tampoco hay una transmisión del mismo, por lo que el acto de recuperación no podrá ser objeto de imposición fiscal alguna (es un supuesto similar al de recobro de bienes donados a un hijo o hermano cuando éste fallece sin descendencia y sin disposición sucesoria alguna; cfr. Arts. 524 y 525 CDFA).

Lo que sí sucede en todos los casos de “suspensión de la eficacia” del derecho de viudedad renunciado es que, mientras no se recupera por la válida revocación de la renuncia, los actos de disposición realizados entretanto por el cónyuge propietario de los bienes (lógicamente, sin contar con la renuncia del derecho de viudedad de su consorte) son válidos y plenamente eficaces, sin que el adquirente de los mismos pueda verse perjudicado por causa del derecho de viudedad renunciado. Si el derecho se reactiva a favor del cónyuge que lo renunció, el mismo recaerá exclusivamente sobre los bienes que aun obren en propiedad de su consorte y sobre los que éste adquiera en el futuro.

Pues, como decía al principio, en virtud de la doctrina de los “actos propios”, no cabe la revocación de la renuncia a un derecho cuando con ello se vulnera el interés legítimo de un tercero, nacido de una situación objetiva de fiducia, creada merced a la renuncia misma. Si el tercero adquirente ha confiado (por la documentación que se le haya aportado) en que el titular de los bienes que adquiere puede enajenarlos sin contar con su cónyuge a efectos del derecho de viudedad, la posible “reactivación” de éste no podrá afectar a su adquisición, que será plenamente eficaz.

**COMUNICACIONES
AL X CONGRESO DE ACADEMIAS
JURÍDICAS DE IBEROAMÉRICA**

**¿UN PRECEDENTE HISTÓRICO
DEL RECONOCIMIENTO UNIVERSAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS?:
LA CARTA DE AUTORIDAD Y CONFIRMACIÓN
DEL REY DE ARAGÓN, SANCHO RAMÍREZ,
OTORGADA EN 1063**

Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzat

Profesora Titular de Historia del Derecho en la Universidad de Zaragoza.
Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
Académica de Número

Madrid, 22, 23 y 24 de noviembre de 2018

**1.- ¿UN PRECEDENTE HISTÓRICO DEL RECONOCIMIENTO
UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS?**

Mi propósito al acudir a este X Congreso de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, es presentar, un documento, que bien podría ser considerado, un precedente histórico de los Derechos Humanos, tal como fueron recogidos en la Declaración Universal de 1948, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre del citado año, en París, Declaración en la que se recogen un conjunto de principios y normas en garantía de la persona frente a los poderes públicos, derechos humanos considerados básicos, a partir de la Carta de San Francisco de 26 de junio de 1945.

En febrero de 2015, los ingleses celebraron el 800 aniversario de la “Carta Magna de las libertades” otorgada por Juan I, conocido como Juan “Sin Tierra”, con el objetivo de reivindicar los valores recogidos en la citada Carta como fundamento del “rule of law” -del imperio de la ley-.

El Presidente del Comité del 800 Aniversario de la Carta Magna Robert Worcester, señaló que “el documento aun es relevante”, si bien lo limitó a los regímenes autoritarios.

La conmemoración del referido aniversario es el motivo y la razón de dar a conocer un documento, cuya fecha de otorgamiento resulta ser anterior a la Carta Magna inglesa de 15 de junio de 1215, y por cuyo contenido podría ser, considerado un precedente histórico en la regulación de los Derechos humanos, recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

La “Carta Magna de las Libertades” otorgada por el rey Juan I de Inglaterra en 1215, “ha sido emparentada con mérito con los Fueros aragoneses en el escenario de las monarquías medievales y tiene el valor reconocido de consagrar un límite preciso al poder absolutista en favor de los ciudadanos...”¹.

2.- ORIGEN, CONTENIDO Y VALOR DE LA “CARTA DE AUTORIDAD Y CONFIRMACIÓN” DEL REY DE ARAGÓN SANCHO RAMÍREZ, DE 1063

La “Carta de autoridad y confirmación” otorgada en 1063 por el rey de Aragón Sancho Ramírez, conocida como Fuero de Jaca, contiene 25 disposiciones referentes a privilegios y exenciones, en connivencia con libertades, prácticas, gracias o consuetudines, donde se suprimen unos fueros calificados de “malos” y se conceden otros, llamados “buenos” otorgados bien a iniciativa real o a petición “de los hombres de Jaca”, comprensiva de derechos y libertades políticas, personales, jurídicas, económicas o religiosas, con el objetivo de que la capital del Reino de Aragón, resida en una ciudad que “esté bien poblada”.

En sus sucesivas ampliaciones realizadas en los dos siglos siguientes, la ciudad de Jaca, se nutre con nuevos fueros, donde son de destacar la consolidación y el reconocimiento de valores tales como la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia o la justicia.

Valores, que todos ellos coadyuban en el empeño de alcanzar una convivencia en paz, dentro del marco de la legalidad.

Deteniéndonos en las libertades jaquesas medievales, son dignas de destacar las de carácter individual y colectivo, entre las que se encuentran las siguientes:

Libertad de circulación de gentes, Libertad de circulación de mercaderías,

Libertad de circulación de monedas, sean libras, sueldos, dineros, mancusos o morabetinos,

Libertad de lenguas: las romances aragonesas, sobrarbenses, ribargozanas, pamplonesas, la d’Oc, o el latín eclesiástico.

¹ José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional. Aranzadi, 1992, p. 46.

Libertad de cultos y creencias de cristianos, musulmanes o judíos. Libertad de testar.

Libertades tendentes a favorecer el asentamiento de una población permanente, a las que hay que añadir,

Libertad de pastos,

Libertad de molienda, si bien con una concreta exclusión respecto de los judíos y de todos aquellos que se dedican a la venta de pan.

Libertad de adquisición de inmuebles por la posesión de año y día, lo que conlleva, favorecer la propiedad privada.

Libertad al preso que pague la fianza impuesta.

Además, el ordenamiento jurídico jaqués: Castiga el allanamiento de morada, Protege a la mujer,

Protege a la ganadería en general y a la trashumante en particular, Permite el libre aprovechamiento de bosques y aguas,

Limita el duelo judicial, o

Limita el servicio al rey.

Libertades jaquesas, que de tal forma protegen a las personas, individual o colectivamente, que es de ver, como algunas merecerían tener hoy, alcance constitucional.

3.- PARALELISMO Y DIFERENCIAS DE LA “CARTA DE LAS LIBERTADES” DEL REY INGLÉS JUAN I “SIN TIERRA” DE 1215, CON LA CARTA DEL REY ARAGONÉS SANCHO RAMÍREZ DE 1063

Por la exposición realizada, he considerado oportuno relacionar, la “Carta inglesa de las Libertades” de 1215 de Juan “Sin Tierra” pese a sus rasgos feudales, a haber sido impuesta al rey, por la turbulenta y procelosa nobleza laica y eclesiástica, que le había negado su fidelidad, frente a la “Carta de autoridad y confirmación” del rey de Aragón, Sancho Ramírez, que con el carácter de pacto, entre el monarca y “los hombres de Jaca”, es otorgada siglo y medio antes².

En las características de la Carta inglesa, son de destacar, como señalara Jiménez de Parga, que en el documento “hay que distinguir lo que literalmente

² Según los Historiadores del Derecho: 152 años tomando como cierta la fecha de 1063, o según los Historiadores de Historia General 138 años antes tomando como fecha de otorgamiento del Fuero la de 1077. La duda se suscita por faltar un dígito en el documento original. Y por considerar que la expresión “rey de los pamploneses” se halla interpolada. Dado que Sancho Ramírez, fue rey de los pamploneses en 1076.

en él se dice y lo que las generaciones posteriores han interpretado que en él se decía”, por cuanto que “da unas soluciones precisas” a determinados problemas, no contiene por tanto una declaración abstracta de derechos. Y cuando se refiere al hombre libre, “homo liber”, es únicamente al barón. Siendo de significar que cuando las libertades inglesas corren peligro se recurre a la Carta. Max Redin opina que fue el juez Coke (1552-1643) el que la transformó en el símbolo de la lucha contra el poder arbitrario.

A mayor abundamiento, parece oportuno recordar, que en nombre de la Carta inglesa de 1215, declararon su independencia en septiembre de 1783 con la firma del Tratado de París, las 13 Colonias británicas sitas en la costa

Este de América del Norte, y al evocar la Carta medieval, se busca una comunidad espiritual con los ingleses. Por lo que se acaba convirtiendo en un mito³.

Tras estas breves reflexiones, considero que la “Carta de autoridad y confirmación”, otorgada a la capital del Reino de Aragón, con sede en Jaca, en 1063 por Sancho Ramírez, al ser anterior a la “Carta inglesa de las libertades” de Juan Sin Tierra de 1215, merece ser considerada aquella, y no ésta, el precedente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita en París en 1948.

Siendo de destacar que un análisis del término “confirmación”, nos indica que procede del verbo latino *confirmo*, con el significado de asegurar, consolidar o fortalecer (VOX) y significa también: ratificar, aprobar o legalizar. (Casares). Se trata por lo tanto de la existencia de un Derecho anterior a 1063 que ahora merced a la “auctoritas” del monarca es puesto en valor.

4.- ORIGEN, CONTENIDO Y VALOR DE LA DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE 1948

Características de la Declaración:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 es un documento al que cabe calificar de declarativo y orientativo, sobre derechos políticos, personales y jurídicos, económicos y religiosos, adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de Diciembre de 1948 en París. Y aprobada por los 58 Estados miembros de la Asamblea General de la ONU.

El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye una importante fuente interpretativa y síntesis de la Declaración. Contiene 7 Considerandos.

³ M. Jiménez de Parga. Los regímenes políticos contemporáneos. Editorial Tecnos, S.A. Tercera edición. Madrid, 1965, págs.279, 293 y 294.

Comienza diciendo: *“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”*.

Considera que los seres humanos liberados del temor y de la miseria deben disfrutar de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

Considera esencial que los Derechos Humanos deben ser protegidos por un régimen de Derecho.

Considera que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad, en el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social, y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Por lo que recogiendo este espíritu la Asamblea General en su artículo 1º proclama que *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

El art. 2º indica que *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza color; sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole”*.

Los arts. 3º al 11º recogen también derechos de carácter personal, donde tienen cabida el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, prohibiendo todo tipo de esclavitud o servidumbre. Así mismo, protege la presunción de inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley.

Los arts. 12 al 16 recogen derechos de la persona en relación con la comunidad. Tales como la injerencia arbitraria en su vida privada, la libertad de circulación, elegir la residencia en el territorio de un Estado o buscar asilo. Salir y regresar al país propio.

El art. 17, Declara el derecho a la propiedad individual y colectivamente, y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Los arts. 18 a 21 recogen derechos sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; así como libertades políticas.

Los arts. 22 al 27 recogen derechos económicos, sociales y culturales. En referencia al derecho a un nivel de vida adecuado, tendente a asegurar, la libre elección del trabajo, la vivienda, la familia, la salud o la educación.

Los arts. 28 al 30 recogen las condiciones y los límites en los que los derechos humanos proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos, solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley.

Derechos y libertades que tienen su reflejo en el Fuero de Jaca, si bien en la época medieval es muy prematura poder designar el conjunto de derechos y libertades de que disfrutaban los habitantes de la ciudad, con el nombre de Derechos Humanos, porque el proceso de su reconocimiento por las Naciones será muy lento, pero sin duda el germen se encuentra en el articulado del Fuero.

Donde es prioritaria la seguridad jurídica de sus habitantes, los cuales se encuentran protegidos materialmente por la obligatoriedad del “cerramiento” de sus viviendas, cada cual, según sus posibilidades, según se dispone en la Carta de Sancho Ramírez, y más adelante por la construcción de la muralla.

5.- PARALELISMO DE LA CARTA DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE 1948 Y LA “CARTA DE AUTORIDAD Y CONFIRMACIÓN” DEL REINO DE ARAGÓN DE 1063

La “Carta de autoridad y confirmación” o Fuero de Jaca de Sancho Ramírez, otorgado en 1063, al que se suman sus sucesivas ampliaciones y mejoramientos suscitados en los dos siglos siguientes, y la Carta de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, presentan unos puntos de conexión sobre los derechos de carácter individual y colectivo, que merecen ser destacados por su paralelismo.

La Declaración Universal, recoge los siguientes derechos:

Los art. 2º, párrafo 1º y 18 proclaman los derechos y libertades sin distinción de idioma, o de cultos, al indicar que *“Toda persona tiene derecho a la libertad de religión o de creencias, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”*, donde incluso los términos utilizados son coincidentes con el ordenamiento jurídico aragonés, en concreto los de “práctica”, “y “observancia”.

El art. 3º de la Declaración indica que: *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*.

Las libertades de pastos y de molienda, en el sentido recogido en el art. 7º, donde se recoge el principio de que *“Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley”*.

Permite en su art. 12º la Libertad de testar en el sentido de *“injerencia arbitraria en la vida privada”*.

La libertad de utilización y circulación de moneda.

El art. 13º en sus párrafos 1º y 2º recoge el derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

Favorece la propiedad privada, al decir en su art. 17, 1º que *“Toda persona tiene derecho de propiedad, individual y colectivamente”*. Aumentando la seguridad jurídica cuando en su apartado 2º añade que *“Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”*.

Y como queda referenciado supra el Fuero Jaqués castiga el allanamiento de morada. Protege a la mujer, protege a la ganadería en general y a la trashumante en particular, permite el libre aprovechamiento de bosques, limita el duelo judicial y el servicio al rey.

EPÍLOGO

Concluyo señalando que merced a los principios de legalidad y seguridad jurídica recogidos en la “Carta de autoridad y confirmación” o Fuero de Jaca, otorgado por Sancho Ramírez en 1063, constituye, sin duda, un precedente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, mediante el cual se pretendió alcanzar una convivencia en paz, dentro del marco de la legalidad.

Como lo demuestra el ramillete de libertades jaquesas medievales pertenecientes al orden del Derecho privado referenciados, que convirtieron a la ciudad Real de Jaca en los siglos XI, XII y primera mitad del XIII en una ciudad refugio.

ANEXO: BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

El historiador del Derecho aragonés, Manuel Lasala y Ximénez de Bailo (1803-1874) en su obra titulada: *Reseña histórico-política el antiguo Reino de Aragón*, publicada en Zaragoza en 1865, y en su Apartado dedicado “A mis lectores”, (pág. 5) dice lo siguiente:

“...Conviene recordar los grandes merecimientos de nuestro antiguo Reino, sino con relación a las armas (porque en esto bástale su propio nombre), si respecto de la sabiduría de sus instituciones y el amor de sus libertades, en que tampoco ha conocido rival ninguno, ni antes, ni después de la Edad Media, pudiendo hoy mismo servir de enseñanza a los pueblos que en más se estiman por sus progresos en el desarrollo de sus franquezas populares”.

Y rinde culto y admiración a nuestros mayores cuando dice: “...que el Reino de Aragón ni podía ni debía existir sin su Libertad”.

En el mismo sentido, los también juristas e historiadores del Derecho, Joaquín Costa (1846-1911) y Salvador Minguijón (1847-1959), nos dicen que “Aragón se distingue por su Derecho”, que “Aragón se define por su Derecho”.

Y José Antonio Escudero indica que “Sancho Ramírez facilita un Derecho igualitario y en un clima de libertad, Jaca queda constituida en Ciudad”⁴.

⁴ J.A. Escudero. *Manual de Historia del Derecho*. Madrid, 1985. 1ª edición. P. 476.

Y he aquí un exponente del merecimiento de ese calificativo, de ese reconocimiento.

El argumento, es el siguiente:

Tras el óbito del emperador de los pamploneses Sancho III Garcés, apodado “El Mayor”, tiene lugar el nacimiento del Reino de Aragón, con carácter independiente del de los pamploneses, hecho que se produce en la primera mitad del siglo XI, en concreto en 1035, al heredar su hijo natural el infante don Ramiro unos territorios regados por las aguas de los dos ríos que le dan nombre: el Aragón propiamente dicho y el Aragón Subordán.

Con este motivo se manifiesta a la vida del Derecho un ordenamiento jurídico escrito, que se reconoce fiel a la tradición de los antepasados.

Ramiro I y Sancho I, -conocido por la historiografía como Sancho Ramírez-, respectivamente hijo y nieto del emperador de los pamploneses, serán los artífices de un ordenamiento jurídico que convertirá el antiguo castro romano y villa de Jaca en ciudad y en la capital del nuevo Reino, elegido por ser “el lugar más adecuado dentro de su territorio”.

Esta acertada iniciativa real se consolidó apoyada en dos pilares fundamentales: las alianzas matrimoniales de los primeros monarcas aragoneses⁵ con la dinastía franca de los Capeto (987-1316) e inglesa de los Plantagenet, (1154-1399), y principalmente con el decidido apoyo del pontificado⁶.

La creación de la ciudad de Jaca, se consolida, así mismo, por ser la sede no solo de la residencia real, sino también la sede episcopal de Aragón, que será el motivo y la razón de comenzar la construcción, entre los años 1040-

1042 de una catedral, primera de estilo románico, erigida en territorio hispano.

El ordenamiento jurídico que recibe la ciudad en 1063, es el resultado de un pacto, realizado bajo la inspiración de Ramiro I y concluido, entre su hijo Sancho Ramírez y los hombres de Jaca, en virtud del cual, ambas partes pretenden conseguir una convivencia en paz, impulsando un proyecto de vida en común merced al principio de legalidad.

Para lograr este objetivo el monarca Sancho Ramírez de los aragoneses, otorga una Carta a la que denomina “de confirmación y autoridad” que contiene 25

⁵ A la que se suma la Casa real de los pamploneses, en 1067 y así permanecerá hasta su separación definitiva que tendrá lugar en 1135, tras el fallecimiento de Alfonso I “el Batallador” y como consecuencia de las discrepancias surgidas, entre aragoneses y pamploneses, por las disposiciones contenidas en su testamento.

⁶ Destacando las actividades de Benedicto IX (1032-11034); Nicolás II (1061-1073); Alejandro II (1073-1085); Gregorio VII (1086-1087) y Urbano II (1088-1099).

privilegios y exenciones a los que la historiografía conoce con el nombre genérico de Fueros, en la cual señala el propio monarca, que suprime unos fueros a los que califica de “malos” sin duda en el sentido de gravosos, y otros a los que califica de “buenos” otorgamiento que realiza, no a iniciativa propia, sino a petición de los hombres de Jaca, de ahí la consideración de pacto que debe darse a este documento. Hombres que pese a estar asentados en territorio de realengo tienen la consideración de hombres libres.

Estos originarios 25 Fueros, fueron ampliándose en los dos siglos siguientes, con elementos jurídicos muy variados, con origen en consuetudines, franquezas o franquicias, gracias, prácticas, libertades o iudicias.

Como consecuencia de las sucesivas confirmaciones, realizadas por Ramiro II en 1135, Alfonso II en 1187, Pedro II en 1197 y en 1208 y Jaime I “el Conquistador” en 1225, lo fueron con la condición, indica el monarca, de que “la ciudad se mantenga en la fidelidad y lealtad al rey”.

El ordenamiento jurídico jaqués constituye la base del Derecho aragonés; pese a la extraordinaria difusión y expansión que obtuvo, en más de cuarenta ciudades y villas, mantuvo su carácter local, alcanzando carácter territorial con la promulgación en 1247 de la *Compilación de los Fueros y Observancias de Aragón*, la cual recoge casi en su totalidad el Fuero de Jaca y sus sucesivas confirmaciones, hasta tal punto que de los 313 preceptos que llegó a tener el Fuero extenso, 262 pertenecen al ordenamiento jurídico jaqués, por lo que únicamente 51 son fueros nuevos.

Compilación que fue elaborada bajo la autoridad de Jaime I y el saber jurídico del obispo de Jaca-Huesca don Vidal de Canellas, saberes jurídicos en “uno y otro Derecho” (utroque ius) adquiridos como estudiante en la universidad de Bolonia.

Nueve años antes, en 1238, el prestigio alcanzado por el Concejo municipal jaqués, es tal, que por delegación del monarca Jaime I, redacta unas Ordenanzas para el Buen gobierno de la ciudad, en cuyo articulado crea el Concejo de Ciento, que debido al acierto de sus disposiciones es imitado más tarde, en 1249, por el Condado de Barcelona, en base al cual crea la estructura de su gobierno municipal⁷.

⁷ ROSA MARÍA BANDRÉS Y SÁNCHEZ-CRUZAT. *El Derecho Foral de Jaca en los siglos XI, XII y XIII*. Colección *El Justicia de Aragón*, N° 59. Zaragoza, 2018.

LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS A LOS SETENTA AÑOS DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL

Dr. Antonio Blanc Altemir

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.
Universidad de Lleida (España). Académico de Número de la Academia
Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Académico Correspondiente
de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

I.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Con ocasión de la reciente celebración del setenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, nos planteamos reflexionar sobre uno de los temas que siempre han estado presentes en torno a la cuestión de la protección de los derechos humanos, como es el relativo al de su universalidad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que, junto a los dos Pactos adoptados en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, constituye lo que se conoce como la “Carta Internacional de los Derechos Humanos”, supuso un hito considerable al ser el primer instrumento de carácter general -aunque formalmente no vinculante- que incorporaba un catálogo específico de derechos humanos, proclamado por una organización internacional con vocación universal.

El texto final de la Declaración constituye el resultado de un ajustado equilibrio entre las diferentes ideologías y concepciones existentes sobre los derechos humanos en aquél momento, aunque en algunas partes del mismo parece prevalecer una cierta visión occidental, que sería precisamente uno de los argumentos utilizados más tarde para cuestionar su validez universal.

Sin embargo, es evidente que la Declaración pretende incorporar una concepción universal de los derechos humanos, superadora de ideologías, culturas o religiones, y basada en la dignidad humana. Así se desprende del primer párrafo del Preámbulo:

“... la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”¹,

y de su primer artículo:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Tras un análisis sobre la delimitación conceptual y el contenido de la universalidad, así como de las diferentes impugnaciones doctrinales a la misma, nos centraremos en el análisis específico de la dignidad humana, en cuanto que valor predicable o atributo intrínseco y al mismo tiempo específico de todos los seres humanos, que constituye el fundamento último de los derechos humanos y de su universalidad.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y CONTENIDO DE LA UNIVERSALIDAD

Plantearse la cuestión de la universalidad de los derechos humanos equivale a preguntarse si tales derechos son predicables respecto de todos los seres humanos con independencia del contexto político, social, cultural, espacial o temporal.

Desde esta perspectiva, afirmar la universalidad de los derechos humanos supone llevar a cabo una abstracción de las diferentes situaciones históricas, políticas, religiosas e incluso éticas para reafirmar que tan sólo se requiere el requisito de ser humano para ser titular de tales derechos. Ello implicaría igualmente la necesidad de superar el marco jurídico positivo existente en un momento determinado, en la medida en que los derechos humanos son anteriores al derecho positivo y en que además se encuentran fuera del ámbito exclusivo de la jurisdicción doméstica de los Estados como consecuencia del proceso progresivo y al mismo tiempo imparable de su internacionalización.

En definitiva, la universalidad de los derechos humanos, comporta aceptar su propia existencia, pues ambas cuestiones –universalidad y existencia- caminan indisolublemente unidas, en la medida en que en ningún caso podría admitirse que los derechos humanos lo fueran tan sólo respecto de ciertas categorías o grupos humanos, como mujeres, niños, ancianos, blancos, negros o discapacitados.

El hecho, por otra parte constatable, de que determinados grupos se encuentren en situación vulnerable, lo que justifica la adopción de determinadas medidas

¹ El propio Preámbulo reitera en su párrafo quinto que “... los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...”

especiales de protección, incluso de discriminación positiva, no implica, en absoluto, que deba ponerse en cuestión la universalidad. La situación de discriminación en que se encuentra la mujer en muchas partes del mundo, o la hambruna que acecha cíclicamente a millones de seres humanos en África subsahariana, amenazando uno de los derechos más básicos y fundamentales como el derecho a no padecer hambre y a la propia supervivencia, no significa que deba ser puesta en duda la universalidad de los derechos humanos. Muy al contrario, estas situaciones, absolutamente inadmisibles al inicio del tercer milenio, deben ser combatidas en nombre de la universalidad, pues los derechos humanos son por propia esencia los derechos de todos los seres humanos, cualesquiera que sean sus características y con independencia del factor temporal o espacial. Por el contrario, aceptar el relativismo de sexos, culturas, color o religión, equivaldría a renunciar a un hito importantísimo del progreso conjunto de la humanidad y con él, a la destrucción del concepto de ser humano y de su dignidad intrínseca, base y fundamento de los derechos humanos.

La universalidad de los derechos humanos implica, por lo tanto, aceptar que tales derechos se adscriben a todos los seres humanos con independencia de cualquier contexto y que son predicables respecto de todos los seres humanos, precisamente por que dicha adscripción se realiza al margen de cualquier circunstancia temporal, espacial, política o cultural². La noción de universalidad comporta un aspecto procedimental, en la medida en que supone la instauración de mecanismos internos e internacionales susceptibles de asegurar su protección, y, al mismo tiempo, material, desde el momento en que los derechos humanos deben ser protegidos siempre, en todo lugar, en relación con todos los hombres sin distinción alguna y de una forma plena, es decir con la máxima cobertura posible, que incluiría igualmente las necesidades futuras que puedan derivarse de la evolución social o tecnológica, en particular de los progresos de la genética³.

De la noción de universalidad de los derechos humanos se derivan una serie de ámbitos de significación muy dispares. Entre ellos, se ha identificado el subjetivo, en la medida en que se predicen respecto de la totalidad de sus posibles titulares; el objetivo o material, pues aquéllos cubrirían todos los intereses dignos de protección; el cultural, en cuanto que las diferentes concepciones culturales no afectarían sustancialmente su reconocimiento; el cronológico, ya que su validez y predicabilidad son indiferentes al paso del tiempo; y finalmente el político, pues su proyección superaría toda organización política o jurídica⁴. Estas diferen-

² FERRAJOLI, L.: "Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Vol. XLI, N° 122, pp. 1135-1145.

³ KAKOURIS, C.N.: "L'universalité des droits de l'homme. Le droit d'être différent. Quelques observations", en *Hacia un orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 415-426.

⁴ DE CASTRO CID, B.: "La universalidad de los derechos humanos: ¿dogma o mito?". *Derechos y Libertades*, n° 13, 1996, pp. 389 y s.s.

tes dimensiones de la universalidad se encuentran estrechamente relacionadas y vinculadas entre sí, pues, en definitiva, aceptar la universalidad de los derechos humanos, implica su reconocimiento respecto a todos los miembros de la especie humana con independencia del momento histórico y del contexto sociocultural o político.

A *sensu contrario*, negar la dimensión universal de los derechos humanos, equivale a no aceptar que puedan ser invocados contra todas las amenazas provengan de donde provengan, lo que implicaría, no sólo renunciar al gran progreso que para la propia humanidad supone la universalidad de los derechos humanos, como ya ha sido apuntado, sino también ignorar que ésta garantiza su propia efectividad⁵.

La larga marcha hacia la universalización de los derechos humanos no ha estado exenta de progresos y retrocesos constantes que le atribuyen todavía hoy un carácter de proceso inacabado, a modo de pretensión permanente. En efecto, la indiscutible existencia de divergencias sobre la concepción de los derechos humanos o al menos sobre algunos de ellos, así como sobre la conveniencia de reforzar la efectividad de los mecanismos de garantía o la actitud de la comunidad internacional ante las violaciones graves y masivas, entre otras cuestiones, no impide que existan igualmente convergencias definidas que marcan una tendencia nítida hacia la universalización⁶.

III. LAS IMPUGNACIONES A LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las impugnaciones a la universalidad de los derechos humanos se basan en diferentes argumentos, no siempre coincidentes. En particular, que su protección queda limitada a un ordenamiento jurídico determinado que posibilita tanto su reconocimiento como su protección efectiva, lo que no será posible fuera de un ámbito espacial específico. Otro de los argumentos utilizados para objetar la universalidad de los derechos humanos radica en el hecho de que en ocasiones se exigen adicionalmente condiciones o requisitos complementarios a los sujetos destinatarios de la protección, como pueden ser, entre otros, la nacionalidad o la edad. En otras ocasiones, se argumenta desde una posición marcadamente positivista que, más allá de criterios de carácter moral, aquéllos no son plenamente efectivos hasta que no son reconocidos por el Derecho positivo, o que la diversidad de tradiciones culturales relativiza de una forma inequívoca la universalidad de tales derechos.

⁵ Cfr. BADINTER, R.: "L'universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste", *Revue universelle des droits de l'homme*, 1989, vol. 1, nº 1-12, pp. 1-5.

⁶ CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Ariel, Barcelona, 1991, pp. 75 y s.s.

La universalidad de los derechos humanos comporta al menos dos planos diferentes: el de la definición de los derechos y el fáctico, respecto de los cuales no hay ni ha habido una coincidencia absoluta entre los autores⁷. En efecto, históricamente se han presentado determinadas objeciones a la universalidad, que se refieren al primero de los planos apuntados, pues es evidente que por lo que respecta al segundo, parece indiscutible que los derechos humanos no están garantizados universalmente, en todo momento y circunstancia, por lo que puede afirmarse que todavía hoy existe una contradicción patente entre su proclamación teórica –suficientemente consolidada- y su inobservancia práctica –ampliamente constatada-.

En efecto, y a pesar del reconocimiento jurídico alcanzado por los derechos humanos tanto a nivel internacional, en particular a partir de la creación de las Naciones Unidas⁸, como a nivel interno, no se han evitado ni los genocidios, ni las limpiezas étnicas, ni las hambrunas, ni otras violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos.

El contraste existente entre la teoría y la práctica universalista de los derechos humanos ha llevado a algunos autores a adoptar una actitud escéptica ante la universalidad, ante la constatación de que la Declaración Universal sigue siendo una bella promesa incumplida para amplios sectores de la humanidad⁹.

Las frecuentes críticas e impugnaciones a la universalidad de los derechos humanos pueden sistematizarse en torno a tres dimensiones diferentes: filosófica, política y jurídica. Centrándonos en ésta última perspectiva, y partiendo del hecho de que sólo podemos considerar los derechos humanos desde la óptica de la efectividad, en la medida en que sean reconocidos por los ordenamientos jurídicos positivos, la carencia fáctica de aquélla determinaría para algunos autores que la universalidad jurídica de los derechos humanos seguiría siendo en la actualidad una falacia o una quimera. Para Ferrajoli, ésta sería la perversa consecuencia de confundir derechos y garantías, pues nos llevaría a descalificar en el plano jurídico las dos conquistas más importantes del constitucionalismo del siglo XX: la internacionalización de los derechos fundamentales, y la constitucionalización de los derechos sociales, pues en ausencia de las debidas garantías quedarían aquellas conquistas reducidas “a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes”¹⁰.

⁷ DE LUCAS, J.: *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia en una sociedad plural*. Madrid, 1994.

⁸ FERNÁNDEZ LIESA, C.R.: *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*. Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2013.

⁹ PÉREZ LUÑO, E.A.: “La universalidad de los derechos humanos”, en López García, J. A.; y Del Real, J. A. (Eds.) *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 51- 68.

¹⁰ FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4ª ed., Trotta, Madrid, 2004, p. 59.

Por lo tanto, y al margen de las perspectivas filosófica y política, la óptica jurídica proporcionaría poderosos argumentos a los impugnadores de la universalidad de los derechos humanos. Un intento de sistematización de aquéllos nos llevaría a focalizar las críticas teniendo en cuenta los bienes jurídicos tutelados, los titulares de los derechos y los sujetos obligados¹¹.

En relación con los bienes jurídicos tutelados, las críticas se centrarían tanto en el contenido de los derechos, en la medida en que desde la perspectiva interna no existe un catálogo igual de derechos en todas las Constituciones de los Estados, como en sus mecanismos de protección, que igualmente variarían de un Estado a otro. Si ello ocurre desde la perspectiva interna, es evidente que desde la internacional, la debilidad de los mecanismos de protección, proporcionaría todavía más argumentos a los críticos de la universalidad.

Por lo que respecta a los titulares de los derechos, las críticas se focalizan en el hecho de que siendo aquéllos todos los derechos humanos sin excepción desde la óptica de la universalidad, la mera observación fáctica constata que no es así pues existen derechos específicos para determinadas categorías de personas, persistiendo por otra parte exclusiones en relación con el género, los pueblos indígenas o los extranjeros.

Finalmente, y en relación con los sujetos obligados, las críticas que cuestionan la universalidad de los derechos humanos se centrarían en el hecho de que no existen instancias seguras a las que dirigirse para exigir su respeto en caso de incumplimiento, dado que no existen deberes universales correlativos a los derechos universales¹². Situándonos en la perspectiva del Derecho internacional, aunque observamos una tendencia a la universalización de los derechos humanos que va acompañada de una progresiva institucionalización, este proceso es todavía incipiente e insuficiente pues no ha logrado desplazar el elemento central de la soberanía de los Estados, que aunque limitada, permanece en el centro del sistema.

Los particularismos derivados de la propia diversidad cultural existente en la actual sociedad internacional constituyen igualmente un desafío permanente a la universalidad. Es evidente que el objetivo perseguido es la búsqueda del siempre difícil equilibrio entre la universalidad y el respeto a las particularidades nacionales y regionales, sin que suponga que los Estados puedan ampararse en ellas para eludir el respeto a los derechos y libertades fundamentales.

En definitiva, podemos afirmar que el relativismo cultural no puede servir para justificar las violaciones sistemáticas de los derechos humanos, pero tampoco puede aceptarse que en nombre de la universalidad se imponga coactivamente un modelo cultural eurocéntrico a países que tienen tradiciones culturales y po-

¹¹ GUTIÉRREZ, F.J.: "Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas". Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, 2011.

¹² DE LUCAS, J.: "Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos...", op. cit., pp. 259-312.

líticas propias, siempre y cuando no representen formas de tiranía que nieguen o violen los derechos humanos más fundamentales¹³.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DE LA UNIVERSALIDAD

El reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos más allá de cualquier diferencia étnica, cultural, régimen político o desarrollo económico, tan sólo puede basarse en la dignidad humana, común a todos los hombres, que como proclama la Declaración Universal en su primer artículo, “nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”

Dignidad que se deriva de la común condición de todos los seres humanos, en la medida que pertenecen a una especie única y diferente del resto del reino animal, dotada de naturaleza libre y racional, así como de un conjunto irreducible de potencialidades entre las que destacarían la libertad y la sociabilidad. El concepto de dignidad humana, aunque nace en la época pre-moderna con una marcada connotación religiosa, se desarrolla y reformula en la época moderna manteniendo su carácter antropocéntrico pero desvinculándose de cualquier origen divino. Partiendo de esta nueva concepción, que reconoce la igualdad de todos los seres humanos y por lo tanto la necesidad de un trato respetuoso entre ellos, se articularán las herramientas jurídicas que deberán garantizar la igualdad jurídica y política de los individuos a pesar de las innegables diferencias sociales y de otra índole. Con la aparición de la fundamentación teórica de los derechos humanos, la dignidad humana tendrá un alcance no sólo vertical, en la medida en que los seres humanos son superiores al resto del reino animal, sino también horizontal, pues determinará la igualdad entre ellos con independencia de la posición que ocupen en la sociedad¹⁴.

Desde esta concepción, de orientación marcadamente iusnaturalista, cabría afirmar que el postulado de la dignidad humana descansaría por lo tanto en la unicidad y singularidad del género humano¹⁵, que conferiría a los pertenecientes a éste una titularidad sobre los derechos humanos¹⁶, o al menos, sobre los más básicos y fundamentales, independientemente del contexto social o político.

¹³ PÉREZ LUÑO, E.A.: “La universalidad de los derechos humanos”. *Derecho y cambio social*, Nº 9, 2007, p. 11.

¹⁴ PELÈ, A.: “Aproximación al concepto de dignidad humana”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2005, Nº 1, 2004-2005.

¹⁵ La concepción sobre la universalidad, unicidad y singularidad del ser humano tiene un claro precedente en Francisco de Vitoria y, en general, en la Escuela española del Derecho Natural y de Gentes de los siglos XVI y XVII.

¹⁶ ARENAL, C. Del: “La visión de la sociedad mundial en la escuela de Salamanca”, en Mangas Martín, A. (Ed.): *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América. Del pasado al futuro*. Jornadas Iberoamericanas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Salamanca, 1993, p. 32.

Aunque el concepto de dignidad humana, que para el filósofo Robert Spaemann, es más antiguo que el de los derechos humanos¹⁷, puede analizarse desde la óptica de otras disciplinas, es la perspectiva jurídica la que proporciona las herramientas para garantizar su respeto a través de la construcción de la teoría de los derechos humanos. Por esa razón, centraremos fundamentalmente nuestro análisis desde esa perspectiva general fijando nuestra atención particular desde una óptica jurídico internacional.

La dignidad intrínseca del ser humano constituye, un “nuevo principio constitucional que la Carta de las Naciones Unidas introdujo en el Derecho internacional”¹⁸, cuya relevancia y consecuencias jurídicas ha confirmado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. La dignidad humana se ha convertido, por lo tanto, en un “principio generalmente aceptado en el Derecho internacional contemporáneo”, del que la Carta y la Declaración Universal son “expresiones jurídicas positivas y jurídicamente obligatorias”¹⁹, que confieren a los Estados la obligación de asegurar el respeto de los derechos humanos, en la medida en que éstos constituyen la cristalización y la expresión más directa de esa dignidad²⁰.

Es precisamente esta concepción, sobre la que se basaría la universalidad de los derechos humanos, la que nos proporciona, a su vez, argumentos para contrarrestar las objeciones formuladas contra aquélla, ya mencionadas con anterioridad.

En primer lugar, porque si aceptamos que la razón última de la universalidad radica en la dignidad humana, aceptamos igualmente que el respeto de los derechos humanos no depende de que un ordenamiento jurídico determinado los reconozca y de que adopte los mecanismos de garantía y control correspondientes. Es más, siguiendo esta orientación, la validez de las normas adoptadas por un Estado en clara violación de la obligación general de respetar los derechos humanos, podría ser puesta en entredicho, lo que ocurrió, por ejemplo, en relación con

¹⁷ SPAEMANN, R.: “Sobre el concepto de dignidad humana”. *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. 1988, N° 19, p. 16.

¹⁸ CARRILLO SALCEDO, J.A.: “La Declaración Universal de Derechos Humanos ¿es universal?”. *Tiempo de Paz*, 2008, n° 90, p. 10.

¹⁹ CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos”. *Hacia un orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 178.

²⁰ *Vid.* En este sentido ROLDÁN BARBERO, J.: “La dignidad como Fundamento Universal de los Derechos Humanos”, en Proner, C; Olasolo, H. y otros (Coords.): *70º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 285-294.

las normas que institucionalizaban el *apartheid*, adoptadas durante décadas por el régimen sudafricano²¹.

En segundo lugar, y por lo que respecta a la objeción de que para el ejercicio efectivo de determinados derechos se exigen requisitos adicionales, como la edad o la nacionalidad, o que con frecuencia se reconocen derechos a determinados colectivos de personas, conviene advertir que el reconocimiento específico de derechos a determinados colectivos, como las mujeres, los niños, los trabajadores migrantes o a los refugiados, entre otros, no tiene como objetivo incorporar un catálogo de derechos cuya titularidad sólo afectaría a las personas pertenecientes a dicho grupo, sino que, partiendo de su situación de especial vulnerabilidad e indefensión, se adoptan instrumentos específicos de reconocimiento y protección para reforzar el respeto de los derechos humanos fundamentales, incluso con la incorporación de determinados mecanismos de “discriminación positiva”.

Sin embargo, desde la perspectiva de la efectividad y aplicación práctica de tales derechos, conviene recordar que no pueden confundirse los planos de lo moral y de lo jurídico, pues “los derechos no lo son plenamente hasta incorporarse al Derecho positivo” (22). Por lo tanto, y dado que para sostener la universalidad de los derechos humanos no es oportuno hacerlo *a priori* desde la positividad, pero tampoco desde la óptica exclusivamente moral, habrá que aceptar con dicho autor que las pretensiones morales, que son la base de la dignidad humana y de los grandes valores de igualdad, libertad, seguridad o solidaridad, tan sólo se convierten en derechos cuando se positivizan.

Y ello llevado al plano del Derecho internacional, equivale a afirmar que, desde la misma perspectiva, tan sólo serían auténticamente universales las normas que hayan sido aceptadas por todos los Estados, con la excepción de las normas de *ius cogens*, que al tratarse de normas imperativas de Derecho internacional general, no requieren de su consentimiento y se imponen a su voluntad más allá de todo vínculo convencional. Normas que, por otra parte, y en la medida en que no admiten acuerdo en contrario, sólo pueden ser modificadas “por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”, como proclama el art. 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo que implica igualmente la nulidad de todos los acuerdos que estén en oposición con tales normas.

La existencia de particularismos derivados de la propia diversidad cultural presente en la actual sociedad internacional implica que debemos prestar una atención específica al denominado relativismo cultural que determina una dife-

²¹ BLANC ALTEMIR, A.: *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 215 y s.s..

²² PECES-BARBA, G.: “La universalidad de los derechos humanos”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1994, Nº 15-16, vol. II, p. 622.

rente concepción de los derechos humanos, e incluso de aquéllos que deben considerarse como fundamentales, en función de los regímenes políticos vigentes o de las tradiciones culturales dominantes.

Sin lugar a dudas y para concluir, debemos afirmar que la universalidad conceptual y programática de los derechos humanos debe afrontar el desafío permanente de la diversidad que se manifiesta en todos los ámbitos. Se impone, por lo tanto, una relación armónica y al mismo tiempo dinámica entre la universalidad y el respeto a la diversidad, un denominador común que, aceptando la diferencia, garantice de forma inequívoca el respeto exquisito de los derechos humanos más fundamentales que constituyen el núcleo duro e indestructible, en la medida en que reflejan unos valores universalmente admitidos y que cristalizan la expresión de una conciencia universal basada en la igual dignidad de los seres humanos.

SOBRE LA INVIOABILIDAD DEL “DOMICILIO CONSTITUCIONAL”

Agustín Luna Serrano

Catedrático de derecho civil
Académico de las de Legislación y Jurisprudencia
de Aragón y de Cataluña

I. LAS DIFERENTES PROYECCIONES JURÍDICAS DEL CONCEPTO DE DOMICILIO

En nuestro ordenamiento, para cualificar el domicilio o centro espacial de ubicación de desenvolvimiento de la persona física a efectos jurídicos, se acoge en la actualidad la idea básica de superar el tradicional criterio personalista o voluntarista del “animus manendi” y de sustituirlo por el más realista o sociológico de la “residencia habitual”, la cual puede ser fijada libremente, según proclama el art. 19.1 de la Constitución, si bien en su caso con el acuerdo del otro cónyuge si se trata del domicilio conyugal, como se desprende de cuanto dispone el artículo 70 del Código civil (sobre la figura relativa a la ubicación de la persona se destaca la contribución de Alvarez Vigaray, R.: “El domicilio”, Anuario de Derecho Civil, 1972, pp. 549 ss). Tal planteamiento de la conceptualización del domicilio resulta claramente del art. 40.1 del propio Código, definidor del mismo, “aunque sólo contiene en forma aproximada lo que debe entenderse por el domicilio de las personas naturales”, puesto que, como se señala luego, “el concepto de domicilio abarca una dimensión plural amplia” (STS 30 enero 1993)¹. La misma idea se evidencia también del art. 149 del mismo Código cuando se

¹ STS 30 enero 1993 (RAJ 1993, 350), ponente Villagómez Rodil.

refiere a la posibilidad de prestar en su “propia casa” los alimentos debidos el obligado a procurarlos y se refleja igualmente, por lo demás, a propósito del lugar en que han de cumplirse las obligaciones, según refiere el art. 1171.3 del propio cuerpo legal. La concepción naturalista o realista resplandece también cuando el legislador refiere la ausencia a la desaparición de la persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, según señala el art. 183.1 del Código civil.

La indicada concepción de carácter realista o social trasciende en la acepción del domicilio que determina, en principio, la competencia judicial, que el art. 50.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil refiere al lugar del domicilio del demandado, y asimismo a dicha concepción naturalista y no voluntarista responden igualmente diversos apartados –los enumerados como 2, 3, 4, 6, 9 y 10– del art. 9 del Código civil relativos a la residencia habitual determinante del régimen normativo aplicable en materia de derecho internacional privado.

Por lo demás esta primígena concepción del domicilio determina también ciertos efectos reflejos, como la determinación de la competencia judicial respecto del demandado por el domicilio del actor, según previene el art. 50.2 “in fine” de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o indirectos, como los que se derivan respecto de las disposiciones testamentarias para sufragios y obras pías o a favor de los pobres, según es de ver en los artículos 747 y 749 del Código civil.

Ocurre, sin embargo, que conviene a la dimensión pragmática del ordenamiento proyectar en el sistema del mismo diversas concreciones de la idea inicial del domicilio, de cuyo concepto germinal el ordenamiento presenta diversas manifestaciones, ya que, como ha expresado, siquiera en pronunciamiento “obiter dictum”, nuestro Tribunal Supremo (STS 10 noviembre 1992)², se encuentran diversas variantes del concepto inicial y, por tanto, genérico del domicilio, “como son el legal, el electivo, el real y el habitual”.

Manifestación del domicilio legal sería, en el sentido expresado, el que se atribuye ficticiamente a los diplomáticos en razón de lo dispuesto en el art. 40.2 del Código civil o bien, a través de la misma figura legal de

² STS 10 noviembre 1992 (RAJ 1992, 10569), ponente Martín-Granizo Fernández.

la ficción, la residencia que a su cónyuge atribuye el art. 23.3 del propio cuerpo legal.

Por su parte, del domicilio electivo es ejemplo el que eventualmente el demandante hace constar en la demanda o, en su caso, el que demandado señale una vez comparecido, como se indica en el art. 155.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien el que señalen de mutuo acuerdo los cónyuges residentes en distintos partidos judiciales a que se refiere el art. 679.1 de la propia ley o, en el mismo caso de diferentes residencias y tratándose de procesos sobre guarda y custodia de hijos menores, el que elija el demandante, como previene el art. 769.3 del mismo cuerpo legal o también el señalado en el lugar oficial de ubicación formal de un registro oficial, de una empresa, de una corporación o de una actividad profesional o laboral, como se trasluce del art. 155.3 y 4 de la indicada ley rituarial y asimismo el que determinan los interesados en un determinado negocio prescindiendo de la domiciliación propia para someterse a la que libremente fijan en la relación contractual creada por ellos —“domicilio por designación o afectivo”—, “produciéndose así un domicilio ficticio y restringido, pero que desempeña función análoga a la del domicilio real en el ámbito jurídico y de relaciones para el que se aportó expresamente y que resulta vinculante, pero no prohibido expresamente en el citado art. 40 del Código civil” (STS 3 enero 1993)³.

Del domicilio real es manifestación el lugar en que se desenvuelve la convivencia conyugal, fijado de común acuerdo o en su caso por el juez, según determina el art. 70 del Código civil, o también el que tienen los litigantes que actúan directamente o, en el caso de tratarse del primer emplazamiento del demandado, según se desprende del artículo 155.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el último común de los cónyuges o el actual de cualquiera de los solicitantes en los procedimientos de separación o divorcio de común acuerdo según establece el art. 769.2 de la misma ley. Parecen referidos básicamente al domicilio real las previsiones sobre averiguación judicial del mismo previstas en el art. 156.1, 2 y 3 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

Finalmente, del domicilio habitual sería buen ejemplo el que se reporta a la “casa” de la persona en que la misma desenvuelve establemente

³ STS 3 enero 1993 (RAJ 1993, 350), ponente Villagómez Rodil.

su existencia y que le consiente la opción conferida por el ya señalado artículo 149 del Código civil. Por lo demás, con bastante frecuencia y por comprensibles razones tanto de utilidad como de seguridad jurídica prefiere el Código civil referirse, en vez de al domicilio, a la residencia de la persona en preceptos tales como los arts. 15.1, 21.2 y 4 y 23 en materia de adquisición de la nacionalidad española.

A todas estas indicadas manifestaciones del concepto de domicilio, a veces apegadas a la realidad y otras, por razón de la eficacia del derecho, más o menos radicalmente desligadas de la misma, cabe añadir, con la dimensión que luego se señala, el que se ha configurado jurisprudencialmente como “domicilio constitucional”.

II. DOMICILIO E INTIMIDAD

Como se ha observado en alguna ocasión por la jurisprudencia constitucional, el reconocimiento relativamente reciente del derecho a la intimidad es desarrollo de las libertades fundamentales que tradicionalmente se habían venido configurando en las Cartas Magnas como derechos a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, en cuanto que las mismas “tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada, personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado”, según ha expresado con acierto nuestro Alto Tribunal garante de la Constitución (STC 26 noviembre 1984)⁴, que aduce, respecto de esta derivación hacia “el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida”, que el mismo está en buena parte determinado por razón del “avance de la tecnología actual y del desarrollo de los medios de comunicación”, lo que “ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada”.

En el sentido ahora expresado, es claro que “la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende

⁴ STC 110/1984, 26 noviembre (RTC 1984, 110), ponente Latorre Segura.

los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona”, de manera que puede sin duda afirmarse que “existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y registro de un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de la privacidad (art. 18.1 de la Constitución)” (STC 17 febrero 1984)⁵.

De ello se deriva, sin duda, que el concepto de domicilio elaborado por el Tribunal Constitucional supere el tradicional en orden a la efectividad del derecho fundamental de su inviolabilidad que aparece plasmado en el artículo 18.2 de la Constitución, precepto que “tiene como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada y familiar”, “razón por la cual lo protegido a través de este derecho es, más que el mero o estricto espacio físico en sí mismo considerado, lo que en él hay de emancipación de la persona” (STS 30 diciembre 1992)⁶. Esta consideración ha sido objeto de subrayada manifestación en una continuada doctrina del Tribunal Constitucional, en la que se expresa que, mediante el art. 18.2 de la Constitución, cuya proclamación coincide con la contenida en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que se trata de proteger es lo que en el espacio físico que es el domicilio “hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella” (STC 17 febrero 1984)⁷, de manera que este planteamiento se reitera con frecuencia (STC 26 noviembre 1984; 18 julio 1991; 23 febrero 1995; 26 abril 1999; 29 mayo 2000; 29 mayo 2001; 17 enero 2002, entre otras)⁸, señalándose que lo protegido constitucionalmente no es tanto el mero y estricto espacio físico en sí mismo considerado sino lo que hay en él de emanación de la persona y de la esfera privada de ella. Cabe recordar, por lo demás, que, incluso en una resolución de mero trámite, el propio Tribunal Constitucional, recogiendo tan reiterada doctrina, había hecho delimitación del domicilio a los efectos de su inviolabilidad al “espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima,

⁵ STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León.

⁶ STS 10569/1992, 30 diciembre (RAJ 1992, 10569), ponente Martín-Granizo Fernández.

⁷ STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León.

⁸ STC 110/1984, 26 noviembre (RTC 1984, 110), ponente Latorre Segura; 160/1991, 18 julio (RTC 1991, 160), ponente López Guerra; 50/1995, 23 febrero (RTC 1995, 50), ponente De Mendizábal Allende; 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos; 136/2000, 29 mayo (RTC 2000, 136), ponente Jiménez de Parga y Cabrera; 119/2001, 29 mayo (RTC 2001, 119), ponente Jiménez de Parga y Cabrera; 10/2002, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde, entre otras.

protegiéndose no sólo el espacio físico en sí considerado sino también lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella” (ATC 3 abril 1989)⁹.

Todo ello supone que el contenido esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio es básicamente negativo, puesto que lo que fundamentalmente se garantiza –de ahí su carácter de instrumental– es la facultad del titular de la vivienda de excluir a los demás de ese ámbito espacial reservado en que desenvuelve su intimidad.

Puede decirse, en definitiva, que, en la consideración de ser la inviolabilidad domiciliaria garantía de la protección eficaz del derecho a la intimidad, el domicilio constitucionalmente protegido “comporta un ámbito de intimidad específico” al que se conecta o del que se desprende “la garantía constitucional de su inviolabilidad”, entendiendo por tal el “ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma que resulta «exento de» o «inmune a» cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos” STC 21 octubre 2013, que recuerda al respecto las ya citadas STC 17 febrero 1984 y 17 enero 2002¹⁰.

El Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es extensivo –respecto del que tengan con arreglo a lo dispuesto en el art. 41 del Código civil– a las personas jurídicas (entre otras STC 17 octubre 1985)¹¹, si bien con una menor intensidad de protección por faltar en su caso una estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario de modo que la protección constitucional únicamente debe extenderse a los espacios indispensables para el desarrollo de la actividad de la persona jurídica, a los de ubicación de la dirección o a los destinados a la custodia de documentos o soportes que quedan reservados al conocimiento de terceros (STC 26 abril 1999)¹².

⁹ ATC 17/1989, 3 abril 1989 (RTC 1989, 17).

¹⁰ STC 176/2013, 21 octubre (RTC 2013, 176), ponente García-Trevijano Sánchez, que recuerda al respecto las ya citadas STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22) ponente Díez-Picazo y Ponce de León, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde.

¹¹ STC 137/1983, 17 octubre (RTC 1985, 137), ponente Pera Verdaguer. Véase también la STC 54/2015, 16 marzo (RTC 2015, 54), ponente González Rivas, que la tiene en cuenta.

¹² STC 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos.

III. DELIMITACIÓN DEL DOMICILIO PROTEGIDO

Cuanto antecede “obliga a mantener, por lo menos «prima facie», un concepto consitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo” (STC 17 febrero 1984)¹³. En este sentido, se considera domicilio el “espacio físico donde la persona desarrolla su esfera privada o libertad más íntima, abarcando no sólo el lugar donde se pernocta habitualmente sino también el ámbito erigido por una persona para desarrollar en él alguna actividad” (STC 17 octubre 1985)¹⁴.

Es evidente, con todo, que no cualquier espacio puede ser considerado domicilio a los efectos del mandato constitucional de su inviolabilidad. Tal ocurre con relación a unas oficinas, a unos almacenes, a unas fábricas o a unos locales comerciales (STC 16 diciembre 1997)¹⁵, a un bar (STC 27 noviembre 2000)¹⁶, o a un automóvil, salvo que se trate de un vehículo tipo caravana en el que se puede desenvolver de una manera estable la vida de la persona (STS 19 septiembre 1994 y 5 febrero 2003)¹⁷. Tampoco pueden considerarse domicilio, a los efectos examinados y a diferencia de las habitaciones (STC 17 enero 2002)¹⁸, las zonas comunes de un hotel, puesto que “el hecho de que estas dependencias hoteleras sean de uso común para todos los huéspedes e, incluso, para terceros, impide su consideración como domicilio a efectos constitucionales”, esto es, como aquél lugar en que los “individuos libres de toda sujeción a convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que hay en él de emanación de la persona y de su esfera privada (STC 21 octubre 2013)¹⁹.

¹³ STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León.

¹⁴ STC 137/1985, 17 octubre (RTC 1985, 137), ponente Pera Verdaguer.

¹⁵ STC 228/1997, 16 diciembre (RTC 1997, 228), ponente García Manzano.

¹⁶ STC 283/2000, 27 noviembre (RTC 2000, 283), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

¹⁷ STS -Sala 2ª- 1626/1994, 19 septiembre (RAJ 1994/1626), ponente De Vega Ruiz, e igualmente STS -Sala 2ª- 158/2003, 5 febrero (RAJ 2003/1725), ponente Soriano Soriano.

¹⁸ STC 10/2002, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde, que precisa que “ni la accidentalidad, temporalidad o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de la misma que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculo a su consideración”, al ser “espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada”. Por su parte, la STC 189/2004, 4 noviembre (RTC 2004, 189), ponente Delgado Barrio, considera igualmente espacio apto para el desarrollo de la vida privada y protegido por el derecho a la inviolabilidad a la habitación en una residencia militar.

¹⁹ STC 176/2013, 21 octubre (RTC 2013, 176), ponente García-Trevijano Sánchez.

En relación a una celda carcelaria, aunque la misma puede considerarse que es “espacio apto para desarrollar la vida privada” (STC 27 noviembre 2000)²⁰, no parece que pueda considerarse domicilio, en el sentido constitucional de su inviolabilidad, respecto de la inspección por parte de las autoridades penitenciarias (STC 27 marzo 2006)²¹ y desde luego no habría de valorarse como tal en el supuesto de tratarse de reclusos particularmente peligrosos, cuya celda es lógico registrar, o que se encuentren en situación de aislamiento especial, en cuyo caso, según la normativa penitenciaria, “diariamente deberá practicarse registro de las celdas y cacheo de los internos” (STC 21 d mayo 2012)²².

Evidentemente no puede constituir domicilio protegido por la declaración constitucional de inviolabilidad un monte o bosque, aunque puede encontrarse dentro del mismo “un espacio físico susceptible de merecer la calificación de domicilio a los efectos del art. 18.2 de la Constitución”, “en cuanto sirva de morada o habitación a una persona física en la que ésta desarrolla su vida privada, incluso si es de forma esporádica” (STC 22 octubre 2015)²³.

IV. CAUSAS DE DECAIMIENTO DEL DERECHO A LA INVIOABILIDAD

Con el carácter de fundamental del derecho a la inviolabilidad del domicilio, constitucionalmente establecido para garantizar el ámbito de la privacidad personal, se corresponde el establecimiento de la interdicción de la entrada y del registro domiciliario –del que en realidad la entrada es puramente instrumental–, salvo que medie la circunstancia de flagrante delito sean la entrada y registro consentidos por el titular del domicilio o sean realizados los mismos al amparo de una resolución judicial (STC 10 febrero 2003, que recuerda con acierto las STC 17 febrero 1984, y 17 enero 2002)²⁴, supuestos de autorización de la entrada y registros domiciliarios que, a diferencia de otros ordenamientos, como el italiano –casos y formas

²⁰ STC 283/2000, 27 noviembre (RTC 2000, 283), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

²¹ STC 89/2006, 27 marzo (RTC 2006, 89), ponente Casas Baamonde.

²² STC 106/2012, 21 mayo (RTC 2012, 106), ponente Sala Sánchez.

²³ STC 214/2015, 22 octubre (RTC 2015, 214), ponente Ollero Tassara.

²⁴ STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón; 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León; y 10/2002, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde.

establecidos por la ley— o el alemán —autorización no judicial de entrada forzosa en supuestos de urgencia—, tienen en el nuestro carácter rigurosamente taxativo (STC 25 julio 1995 y 29 mayo 2000, entre otras)²⁵. En efecto, como ha expresado la propia jurisprudencia constitucional, “en el caso de la Constitución española y como expresión de la estrecha relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar en el apartado 1 del mismo art. 18, fuera de los supuestos de consentimiento del titular y de flagrancia delictiva”, “se posibilita la entrada o registro domiciliario únicamente sobre la base de una resolución judicial” (STC 18 julio 1991)²⁶.

Como es lógico, el consentimiento del titular del domicilio a la entrada en el mismo, circunstancia que hace decaer su derecho constitucional a su inviolabilidad, debe ser del todo consciente y libre y, naturalmente, prestada por el titular de dicho derecho. Un caso especial se plantea respecto del supuesto de la titularidad compartida de dicho derecho, como ocurre en el caso del domicilio conyugal, supuesto en el que cabría pensarse que el consentimiento de uno sólo de los cónyuges es suficiente para legitimar la entrada en el domicilio y registro del mismo (STC 10 febrero 2003)²⁷. Esta apreciación puede considerarse desde luego convincente en el supuesto de que el cónyuge o, en su caso, el conviviente que da la autorización no tenga un interés contrapuesto al del otro con el que vive compartiendo la vivienda, como, por ejemplo, si la entrada en el domicilio tiene por objeto que la fuerza pública, fuera del caso del flagrante delito, se proponga registrar el domicilio para investigar si existen en él más armas pertenecientes a quien anteriormente ha intentado con otras amedrentar a la persona de su esposa o conviviente que consiente dicho registro²⁸.

El consentimiento eficaz del sujeto titular del derecho a la inviolabilidad de su domicilio para la ingerencia en el mismo no tiene que ser necesariamente expreso, pudiendo ser también tácito, si bien, salvo casos excepcionales, la mera falta de oposición a la intromisión domiciliar no

²⁵ STC 126/1995, 25 julio (RTC 1995, 126), ponente Jiménez de Parga y Cabrera y 136/2000, 29 mayo (RTC 2000, 136), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

²⁶ STC 160/1991, 18 julio (RTC 1991, 160), ponente López Guerra.

²⁷ STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón.

²⁸ Cfr., voto particular a la anteriormente citada STC 22/2003 formulado por Jiménez Sánchez.

podrá entenderse como consentimiento tácito (STC 16 marzo 2015)²⁹, con doctrina que se viene reiterando en la jurisprudencia constitucional (STC 17 febrero 1984 y STC 24 septiembre 2007)³⁰.

Al consentimiento habrá de equipararse la falta de reacción procesal tempestiva de la persona o de sus representantes habilitados para ello frente a la resolución judicial autorizante de la entrada y registro eventualmente formulada defectuosamente –por ejemplo, por omisión de la conocida como instrucción de recursos– cuyo defecto se denuncia con posterioridad a la práctica del registro anunciado al interesado, en virtud de la resolución autorizante en que se había hecho la expresada omisión, con suficiente antelación. Como se expresa al respecto por el Tribunal Constitucional, “no cabe apreciar indefensión material en aquellos supuestos en los cuales la situación de indefensión «se ha producido por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de necesaria diligencia o de los profesionales que le representan o defienden»” (STC 3 noviembre 2014)³¹.

La flagrancia del delito es circunstancia comprensible del decaimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio, si bien en razón del carácter fundamental de tal derecho ha de valorarse de manera exigente y restrictiva en función de la realidad de haber lugar a la misma contemporáneamente al momento mismo de la entrada en el domicilio cuya inviolabilidad se protege constitucionalmente y no en un momento posterior, puesto que en este segundo momento y pasado aquél puede considerarse que ya no tiene lugar que no tiene un delito flagrante, puesto que, como se precisa en relación a una solicitud de amparo, “aunque la detención del recurrente se produjera de forma inmediata tras la percepción sensorial directa de los policías de un episodio que puede calificarse de flagrante delito, sin embargo la flagrancia del mismo cesó” (STC 10 febrero 2003)³².

²⁹ STC 54/2015, 16 marzo (RTC 2015, 54), ponente González Rivas.

³⁰ STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León y 209/2007, 24 septiembre (RTC 2007, 209), ponente Casas Baamonde.

³¹ STC 175/2014, 3 noviembre (RTC 2014, 175), ponente Roca Trias, que aduce al respecto, recogiendo sus palabras, las STC 275/2005, 7 noviembre (RTC 2005, 275), ponente Aragón Reyes; 55/2006, 27 febrero (RTC 2006, 55), ponente Pérez Tremps; y 10/2009, 12 enero (RTC 2009, 10), ponente Conde Martín de Hijas.

³² STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón.

Respecto de la autorización judicial, cabe subrayar que la misma se concibe en nuestro sistema como “mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no –como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución– a reparar su violación cuando se produzca”. En este sentido, cabe afirmar, que la resolución judicial “aparece para decidir, en caso de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 de la Constitución u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos (STC 18 julio 1991)³³.

La resolución judicial debe ser, desde luego, motivada, de modo que pueda atribuirse a dicha motivación constituir la vía de la verificación de que la actuación judicial ha operado como garantía de la excepcionalidad de la ingerencia permitida por el art. 18.2 de la Constitución y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho constitucional (STC 27 septiembre 1999 y 17 enero 2000)³⁴.

Está legitimado para reclamar ante los tribunales ordinarios contra la invasión ilegítima de su domicilio el titular del mismo y legitimado, en su caso, para formular el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional aquél reclamante que no obtuvo satisfacción a través de unas actuaciones judiciales que han llegado al agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo, presupuesto procesal –que cumple únicamente dicha función de agotar la vía judicial (STC 16 marzo 1981)³⁵–, que es claro que “no puede configurarse como la exigencia de interponer cuantos recursos fueran imaginables, incluso aquéllos de dudosa viabilidad (STC 28 febrero 2011)³⁶, entre otras, de modo que dicho agotamiento queda cumplido con la utilización de los que “razonablemente puedan ser considerados como pertinentes sin necesidad de complejos o análisis jurídicos” (STC 21 de julio 2008 y 15 junio 2009)³⁷. Cabe decir, en conclusión (como hace la antes recordada STC 21 octubre 2013)³⁸, recogiendo doctrina jurisprudencial

³³ STC 160/1991, 18 julio (RTC 1991, 160), ponente López Guerra.

³⁴ STC 171/1999, 27 septiembre (RTC 1999, 171), ponente Viver Pi-Sunyer; y 8/2000, 17 enero, (RTC 2000, 8), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

³⁵ STC 6/1981, 16 marzo (RTC 1981, 6), ponente Rubio Llorente.

³⁶ STC 11/2011, 28 febrero (RTC 2011, 11), ponente Asua Batarrita.

³⁷ STC 85/2008, 21 julio (RTC 2008, 85) y 142/2009, de 15 de junio (RTC 2009, 142), ponente en ambas Casas Baamonde.

³⁸ STC 176/2013, 21 octubre (RTC 2013, 176), ponente García-Trevijano Sánchez.

anterior), que “no se trata, por tanto, de establecer con total precisión si un recurso es o no procedente, sino decidir si era razonablemente exigible su interposición.

V. CONCRECIÓN ESPECIFICADORA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

La sentencia judicial que autorice la entrada en un domicilio privado, además de hacer comprobación de la proporcionalidad de la entrada domiciliar que se solicita en cuanto a la finalidad perseguida, deberá también considerar y, en su caso, precisar las circunstancias temporales de dicha entrada, todo ello con el objeto de que no se restrinja de modo innecesario del derecho a la inviolabilidad del domicilio, evitando un sacrificio desproporcionado (STC 23 febrero 1995 y 26 abril 1999, recordadas al efecto por la STC 4 noviembre 2013)³⁹. Por lo demás, como cualquier otra resolución judicial, también la que autorice la entrada en un domicilio privado, haciendo así dispensa de la regla general de su inviolabilidad, deberá estar adornada de los criterios de ponderación y de proporcionalidad –recurrentes en la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo en tema de inviolabilidad del domicilio (STC 23 febrero 1995; 26 abril 1999; 27 septiembre 1999; 16 mayo 2000; 11 diciembre 2000; 4 noviembre 2013 y STS 27 noviembre 2017)⁴⁰ y, desde luego, de razonabilidad.

Pueden, sin duda, plantearse situaciones de particular delicadeza en aquellos supuestos en que, habiendo menores a los que la pérdida por desalojo del hogar familiar ilegalmente ocupado les pueda colocar en una situación de particular vulnerabilidad, deba entonces tenerse en cuenta la situación personal, social y familiar en que dichos menores puedan encon-

³⁹ STC 50/1995, 23 febrero (RTC 1995, 50), ponente De Mendizábal Allende y 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos, recordadas al efecto por la STC 188/2013, 4 noviembre (RTC 2013, 188), ponente López López. En el mismo sentido, la STC 76/1992, 14 mayo (RTC 1992, 76), ponente García-Mon y González-Regueral señala que la sentencia de autorización de entrada en el domicilio debe apreciar que la misma está fundada en derecho y que es necesaria para alcanzar el fin perseguido y precaver “que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto”.

⁴⁰ STC 50/1995, 23 febrero (RTC 1995, 50), ponente De Mendizábal Allende; 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos; 171/1999, 27 septiembre (1999, 171), ponente Viver Pi-Sunyer; 126/2000, 16 mayo (RTC 2000, 126), ponente Conde Martín de Hijas ; 299/2000, 11 diciembre (RTC 2000, 299) ponente Conde Martín de Hijas; 188/2013, 4 noviembre (RTC 2013, 188) ponente López López; y STS -Sala 3ª- 1797/2017, 27 noviembre (RAJ 2017, 1797), ponente Bandrés Sánchez-Cruzat.

trarse (STS 23 noviembre 2017)⁴¹ y también en aquéllos en que la entrada en el domicilio se ordene a su desalojo para su posterior demolición y pueda considerarse que en el caso concreto concurren enfrentados entre sí el derecho de la persona a la inviolabilidad del domicilio, el derecho de una corporación pública a la recuperación de la legalidad urbanística, eventualmente en relación a zonas de asentamientos humanos irregulares consolidados (o también cuando haya lugar a una orden de demoler un edificio que amenaza ruina), y el derecho a gozar de una vivienda digna. En relación a casos semejantes se ha postulado, sobre la base de una idea de proporcionalidad, que la autoridad judicial a la que se pide autorización para el ingreso en el domicilio “tenga también en cuenta la realidad social” y considere la oportunidad de coordinar temporalmente la solicitada entrada en el domicilio con la obtención por parte de los interesados afectados por ella de medios alternativos y apropiados de protección, teniendo en todo caso en cuenta la jurisprudencia dictada en casos semejantes por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los mismos⁴². El Tribunal de Estrasburgo, en efecto, proclama que las personas que corren el riesgo de perder el hogar familiar han de tener la garantía de que la medida adoptada será proporcionada y razonable y tendrá en cuenta todos los aspectos del caso de carácter social y personal (STEDH 24 abril 2012 y 17 octubre 2013)⁴³.

VI. INUTILIDAD DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS CON VULNERACIÓN DE LA INVOLABILIDAD DOMICILIARIA

Cabe significar, finalmente, por cuanto que la entrada en un domicilio se ordena con frecuencia a la obtención de pruebas, que, si tal entrada no es consentida o autorizada, vulnera el mandato del art. 18.2 de la Constitución, de modo que, consecuentemente y si bien la prohibición de valorar en juicio las pruebas obtenidas con claro desconocimiento de los derechos fundamentales sustantivos no se expresa en ninguna norma constitucional,

⁴¹ STS -Sala 3ª- 1797/2017, 27 noviembre (RAJ 2017, 1797), ponente Bandrés Sánchez-Cruza, tiene en cuenta los arts 11 y 12 de la Ley orgánica 1/1996, 15 marzo, de protección jurídica del menor y el art. 27.1 y 3 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

⁴² Cfr. al respecto el voto particular formulado por Valdés Dal-Ré y Asúa Batarrita a la citada STC 188/2013, 4 noviembre (RTC 2013, 188), ponente López López.

⁴³ STEDH 24 abril (PROV 2012, 142849), caso Yordanova y otros c. Bulgaria, y 17 octubre (PROV 2013, 321282), caso Winsterstein y otros c. Francia.

el no acogimiento de la solución de rechazar la admisión en juicio de dichas pruebas supondría la negación o el desconocimiento de las garantías que deben rodear al proceso, según proclama el art. 26.2 de la Constitución, y chocaría, en definitiva, con la exigencia de un justo proceso al que con frecuencia se refiere la doctrina científica (STC 29 noviembre 1984; 2 abril 1998; 17 marzo 2001 y 11 febrero 2002, entre otras)⁴⁴.

Lógicamente, tal rechazo de la admisión como prueba de lo eventualmente advertido o hallado en el domicilio ilegítimamente invadido alcanza también a las pruebas reflejas que de la misma se deriven –como atestados que documentan la actuación judicial y declaraciones de los agentes de las fuerzas de seguridad o de testigos presenciales–, por cuanto que “tales pruebas no son sino una materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental”, dado que “con ellas lo que accedió al juicio fue, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita que, al estar indisolublemente unido a ésta, ha de seguir su misma suerte⁴⁵.

⁴⁴ STC 114/1984, 29 noviembre (RTC 1984, 114), ponente Díez-Picazo y Ponce de León; 81/1998, 2 abril (RTC 1998, 81), ponente Vives Antón; 69/2001, 17 marzo (RTC 2001, 69), ponente Jiménez Sánchez y 28/2002, 11 febrero (RTC 2002, 28), ponente Gay Montalvo.

⁴⁵ Cfr. STC 94/1999, 31 mayo (RTC 1999, 94), ponente Vives Antón; 139/1999, 22 julio (RTC 1999, 139), ponente Conde Martín de Hijas y 161/1999, 27 septiembre (RTC 1999, 161), ponente Vives Antón, recordadas todas ellas en el voto particular formulado por Jiménez Sánchez en relación a la ya citada STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón.

“PÚBLICO Y PRIVADO EN EL DERECHO”

José Luis Merino Hernández

Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación

I.- SISTEMA DE DERECHO CIVIL EN ESPAÑA

La Constitución española vigente, de 1978, consagró la pluralidad legislativa civil en España. Su artículo 149.1.8ª, tras determinar que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil, lo hace “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”.

Con ello se cerró un ciclo de más de cien años, durante los cuales se han sucedido diversos intentos de unificación del Derecho civil en España, sin resultado positivo. A imitación del Código civil francés, de 1804, el proyecto español de 1881 trató de unificar los diferentes cuerpos legislativos españoles. Sin embargo, la reacción a la contra desde los territorios llamados “forales” -singularmente, Cataluña, Aragón y País Vasco-, dio al traste con el intento.

En el definitivo Código civil español, de 1889, el legislador estatal planteó una solución intermedia o de compromiso, consistente en que, tras el texto codificado, se insertarían sendos Apéndices, uno por cada territorio foral, en los que se incluirían las normas civiles propias más importantes. Sólo se llegó a publicar el de Aragón, en 1925. Las demás Comunidades -llamadas entonces “regiones”- se opusieron mediante el silencio, no promulgándose ningún otro apéndice.

En 1946, se celebra en la ciudad de Zaragoza un Congreso Nacional de Derecho Civil, en el que como principal conclusión se aprueba que cada región foral elabore una Compilación con su propio Derecho civil, la cual estará vigente un tiempo no determinado, tras el que se intentará incorporar al Código civil único aquellas instituciones forales de mayor interés, derogándose entonces las Compilaciones. Aquí sí que las diferentes regiones forales aceptaron el cometido, y cada una de ellas elaboró y aprobó su propia Compilación.

Pero, como decía al principio, todo este sistema unificador decayó con la promulgación de la vigente Constitución de 1978.

A partir de ella, siete Comunidades Autónomas -Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña, Baleares y Valencia- tienen hoy un cuerpo de Derecho civil, más o menos amplio, netamente diferenciado del Código civil español, quedando éste aplicable al resto de Comunidades Autónomas -Asturias, Cantabria, La Rioja, Castilla y León, Castilla La Mancha, Murcia, Madrid, Extremadura, Andalucía, Canarias- y ciudades autónomas de Ceuta Melilla.

Lo que en términos de población supone que aproximadamente un 43% de los españoles se rige por un ordenamiento civil propio, frente al 57% que regula sus relaciones privadas por el Código civil español.

II.- LA ESTRUCTURA AUTONÓMICA DE ESPAÑA

La Constitución española de 1978, retomando el sistema previsto en la Constitución republicana de 1931, estructuró territorialmente el Estado mediante la instauración de Comunidades Autónomas, equivalentes -aunque no en todo caso- a las antiguas regiones, sólo que ahora dotadas de personalidad jurídica y con una distribución de poderes equivalente a la de cualquier estado democrático, con la tripartita división entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

Respecto del primero, cada Comunidad Autónoma española tiene un parlamento propio, independiente del estatal, de carácter unicameral y con facultades legislativas en las materias propias de sus competencias.

Precisamente, a partir de la instauración de los parlamentos autonómicos, todas las Comunidades con Derecho civil propio han desarrollado una abundante normativa, en un intento de gozar, cada una de ellas, de un Código propio, separado e independiente lo más posible del Código civil español (texto normativo, según se ha dicho, aplicable a las Comunidades sin competencias legislativas en materia civil; al mismo tiempo que supletorio para las Comunidades forales en las materias no reguladas específicamente por éstas).

Pero, aparte el Derecho civil, la existencia en cada Comunidad Autónoma de un Gobierno propio y de una Administración pública encargada de ejecutar las previsiones gubernamentales en las materias que les son propias, está provocando que los respectivos Parlamentos Autonómicos estén legislando de forma permanente acerca de esas materias.

Se está generando así una variedad de cuerpos legislativos, uno por cada Comunidad Autónoma, con diferencias de contenido normativo a veces muy notables de unos a otros. (El ejemplo más notorio se plantea ahora en España con el distinto tratamiento normativo que, en materia del Impuesto de Donaciones y Su-

cesiones, están haciendo las distintas Comunidades Autónomas. Así, mientras en algunas de ellas no se paga impuesto alguno en la sucesión hereditaria de padres a hijos, en otras, por el contrario, se satisfacen cantidades muy importantes. Ello es la consecuencia de la permisividad del Estado quien, al transferir la correspondiente competencia -en este caso, recaudación del impuesto de donaciones y sucesiones-, admite que las Comunidades puedan normar lo concerniente a las tarifas, las bonificaciones, las reducciones y las exenciones fiscales del impuesto. Ello está generando una importante desigualdad en el trato fiscal de los ciudadanos en una materia tan sensible cual es el impuesto de sucesiones.)

III.- LA INVASIÓN AUTONÓMICA DEL DERECHO CIVIL REGULACIÓN DE LAS “PAREJAS DE HECHO”

Pero hay otro problema añadido. La práctica totalidad de las Comunidades Autónomas, con una evidente imitación de unas a otras, en su legislación pública introducen y norman materias que inciden directamente en el Derecho civil, de cuya competencia, como ya queda dicho, sólo gozan siete de ellas.

Aparte de otras materias de menor importancia, hay un supuesto en el que ello se hace patente: la regulación de las llamadas “parejas de hecho” o “parejas no casadas”.

Ésta es una materia en la que no existe una normativa estatal. Nunca, desde el Gobierno del Estado se ha presentado un proyecto de ley al respecto. Y aunque no han faltado intentos, en determinados momentos, desde los partidos de la oposición al Gobierno de turno, de legislar con carácter general en esta materia, sin embargo todas las proposiciones de ley presentadas han sido rechazadas por la mayoría gubernamental. Ello ha provocado que hayan sido las propias Comunidades Autónomas las que han tomado la iniciativa, generando así una pluralidad legislativa muy poco homogénea, sin una mínima orientación básica estatal, ni unas normas aplicables en los conflictos interregionales en esta materia. Todo lo cual provoca no poco desconcierto a la hora de aplicar cada una de esas leyes y unas desigualdades entre los ciudadanos sometidos a una u otra, algo similar a lo expuesto acerca del impuesto de sucesiones.

Pero, sobre todo, lo que está originando es la invasión del campo del Derecho civil por parte de Comunidades que carecen de competencias para ello.

Así, mientras algunas se limitan a regular la materia en el estricto ámbito del Derecho público, previendo la creación de un registro administrativo para la inscripción de las parejas de hecho, así como las relaciones de éstas con las administraciones públicas -tal es el caso de La Rioja, Castilla y León, Castilla La Mancha y Murcia-, otras, sin embargo, en sus respectivas leyes sobre parejas de hecho, inciden en materias propias del Derecho privado especialmente en lo

que concierne a las relaciones personales y patrimoniales de la pareja mientras conviven y en el caso de su ruptura.

En todas ellas se parte de la libertad de pacto, por virtud de la cual las parejas de hecho tienen libertad para concertar, normalmente mediante escritura pública inscribible en el registro de parejas de hecho, todo lo concerniente a los aspectos personales y patrimoniales de sus relaciones, sin que tales pactos puedan perjudicar a terceros.

La presunta invasión del Derecho civil se produce con las normas que tales leyes establecen en defecto de un pacto expreso de la pareja.

Así, en lo que concierne a las relaciones económicas interpersonales de la pareja, se dispone que “los miembros de la pareja de hecho contribuyen al sostenimiento de las cargas de ésta en proporción a sus recursos” (Madrid y Extremadura); o “en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios respectivos” (Canarias). Además, deben contribuir a esos gastos comunes con su “trabajo doméstico” (Canarias) o “mediante aportación económica o trabajo personal” (Cantabria).

Alguna ley llega a admitir la posibilidad de que los miembros de la pareja de hecho establezcan su propio “régimen económico que mantendrán tanto mientras dure la relación” (Andalucía).

Partiendo de la base de que las parejas de hecho determinan, como los matrimonios, el nacimiento de una familia, en el seno de ésta se admite el “acogimiento” de menores desamparados (Asturias); incluso, llegando más lejos, también la adopción por ambos miembros de la pareja (Andalucía y Cantabria).

Estas leyes regulan también las relaciones personales y patrimoniales de la pareja cuando ésta se disuelve por ruptura.

Así, “en el caso de que se produzca la disolución en vida de la pareja de hecho, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambas partes integrantes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por la parte conviviente perjudicada que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para la otra parte integrante” (Cantabria y Extremadura).

Además, si la pareja que se disuelve tiene hijos menores de edad, “la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes y el régimen de visitas, comunicación y estancia se determinará en aplicación de la legislación civil vigente en materia de relaciones paterno-filiales” (Asturias, Cantabria y Extremadura).

También contemplan alguna de estas leyes el derecho del miembro superviviente de la pareja al fallecimiento de su conviviente, a “residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año” (Andalucía).

Al respecto, es muy significativo el fundamento sociológico y su reflejo constitucional en los que todas esas Comunidades se basan para verificar una regulación de la pareja de hecho fuera de lo estrictamente administrativo.

Los preámbulos de las correspondientes leyes autonómicas comienzan por realizar una serie de afirmaciones tendentes a la constatación de una realidad social, cual es que el matrimonio no es el único instrumento jurídico para la formación de una familia, y que en la actualidad las parejas de hecho también pueden dar lugar a su nacimiento. Así, por ejemplo: “los modelos de sociedad, sus formas de organizarse y los valores sobre los que ésta se sustenta, han evolucionado y son ya muy diferentes a los que tradicionalmente han venido imperando décadas atrás” (Canarias); que hoy las leyes delimitan “un nuevo modelo de familia no fundado exclusivamente en el vínculo matrimonial, sino en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados, con la finalidad de llevar a cabo una convivencia estable” (Extremadura); “la realidad actual de nuestra sociedad nos muestra que cada vez son más frecuentes otras situaciones convivenciales distintas de la institución del matrimonio...formadas por parejas...que, pudiendo contraer matrimonio se abstienen de hacerlo” (Cantabria).

El paso siguiente argumental lo dan aquellas leyes autonómicas que consideran que el matrimonio como única institución de la que puedan derivarse relaciones familiares, personales y patrimoniales, está suponiendo una limitación a la libre expresión de su afectividad para una parte importante de los ciudadanos: “la familia no se constituye exclusivamente sobre la base de una unión matrimonial, sino también sobre unidades de convivencia que han ido surgiendo como consecuencia del ejercicio por los ciudadanos del derecho a regular sus relaciones personales, sin la sujeción a reglas previamente establecidas que condicionaran su libertad de decisión” (Andalucía); “la regulación normativa (de las parejas de hecho) debe ser el mecanismo equilibrador e igualitario para aquellas personas que por el libre ejercicio de sus opciones, sean éstas cuales fueren, están o pudieran sentirse discriminadas” (Madrid); todos los ciudadanos deben poder optar “por cualquier medio para formar una familia que les permita el libre desarrollo de su personalidad en condiciones de igualdad sin que de esta opción se puedan derivar consecuencias discriminatorias” (Asturias).

El sustento constitucional de tales afirmaciones y de las regulaciones que se siguen de ellas se centra en tres preceptos de la Carta Magna, a saber:

En primero de ellos el art. 14, conforme al cual “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”. Sobre ese principio de igualdad, las citadas leyes autonómicas tratan de equiparar la familia nacida de la institución matrimonial y la creada mediante la constitución de una pareja de hecho con arreglo a los requisitos establecidos por la ley.

Por otra parte, el art. 9.2 dispone que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. O sea, como dispone alguna de esas leyes, evitar las consecuencias discriminatorias que pueden derivarse de un trato jurídico diferenciado para unas y otras uniones, la matrimonial y la de hecho.

Y, específicamente, el art. 39 de la Constitución en cuanto establece que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Pero una familia que, en el sentir de ciertos legisladores autonómicos, no sólo es la que nace de la unión matrimonial, sino también la surgida de una situación de hecho que reúna los requisitos exigidos por la ley. En la base argumental de esas legislaciones este precepto constitucional es clave: si los poderes públicos deben asegurar la protección jurídica de la familia, y ésta puede nacer no sólo del matrimonio, sino también de una relación de pareja estable no casada, todas las Comunidades Autónomas, tengan o no competencias en Derecho civil, pueden legislar, incluso de forma subsidiaria si el Estado no lo hace.

IV.- DERECHO PRIVADO O DERECHO PÚBLICO.

Como señala el ponente, “lo público y lo privado no han sido contemplados nunca en el ámbito jurídico como dos realidades separadas, sino sólo como...dos puntos de vista, dos perspectivas, dos maneras diferentes de enfocar lo jurídico, una que centra la atención en la utilitas singulorum, otra que lo hace en la res publica, en el interés del populus”.

A este último criterio parecen responder las leyes autonómicas que tratan de regular determinados aspectos de las relaciones, personales y patrimoniales, de las parejas de hecho.

Todas ellas creen que la regulación que hacen al respecto entra dentro del marco competencial de la respectiva Comunidad Autónoma.

Hay una en concreto, la Comunidad de Madrid, que afirma abiertamente que la regulación de las relaciones intersubjetivas de las parejas de hecho “supondría una extensión del Código Civil a uniones de hecho no formalizadas en sede matrimonial... Sin embargo, a la espera de la referida extensión de la legislación civil, la Comunidad de Madrid debe poner sus medios y sus competencias al alcance de las uniones de hecho no reguladas, con el fin de otorgarles un reconocimiento y, además, introducir así una mayor seguridad jurídica que permita evitar situaciones de desigualdad”. Con ello se afirma una suerte de subsidiariedad legal civil desde la Administración pública autonómica. Una especie de ejercicio público del Derecho privado en esta materia concreta.

No lo ha creído así el Tribunal Constitucional español, el cual, en su Sentencia 81/2013, de 11 de abril, declara nulos los artículos 4 y 5 de la Ley de la Comunidad de Madrid, la 11/2001, de 19 de diciembre, de parejas de hecho, porque esa regulación “se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil”.

Llegados a este punto, resultan cuando menos sorprendentes ciertos aspectos relativos a esta sentencia del TC.

En primer lugar, el hecho de que sólo haya sido esta ley de la Comunidad de Madrid, de entre las equivalentes de otras Comunidades Autónomas sin competencias legislativas en materia de Derecho civil, la que haya sido recurrida ante el Tribunal Constitucional. Todas las demás -Asturias, Cantabria, Andalucía, Canarias y Extremadura- siguen vigentes, al no haber sido recurridas en el plazo de tres meses, desde su publicación, según lo previsto en el art. 33 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

También, que el único recurso de inconstitucionalidad en esta materia se haya planteado contra la ley menos invasiva del Derecho civil. Los arts. 4 y 5 de la ley autonómica recurrida, anulados por inconstitucionales, se centran fundamentalmente en la libertad de pacto que se proclama, en virtud del cual las parejas de hecho podrán regular libremente lo concerniente a sus relaciones personales y patrimoniales, durante la convivencia y en caso de ruptura; lo que no parece que suponga ninguna especial invasión del Derecho privado. Quizás, sólo puede considerarse que existe tal invasión cuando la ley establece que “a falta de pacto se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de ésta en proporción a sus recursos”. Pues el Tribunal Constitucional considera que una ley autonómica, en Comunidades sin competencias en Derecho civil, no puede regular materias propias de éste, y, entre otras, la forma de contribuir los miembros de la pareja de hecho a las cargas y gastos originados por la convivencia.

Precisamente, la libertad de pacto que proclamaba esa ley (y otras) para que la pareja de hecho no casada pueda regular sus relaciones patrimoniales, tanto durante la convivencia como en caso de ruptura, es uno de los aspectos más importantes del Reglamento 2016/1104 del Consejo de la Unión Europea, de 22 de junio de 2016, que entrará en vigor en todos los Estados de la Unión el 29 de enero de 2019.

En él se regula específicamente lo que denomina “capitulaciones de la unión registrada”, entendiendo por tal el “escrito, fechado y firmado por ambos miembros de la unión registrada” (art. 25.1) conteniendo un “acuerdo en virtud del cual los miembros o futuros miembros organizan los efectos patrimoniales de su unión registrada” (art. 3.1.c), y en cuyo escrito establecen “el conjunto de normas rela-

tivas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada entre sí y con terceros, como resultado de la relación jurídica creada por el registro de la unión o su disolución” (art. 3.1.b).

Nótese que el Reglamento europeo utiliza para ese acuerdo de la pareja de hecho el mismo término -“capitulaciones”- que en la práctica totalidad de las legislaciones civiles occidentales se emplea para referirse a los acuerdos matrimoniales.

Y, también, que esa extensión a la pareja de hecho del mismo instrumento del que pueden servirse los matrimonios está sólo referida a la “unión registrada”, es decir, a la pareja de hecho que ha solicitado su inscripción en el registro administrativo correspondiente, previsto en la legislación de su país; por tanto, no a la pareja que mantiene una mera convivencia afectiva fáctica sin registrar.

