

ACADEMIA ARAGONESA  
DE  
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

# ANUARIO

2019





ACADEMIA ARAGONESA  
DE  
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

# ANUARIO

2019



Edita: Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Depósito Legal: Z-460-2020

Imprime: Imprenta Arilla, S.L.

Prolongación Paseo del Muro, 33 - Ejea de los Caballeros (Zaragoza)

# SUMARIO

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	9
Del presidente de la Academia Sr. Don José Luis Merino Hernández	
<b>SALUDO DEL ALCALDE DE ZARAGOZA</b> .....	11
A cargo del Excmo. Sr. Don Jorge Azcón	
<b>MEMORIA DE ACTIVIDADES</b> .....	13
A cargo del Vocal de publicaciones de la Mesa de la Academia, Excmo. Sr. Don Luis Alberto Gil Nogueras	
<b>DISCURSOS DE INGRESO</b> .....	17
<b>ACADÉMICOS DE NÚMERO</b>	
<b>DERECHOS HISTÓRICOS Y CONSTITUCIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN. EL CASO DE ARAGON EN PARTICULAR</b>	
Excmo. Sr. D. Juan Antonio García Toledo .....	19
Contestación: Excmo Sr. D. Manuel Pizarro Moreno .....	101
<b>LA SUCESION POR TESTAMENTO MANCOMUNADO O DE HERMANDAD EN EL DERECHO CIVIL VASCO</b>	
Excmo. Sr. D. Isaac Tena Piazuelo .....	113
Contestación: Excmo. Sr. D. Francisco Mata Rivas .....	165
<b>ACADÉMICO CORRESPONDIENTE</b>	
<b>SUCESIONES, HERENCIAS Y TESTAMENTOS EN LA HISTORIA DEL CINE. APLICACIÓN AL DERECHO FORAL ARAGONÉS</b>	
Ilmo. Sr. Don José Luis Artero Felipe .....	175
Contestación: Excmo. Sr. Don Luis Gil Nogueras .....	291
<b>CONFERENCIAS</b> .....	307
<b>ACTO DE PRESENTACIÓN DEL ANUARIO 2018</b> .....	309
<b>LA CALIDAD NORMATIVA</b>	
Excmo. Sr. Don Pedro Santistevé Roche, Abogado y Profesor Universitario Alcalde de Zaragoza	

EL CINE ESPAÑOL. CONTORNOS DE SU REGULACIÓN .....	317
Excmo. Sr. Don Luis Alberto Gil Nogueras	
Académico de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación	
CLAUSURA DEL CURSO 2018-2019 .....	359
DEFENSA DE LA LIBERTAD DE TESTAR	
Excmo. Sr. Don Victorio Magariños Blanco	
Notario Emérito	
Académico de la Real Academia de Sevillana de Legislación y Jurisprudencia	
APERTURA DEL CURSO 2019-2020.....	377
HACIA UNA REFORMA DEL RÉGIMEN DE LA DISCAPACIDAD, LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK	
Excma. Sra. Doña María Ángeles Parra Lucán	
Magistrada del Tribunal Supremo.	
Académica AAJL	
<b>HOMENAJE AL</b>	
<b>EXCMO. SR. DON AMBROSIO ARANDA DE PASTOR</b>	
Acta de nombramiento como Académico de Honor	
de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.....	
	411
Glosa a cargo del Presidente de la Academia,	
Excmo. Sr. D. José Luis Merino Hernández .....	
	413
Palabras del homenajeado, Excmo. Sr. Don Ambrosio Aranda de Pastor .....	
	415
<b>PREMIOS DE LA ACADEMIA 2018</b> .....	417
PREMIO DE DERECHO PRIVADO “CASTÁN TOBEÑAS” .....	419
Premiada: Doña Joanna Pereira Pérez	
Acta de concesión del Premio .....	
	421
Titulo y contenido del trabajo: LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD VISTA DESDE EL TRINOMIO: CAPACIDAD JURÍDICA, SISTEMAS DE APOYOS Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD A PARTIR DEL NOVEDOSO ENFOQUE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006.....	
	423

PREMIO DE DERECHO PÚBLICO “GASCÓN Y MARÍN” .....	475
Premiado: Don Cristian Altavilla	
Acta de concesión del premio.....	477
Titulo y contenido del trabajo: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL ARGENTINO .....	479
CIERRE DEL ACTO .....	509
Palabras del Ilmo. Sr. D. Javier López Sanchez Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza	
<b>IN MEMORIAM DEL EXCMO. SR. D. JOSÉ BERMEJO VERA.....</b>	<b>517</b>
Por el Excmo. Sr. Don Ramón Salanova Alcalde	





## PRESENTACIÓN

Este Anuario 2019 de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación sale de la imprenta con un importante contenido cuantitativo y cualitativo, fiel reflejo de la actividad pública de la Institución durante el pasado año, en su apertura a la sociedad.

Tres son los discursos de ingreso de sendos Académicos, dos de Número, Don Juan Antonio García Toledo y Don Isaac Tena Piazuelo, y un Correspondiente, Don José Luis Artero Felipe, con temas tan interesantes como lo derechos históricos de Aragón, el testamento de hermandad vasco o las sucesiones hereditarias en el cine.

Los actos de apertura y cierre de curso han podido contar también con importantes disertaciones sobre la libertad de testar y la interpretación del Tribunal Supremo español de la Convención de Nueva York, de 2006, sobre los derechos de las personas discapacitadas, en su adaptación al Derecho civil español vigente, a cargo, respectivamente, de Don Victorio Magariños Blanco y Doña María Ángeles Parra Lucán.

La Academia ha querido reconocer los extraordinarios valores del Académico de Número, Don Ambrosio Aranda de Pastor, nombrándole Académico de Honor, título que sólo él ostenta en la actualidad. Y lo hizo en un acto solemne celebrado en el Patio de la Infanta, de la Fundación Ibercaja, en el que el Presidente de la Academia glosó la figura del homenajeado y éste pronunció una alocución llena de sentimiento.

En el mismo acto, se procedió a la entrega de los Premios “Castán Tobeñas” y “Gascón y Marín”, de Derecho privado y Derecho público, respectivamente, convocados para la participación de juristas menores de treinta cinco años, de

habla hispana. En el Anuario se incluyen los textos de ambos trabajos premiados, conseguidos en esta ocasión por sendos profesores iberoamericanos, Doña Joanna Pereira Pérez (cubana) y Don Cristian Altavilla (argentino). El cierre del acto corrió a cargo del Decano de la Facultad de Derecho de Zaragoza, Don Javier López Sánchez, glosando magistralmente los trabajos premiados.

Dos interesantes conferencias completan el contenido del Anuario. Una a cargo del Académico de Número, Don Luis Alberto Gil Noguerras, acerca de la normativa vigente en España en materia de cinematografía. Y otra, en la presentación del Anuario anterior, pronunciada por el entonces Alcalde la Zaragoza, Don Pedro Santistevé Roche, sobre la calidad normativa en el Derecho español.

Amigo lector, en tus manos tienes una publicación con la que la Academia trata de participar activamente en el mantenimiento y desarrollo de la juricidad en Aragón. Espero que disfrutes con ella.

JOSÉ-LUIS MERINO HERNÁNDEZ  
PRESIDENTE

## **SALUDO DEL ALCALDE DE ZARAGOZA**

Excmo. Sr. Don Jorge Azcón

### **EL DERECHO Y LA CONVIVENCIA**

Un año más, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación patetiza y resume en este anuario la destacada y fecunda actividad que desarrolla a lo largo del ejercicio en aras de su objetivo principal: constituirse en un centro generador y difusor de cultura jurídica que presta especial atención al Derecho civil aragonés, una de las principales señas de identidad de nuestra comunidad autónoma y un legado histórico con plena vigencia del que tenemos que sentirnos orgullosos y que debemos impulsar como una herramienta especialmente útil para nuestra convivencia.

La administración de Justicia es un pilar básico e insustituible para el buen funcionamiento de nuestro sistema democrático. Una adecuada producción legislativa, pegada a la realidad social y sus necesidades, y la correcta aplicación de las normas son elementos esenciales para garantizar los derechos y libertades de todos los ciudadanos, que es en definitiva el sustrato fundamental que asegura la convivencia democrática y pacífica de nuestra sociedad.

Por eso es importante resaltar la profesionalidad, el rigor y la ejemplaridad con que en Aragón se trabaja en los diferentes ámbitos relacionados con el Derecho. El buen hacer de esta Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, presidida por José Luis Merino Hernández, es perfecta muestra de esa labor que se lleva a cabo en nuestras instituciones jurídicas y judiciales, desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza hasta nuestros tribunales, con sus jueces y fiscales, pasando por el Colegio de Abogados o el Justiciazgo. Desde todas ellas, en sus diferentes atribuciones y competencias (académicas, administrativas, divulgativas, profesionales...) se presta un servicio impagable al conjunto de la sociedad que redundará en su avance y mejora.

Creo de justicia resaltar la brillantez con que en los últimos años el sistema judicial, y muy especialmente el Tribunal Supremo, ha abordado la deriva ilegal del independentismo catalán, sin duda el mayor desafío lanzado contra nuestro sistema constitucional.

Los españoles debemos estar orgullosos de ese sistema judicial que garantiza las libertades y derechos de todos por igual en todas las comunidades de España. Y eso es así gracias al trabajo de jueces, magistrados y fiscales, que desarrollan un desempeño de enorme relevancia en el fortalecimiento de nuestra sociedad y en el mantenimiento de los preceptos y valores de nuestro sistema constitucional.

Quienes pretenden saltarse las normas para conseguir sus objetivos políticos tienen que saber que van a tener enfrente siempre la razón y el peso de la ley. Porque en nuestro sistema democrático cabe cualquier ideología, pero sólo siempre y cuando respete las leyes que nos hemos dado para garantizar nuestra convivencia.

Quiero aprovechar también estas líneas para expresar la firme voluntad del gobierno que presido por defender la independencia del poder judicial y por mantener desde el Ayuntamiento de Zaragoza una adecuada relación institucional, basada en el respeto a la ley y a las decisiones emanadas de jueces y tribunales. Es muy importante que desde las otras administraciones y poderes públicos respetemos su trabajo y dignidad.

Porque cada uno desde nuestra administración, tenemos el reto de impulsar la mejora no sólo de las instituciones públicas que dirigimos, sino también de impulsar la mejora de la sociedad democrática que entre todos construimos día a día. Siempre con la Constitución y el ordenamiento jurídico como garantes supremos de los derechos y las libertades de todos los ciudadanos.

Finalizo estas palabras con el deseo de que esta Academia prosiga en los años venideros con su excelente línea de trabajo, en la cual considero muy positivo el convenio de colaboración que suscribió con el Ayuntamiento de Zaragoza en 2018 con el objetivo de promover y difundir el Derecho aragonés, privado y público.

## **MEMORIA DE ACTIVIDADES DEL AÑO 2019**

La Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, ha tenido un año 2019 pleno de actividades jurídico-culturales, todas ellas abiertas al público, celebradas habitualmente en el salón de actos del Colegio Notarial de Aragón, sede de la Academia.

El día 7 de febrero, el entonces Alcalde de Zaragoza, Don Pedro Satiesteve Roche, comparecía en la presentación del Anuario 2018 de la Academia, cuya financiación había corrido a cargo del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, con el que la Academia de Jurisprudencia mantiene un acuerdo de colaboración, firmado entre ambas instituciones, en 2018.

En el acto, el Alcalde pronunció una conferencia en torno a algunas cuestiones sobre la calidad normativa y sustancialmente, sobre el reto al que ésta se enfrenta ante una ingente proliferación de normas, provocada sustancialmente por tres causas: el advenimiento del Estado social, la diversificación de centros de producción de normas y la necesidad de regular la aparición de novedosas relaciones jurídicas.

El día 21 de marzo tenía lugar el ingreso como Académico de Número del conocido Abogado del Estado, y antiguo Letrado de las Cortes de Aragón, Don Juan Antonio García Toledo, con un interesante discurso sobre un tema de actualidad: “Derechos históricos y Constitución: estado de la cuestión. El caso de Aragón, en particular”.

En él, con una gran precisión jurídica, hacía un fino análisis de las Disposiciones Adicionales Primera y Tercera de la Constitución española, analizando el concepto de “derecho histórico”, su encaje constitucional y su posible aplicación a la Comunidad Autónoma de Aragón.

Tras ese análisis, comentaba, con una severa crítica, la Ley 8/2018 de las Cortes Aragón, poniendo de manifiesto los a su juicio aspectos inconstitucionales de la norma.

Contestó a su discurso el también Académico de Número y actual Presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de España, Don Manuel Pizarro Moreno, manteniendo una línea de pensamiento en todo concorde con la del nuevo Académico aragonés.

En el mes de Abril tuvo lugar la conferencia, con apoyo de audiovisual, impartida por el Académico de número Don Luis Alberto Gil Noguerras, acerca de los contornos de la regulación del cine en España.

El día 29 de mayo, la Academia celebró un importante acto en el Patio de la Infanta de la Fundación Ibercaja. En él se procedió en primer lugar a entregar el título de Académico de Honor al veterano Notario zaragozano, Don Ambrosio Aranda de Pastor, quien agradeció la distinción con un discurso lleno de emoción y de agradecimiento.

En el mismo acto se procedió a la entrega de los premios que la Academia convoca anualmente, uno de Derecho privado denominado “Castán Tobeñas”, y otro de Derecho público bajo la advocación de “Gascón y Marín”. Son premios para juristas jóvenes, menores de 35 años, de habla hispana.

Presidió el acto el Director General de la Fundación Ibercaja, patrocinadora de los premios, Don José Luis Rodrigo Escrig.

El premio de Derecho privado lo ganó una joven profesora cubana de la Universidad de La Habana, Joanna Pereira Pérez, con un excelente trabajo sobre la discapacidad y la Convención de Nueva York de 2006, en el que analiza el desarrollo de este importante convenio internacional, arriesgando, incluso, interesantes propuestas de futuro.

El premio de Derecho público lo obtuvo un profesor argentino de la Universidad de Córdoba (Argentina), Cristian Altavilla, con un interesante trabajo acerca del recurso de inconstitucionalidad en Argentina, poniendo de manifiesto los diferentes sistemas, todos ellos judiciales, existentes en las distintas provincias de la República, notablemente diferentes de los sistemas clásicos europeos.

En el mismo acto pronunció un bien documentado discurso el Decano de la Facultad de Derecho de Zaragoza, Don Javier López Sánchez, analizando pormenorizadamente los dos trabajos premiados.

El día 18 de junio, la Academia celebró el fin de curso con una conferencia a cargo del Notario y miembro de la Comisión General de Codificación, Don Victorio Magariños Blanco, bajo el título “La libertad de testar”. En él hacía una crítica severa de los viejos sistemas legales en los que se impone la llamada “legítima”, es decir, la obligación por parte de los padres de dejar, en herencia, una parte de su patrimonio, obligatoriamente, a sus hijos. Y defendió, con sólidos argumentos, el derecho de toda persona a dejar sus bienes, libremente, a quien tenga por conveniente, sin imposiciones legales, para él ya trasnochadas.

La apertura del curso académico 2019-2020 tuvo lugar el día 19 de septiembre. En él pronunció una conferencia la Magistrada del Tribunal Supremo, Doña María Ángeles Parra Lucán, bajo el título “Hacia una reforma del régimen de la discapacidad, la doctrina del Tribunal Supremo y la Convención de Nueva York”. Una materia de sumo interés, en unos momentos en los que el legislador español todavía no ha cumplido con el mandato de la ONU, y es el Tribunal Supremo español el que, a través de sus sentencias en casos concretos, intenta acomodar al Derecho español la Convención neoyorquina.

El día 21 de Noviembre, esta vez en el salón de actos del Colegio de Abogados de Zaragoza, leía su discurso de ingreso en la Academia el abogado Don José Luis Artero Felipe, con un título curioso y sugerente: “Sucesiones, herencias y testamentos en la Historia del cine”. En él hacía un repaso a más de setenta películas, de todos los tiempos, en las que estaba presente alguna cuestión relacionada con herencias. La contestación de su discurso corrió a cargo del Académico de número don Luis Alberto Gil Nogueras

La Academia participó con la presencia de varios de sus miembros en los III Encuentros de Academias Jurídicas Iberoamericanas celebrada los días 22 a 24 de Noviembre en Extremadura para conmemorar los 25 años de la constitución de la Conferencia de Academias Jurídicas Iberoamericanas, donde al margen de la necesaria renovación de cargos, se trataron temas de interés, preparatorias de la próxima Conferencia a celebrar en suelo americano.

El año 2019 se cierra con un nuevo discurso de ingreso, en esta ocasión del nuevo Académico, Don Isaac Tena Piazuelo, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, en el que analiza la nueva regulación del Derecho civil vasco en materia de testamento mancomunado o de hermandad, y hace el análisis comparativo con igual figura del Derecho civil aragonés. El Académico de número don Francisco Mata Rivas fue en esta ocasión el encargado de contestar su discurso.

LUIS ALBERTO GIL NOGUERAS  
VOCAL DE PUBLICACIONES





**DISCURSOS  
DE  
INGRESO**



# **DERECHOS HISTÓRICOS Y CONSTITUCIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN. EL CASO DE ARAGÓN, EN PARTICULAR**

Excmo. Sr. D. Juan-Antonio García Toledo

## **I. PRELIMINAR**

No como mera norma de cortesía, sino como sincera expresión emanada de lo más profundo de mi corazón, quiero iniciar esta emotiva intervención, en la que trataré de sustanciar el trámite de la lectura de mi discurso de ingreso a la Academia, dando las gracias efusivas a todos los señores académicos que por indulgente cariño hacia mi persona, que no por méritos propios, decidieron abrirme en su día las puertas de esta digna Corporación, disponiendo por unanimidad mi incorporación, a propuesta de quien entonces era Presidente y en la actualidad también lo es, D. José Luis Merino Hernández.

Siguiendo en este mismo camino de agradecimientos, quisiera dejar, *hic et nunc*, constancia de todo lo que no solo en el orden profesional sino también en el personal debo a determinados juristas, sin cuya intervención mi incipiente vocación no se hubiera desarrollado en los términos en que lo ha hecho. Consciente de que la relación de tales juristas debe ser forzosamente breve, quiero referirme en primer lugar, durante el período de mi formación universitaria, al eminente jurista D. José Luis Lacruz Berdejo, insigne catedrático de Derecho Civil y maestro de civilistas, que atrajo mi interés no solo por dicha rama del Derecho Privado, y muy en especial por la del Derecho Foral aragonés, sino por todo el vasto mundo de lo jurídico, y al que debo lecciones fundamentales sobre la investigación y la interpretación jurídicas. A continuación, resulta obligada la cita del ilustre e ilustrado Abogado del Estado D. Jesús Solchaga Loitegui, responsable absoluto y único de mi etapa de preparación para el ingreso en dicho Cuerpo, y sabio, prudente y paciente consejero sobre cualquier asunto jurídico y personal que durante

mi vida le he planteado. Esta nómina quedaría incompleta si no hiciera una alusión colectiva a todo lo que he aprendido de mis compañeros abogados del Estado en los diversos destinos que he servido, incluyendo a los que se encontraban ya en situación de jubilación, entre los que quiero destacar a D. José de Calasanz Lorente Sanz, Académico de Honor que fue, con el que me unieron vínculos indelebles en la última etapa de su vida, así como a mis compañeros en la Comisión Jurídica Asesora y en el Consejo Consultivo de Aragón. También quiero invocar la memoria de D. Manuel Giménez Abad, con el que trabajé muy intensamente en los primeros momentos de la Comunidad Autónoma de Aragón, y cuyo asesinato por el terrorismo etarra no ha impedido la continuación de su labor a través de la Fundación de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico que, bajo su nombre, desarrolla el fecundo trabajo por todos conocido.

Finalmente, y no por ello menos profundo, deseo expresar aquí un especial agradecimiento a mi querido amigo y compañero D. Manuel Pizarro Moreno, *amicus certus in re certa*, por realizar la contestación a mi discurso de ingreso. Son ya muchos los años compartidos en vivencias de todo tipo y ahora se incrementa la cuenta de mi “debe” para con él.

Por otra parte, debo dar alguna explicación sobre la elección de la materia de mi discurso, que versa sobre el ámbito y el alcance de la Disposición Adicional Primera (en adelante, DAP) de la vigente Constitución española de 1978, partiendo de su origen para analizar a continuación cuál ha sido su entendimiento por la doctrina y su evolutiva interpretación por el Tribunal Constitucional, y finalizar con la consideración de sus posibilidades en una relectura del texto constitucional. Dentro de este análisis jurídico, la segunda parte del discurso tiene por objeto el examen de la posible aplicación del precepto a la Comunidad Autónoma de Aragón, lo que exige repasar datos históricos y el tratamiento de la cuestión a partir de las previsiones estatutarias, para terminar con un *excursus* sobre las iniciativas legislativas presentadas en las Cortes de Aragón sobre esta materia.

En definitiva, habiendo sido el propio texto constitucional el que plantea el reconocimiento de los derechos históricos, por encima de un valor meramente simbólico, el atractivo del tema propuesto radica en la esencia de tal binomio, que exige escudriñar las posibles relaciones de enfrentamiento y de síntesis entre las categorías de la Constitución y de los Derechos Históricos.

## II. CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HISTÓRICOS.

**II.1.** La Constitución española de 1978 se refiere de forma global a los derechos históricos como fundamento del autogobierno cuando establece en la DAP que: “La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.”

En definitiva, lo que muestra la DAP es la relación dual entre la Constitución, como norma jurídica fundamental del Estado, la *norma normarum*, y los derechos históricos de los territorios forales, cuya recepción constituye una singularidad del ordenamiento constitucional español. Pero no se trata de una mera declaración retórica o simbólica, como en ocasiones se ha sugerido por algunos, por lo que resulta indispensable precisar el alcance del binomio compatible formado por la Constitución, como resultado de la voluntad del constituyente, en representación del pueblo soberano, expresada democráticamente en un momento determinado y con proyección hacia el futuro, y por los derechos históricos de los denominados territorios forales, que provienen de un pasado anterior a 1978 (podría considerarse, en virtud de una interpretación contextual, que con la expresión derechos históricos se trata de restaurar la validez jurídica, concepto no coincidente con el de vigencia, del régimen foral anterior a 1839, para lo que la Constitución abole las leyes en virtud de las que dicho régimen fue sometido a modificaciones), pasado en el que tuvieron vigencia, si bien lo que aquí interesa no es la mera existencia de identidades colectivas históricamente contrastadas, previas a la Constitución, sino el análisis jurídico de tales derechos históricos como configuradores de un régimen foral, caracterizado por la expresión de unos derechos, de unas competencias y de unas instituciones vigentes en el pasado.

Ciertamente, tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía son expresión del racionalismo normativo, fundamentado en Europa desde los inicios de la mitad del siglo XX en dos ejes fundamentales: por un lado, el principio democrático, constitucionalizando la soberanía popular a través del sufragio universal y la participación del pluralismo político a través de las elecciones, para garantizar la alternancia de opciones políticas; y, por otro lado, la complementariedad de dos valores constitucionales, la libertad y la igualdad.

Por ello, cuando la norma constitucional acoge determinadas realidades colectivas sustentadas históricamente, como expresión de derechos e instituciones de derecho público o privado, solo puede hacerlo de conformidad con los parámetros de racionalidad jurídica que la Constitución incorpora. Es así como la invocación a realidades históricas se expresa a través de una norma jurídica

constitucional previamente legitimada por la voluntad popular, es decir, avalada por el principio democrático. Este es el cabal entendimiento de la DAP: son la Constitución y los Estatutos de Autonomía los que, de acuerdo con su contenido, predeterminan y condicionan la conexión existente entre los derechos históricos y el ordenamiento jurídico vigente. Son los únicos instrumentos normativos que sirven para modular el pasado normativo-institucional según las previsiones generales del bloque de constitucionalidad, y, en definitiva, para permitir la asunción de derechos históricos. La remisión a la historia en ningún caso puede violentar los principios constitucionales del Estado social y democrático de derecho. No cabe una doble legitimidad, una basada en el principio democrático y otra de raíz historicista.

## **II.2.** Sentado lo anterior, qué son para la Constitución los derechos históricos y cómo accedieron a la Constitución?

La DAP significa la decisión del constituyente de constitucionalizar el régimen foral, o, en palabras de Lucas Verdú, la penetración de la historicidad en el ordenamiento constitucional español. Desde otra perspectiva, sus términos literales, vagos, indeterminados y ambiguos, desplazan, al decir crítico de García Pelayo (apenas tres meses antes de su sanción real tras ser ratificada en referéndum, y a la vista del texto aprobado por la Comisión Constitucional del Senado, posteriormente decaído), los efectos reales de la norma al juego de los partidos y, en general, a las actitudes y relaciones entre los actores políticos. Según este mismo autor, la de “derechos históricos” es una expresión anticuada y extravagante en los tiempos actuales, anclada aparentemente en el espíritu de la escuela histórica del derecho, cuyas tesis constituyeron una de las bases ideológicas de los movimientos tradicionalistas y reaccionarios del siglo XIX, frente a las tendencias racionalistas y progresistas. Al respecto, considera García Pelayo que la idea de los derechos históricos representa la transferencia a entidades territoriales de los principios legitimistas originariamente formulados para las monarquías. Sustitución de la legitimidad racional por la legitimidad tradicional, aun cuando la tradición se haya interrumpido por períodos extensos de tiempo.

Por su parte, García de Enterría se refirió, ya en momento temprano, a la identidad cultural y social de ciertas nacionalidades y regiones, valorándola como un hecho surgido de la historia y por tanto respetable, pero matizando que la historia ofrece escaso apoyo para intentar articular el mecanismo institucional que pueda ofrecer a dichas entidades la autonomía que la Constitución les garantiza. En concreto, señaló que “construir las autonomías no es una labor de rectificar

la historia, de retomarla en una de sus encrucijadas pasadas e intentar reanudarla por el lado de lo que pudo ser y no fue”. Por ello, propone una dieta rigurosa de historicismo al articular el nuevo sistema político, cuya raíz jurídica es la Constitución y no los títulos históricos, “siempre imprecisos, siempre equívocos siempre interpretables en amplísimos márgenes, siempre portadores de gérmenes de privilegios...”.

En todo caso, ha de reconocerse que la DAP fue introducida por el constituyente para resolver el problema de la existencia de hechos diferenciales difícilmente reducibles a un régimen común. Su texto fue aprobado por unanimidad en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso, aceptando una enmienda suscrita por todos los grupos parlamentarios, salvo la Minoría Vasca, cuya enmienda había sido derrotada en votación previa. En la Comisión Constitucional del Senado, el Grupo Vasco presentó una enmienda con el siguiente texto alternativo, que fue aprobado: “La Constitución reconoce y garantiza los derechos históricos de los territorios forales, cuya reintegración y actualización se llevará a cabo de acuerdo entre las instituciones representativas de dichos territorios y el Gobierno. A este efecto se derogan, en cuanto pudiera suponer abolición de derechos históricos, las leyes de 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1876 y demás disposiciones abolicionarias.- El Estatuto de Autonomía que se elabore para la incorporación de los derechos históricos al ordenamiento jurídico será sometido a referéndum de los territorios afectados y al voto de ratificación de las Cortes Generales, y en caso de ser ulteriormente aprobado, será promulgado como ley. En ningún caso podrá ser lesionada la foralidad actualmente vigente de Alava y de Navarra.”

Pero más tarde, en el Pleno se volvió al texto aprobado por la Comisión del Congreso, a través de un voto particular del grupo de UCD (129 votos a favor, 13 en contra y 78 abstenciones). En dicha sesión, incluso llegó a solicitarse la suspensión por el portavoz vasco, por los intentos negociadores últimos que se estaban llevando a cabo. Y el Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes (PSI, al que estaba adscrito el senador profesor Lorenzo Martín-Retortillo, que ha dejado crónica escrita de estos avatares) presentó una enmienda in voce para intentar alcanzar una solución: se proponía la supresión de la DAP y de los dos párrafos del número segundo de la disposición derogatoria. La iniciativa se debía al impulso del Grupo de Senadores Vascos, intentando que el tema de los derechos históricos no quedara reflejado en la Constitución, con lo que “todas las provincias en que hoy se descompone el Estado español quedarían sujetas a idéntico tratamiento” (así figura en el Diario de sesiones la explicación de Villar, como portavoz de del Grupo PSI). Lo cierto es que pese a las oportunidades que

hubo para el diálogo y la negociación, no se llegó al consenso sobre ninguna fórmula, pareciendo que los senadores vascos, o quienes inspiraban sus decisiones, preferían una derrota que pudiera justificar más adelante su falta de apoyo a la Constitución. En dicha tesitura, el Grupo PSI intervino, para una cuestión de orden, solicitando la retirada de la votación para su enmienda in voce. Así se volvió al texto aprobado por el Congreso.

**II.3.** Puede convenirse que uno de los más destacados esfuerzos dogmáticos realizados para desentrañar el concepto, la idea de los derechos históricos, se debe a Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y en otras obras posteriores en las que ha vuelto reiteradamente sobre dicha cuestión.

Al enfrentarse a la interpretación de la DAP, cuyo carácter normativo no debiera discutirse, sugiere aplicar los criterios hermeneúticos establecidos por el art. 3 del Código Civil, en el ámbito de su título preliminar.

Respecto al criterio literal, “el sentido propio de sus palabras”, se ha planteado el uso lingüístico utilizado, como si se limitara a contener meras descripciones ajenas al lenguaje normativo, netamente imperativo, pero ello equivaldría a negar el propio objeto de la interpretación o el intrínseco carácter normativo de un precepto constitucional. Antes al contrario, se trata de una cláusula definitoria, la recepción constitucional de un concepto doctrinal, que permite, según Solozábal, “la integración y la comprensión sistemática y ponderada de otros preceptos que regulan la institución en cuestión”.

En cuanto al contexto, viene constituido por el derecho (general) a la autonomía de “las nacionalidades y regiones” (art. 2 de la Constitución) que integran la Nación española, así como por el conjunto de normas que regulan las vías para acceder a la autonomía y el régimen de organización y competencial que han de prever los Estatutos de Autonomía (título VIII de la Constitución). Si en ese contexto la DAP establece lo que dice, lo racional es concluir que pretende significar algo distinto de lo establecido en el resto de la Constitución o, como corolario obligado, que los derechos históricos son algo distinto del derecho a la autonomía reconocido por el art. 2, así como que su actualización general no puede consistir ni limitarse a la mera reiteración de las disposiciones del Título VIII.

Si el constituyente de 1978 utiliza el concepto de los derechos históricos, como categoría propia y diferenciada, para averiguar cuál sea su sentido no habrá que limitarse a los meros antecedentes legislativos sino que habrá que atender, de un modo no accidental, a los criterios históricos. O dicho de otra forma, a una in-



interpretación técnica en función histórica, ya que, en cita de Windscheid traída por M. Herrero, la ley, aun cuando pueda ser solo voluntad del legislador, utiliza “la sabiduría de los siglos que nos han precedido”. Las instituciones jurídicas, más que cualesquiera otras, han sido modeladas por la historia, y a ella hay que acudir para desentrañar y descubrir la clave de su más profundo sentido.

Como ha escrito Bartolomé Clavero, Derechos Históricos y Constitución son dos categorías distintas y antagónicas, como lo son el Código y el Fuero, tributario de la razón el primero y de la historia el segundo. Desde sus orígenes el constitucionalismo ha sido anti-foral por anti-histórico y racional. Los Fueros se basan en el ser histórico mientras la Constitución es expresión de la voluntad general soberana y es manifestación del deber ser de la razón. Pero aun siendo ello así, es lo cierto que la DAP reconoce, ampara y respeta la foralidad, por lo que debe buscarse de un modo preferente la síntesis entre constitucionalismo y foralidad, no cabe presentar como realidades contrapuestas la normatividad y la historicidad, porque es la primera, a través de la propia Constitución, la que se abre a la segunda. Por eso, Solozábal ha podido referirse, con precisión, al constitucionalismo foral. Es el pueblo español soberano, como sujeto único constituyente, quien decide constitucionalizar el régimen foral.

¿Cómo alcanzar dicha síntesis?

**II.4.** Herrero ha utilizado la pauta del Derecho privado, explicando dentro de su ámbito el tránsito del Fuero al Código como el resultado de una triple acción, que en el caso español ha venido significada por la carencia de una ciencia jurídica propia, la pluralidad de ordenamientos codificables y, finalmente, el pacto. En cuanto al primer elemento, para sistematizar un derecho nuevo primero hay que conocer científicamente el existente y depurarlo; para formular un código tienen que existir previamente unas instituciones de derecho español y antes de las instituciones debe haber ciencia jurídica. La pluralidad de ordenamientos codificables se reconoce ya en 1889, orientada a la preparación de un Código civil general, y adquiere un carácter definitivo a través de la reforma del Título Preliminar del Código Civil (ley de bases de 1973 y texto articulado de 1974) y la capacidad de renovación legislativa de las Comunidades Autónomas “allí donde existan los derechos civiles forales o especiales”. Y, al menos en el caso del Fuero Nuevo de Navarra, responde a un verdadero pacto de Estado.

Con este parangón, Herrero diseña la mediación entre la Constitución y los derechos históricos. Parte de la elaboración conceptual de éstos como categoría jurídico-política, explicita su significado mediante la tarea interpretativa de

lo que supone su reconocimiento constitucional y, finalmente, se sirve de todo ello para elaborar una doctrina del poder constituyente. Sin embargo, admite que dicha secuencia (elaboración conceptual- tratamiento jurídico-positivo-pacto político) no se ha cumplido en el ámbito del Derecho público. Los constituyentes de 1978 abordaron la cuestión foral planteada por vascos y navarros de un modo intuitivo, sin conocer el fondo del problema a resolver, los instrumentos a utilizar ni las situaciones paralelas de derecho comparado.

Este es el verdadero mérito de la elaboración conceptual a la que intenta contribuir M. Herrero, con las explicaciones que a continuación se recogen.

La premisa previa es identificar el origen de la noción de derechos históricos que utiliza la DAP. Se suele aceptar sin controversia que su origen inmediato está en el fuerismo y nacionalismo vasco, pero es igualmente indudable que la figura cuenta con antecedentes y plasmaciones paralelas, como resulta de la aportación de Javier Herrero García, para quien las fuentes del tradicionalismo conservador o carlista fueron estrictamente francesas y no autóctonas.

Los antecedentes pueden escudriñarse en la propia tradición historiográfica vasca y sus comparables, que remiten a la llamada Constitución tradicional, que, tras la irrupción del principio de las nacionalidades, dio lugar a la articulación jurídico-política del concepto derecho histórico. En el origen estaban los dogmas históricos, formulados desde la mitología, como fundamentación afectiva de una reivindicación estrictamente política. Pero tales dogmas o mitos son solo elementos probatorios, entre otros, del derecho que se alega; no cabe confundir el mito histórico con el derecho alegado. Existían hechos, instituciones públicas y privadas, que los interesados consideraban su derecho, para cuya prueba invocaban, además de otros datos reales, psicológicos o estratégicos, determinadas leyendas convertidas en mitos o dogmas históricos. Lo que trasciende es la conciencia colectiva que expresa el espíritu del pueblo. Los derechos históricos no pueden fundamentarse en episodios más o menos reales pero mitificados; pero, ciertamente, tales mitos revelan un estado de la conciencia colectiva y como tales tópicos historiográficos deben considerarse. Como exponente de una autoconciencia del hecho diferencial.

Pero la noción de derecho histórico tiene una fuente más objetiva: la Constitución tradicional o Constitución histórica, como instrumento de oposición al absolutismo, para afirmar una situación de hecho que se considera amenazada o para reivindicar el restablecimiento de unos derechos. Así, desde que en la Edad Media se consolida la noción del país y se configura una comunidad territorial como cuerpo espiritual, para cuya representación corporativa se invocan derechos

históricos en las Asambleas estamentales y en el Consejo Ejecutivo, hablándose de una Constitución histórica de tales instituciones. Más adelante, en los siglos XVII y XVIII, la reacción antiabsolutista plantea la apelación a una Constitución histórica que limitaba los derechos de la Corona y potenciaba las competencias estamentales. Y finalmente, así como en algunos casos las instituciones históricas representativas no se destruyen sino que se democratizan, igualmente se democratiza el concepto de derecho histórico, que se convierte en un elemento al servicio de la autodeterminación nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, Herrero recapitula en el sentido de que el concepto derechos históricos es una “tradicción inventada” (inventar no es falsear, es descubrir, matiza el autor), esto es, un replanteamiento de la historia y no una herencia suya, como corresponde a la afirmación de una identidad nacional: la voluntad de ser en que la nación consiste reclama un pasado y construye una historiografía. Se trata de expresar y reforzar la identidad y cohesión de la comunidad. En este sentido, los derechos históricos existen para afirmar la identidad del hecho diferencial, sin que pretendan contenidos concretos.

A partir de aquí, de las constituciones estamentales del Antiguo Régimen, revitalizadas en la Europa central y oriental tras el Acta final de Viena, se construye definitivamente la noción de Derecho Histórico, merced a un proceso de abstracción que posibilita su recepción y posterior utilización como categoría. Los Derechos Históricos se enraízan en el derecho constitucional histórico de las entidades histórico-políticas integrantes del Imperio de Austria; siguiendo la exposición de García Pelayo, bajo la expresión “historische Staatsrecht” (derecho político histórico) se significaba la restitución de los antiguos territorios y derechos mayestáticos poseídos por las coronas húngara, bohemia y croata antes de su incorporación al imperio de los Habsburgo.

Con carácter general, los Derechos Históricos significan la posición de las comunidades histórico-políticas, concepto que apela, por una parte, a la afirmación de la propia personalidad (expresión de identidad nacional) y, por otra, a la articulación con un conjunto global. La categoría cuenta con precedentes, así, en la poliarquía propia del Antiguo Régimen, se producía en ocasiones la superposición de entidades políticas que, conservando su personalidad, se articulaban en entidades más amplias. Sobre estos precedentes, los teóricos de los derechos Históricos en la Centroeuropa decimonónica (Von Werburg, el conde Scecsen, Joseph von Eötvös...) elaboran el concepto de comunidades histórico-políticas, como “partes sustantivas de la Monarquía”, entidades dotadas de propia personalidad y no meras circunscripciones orgánicas administrativas. El Derecho Histórico se contempla así como un hecho existencial con relieve jurídico. El acento

significante se pone más en la personalidad que en la titularidad, en la propia realidad de “una magnitud intensiva que existe dotada del poder normativo de los hechos”. De ahí las características de irrenunciabilidad y de imprescriptibilidad que se predicen del Derecho Histórico.

Los doctrinarios austrohúngaros aportan la democratización de los derechos históricos y de su correlato, la comunidad histórico-política. Se produce una transferencia a entidades territoriales de los principios legitimistas clásicos de la monarquía; el territorio aparece como “*corpus politicum*”, protagonizado por un pueblo, lo que democratiza la legitimidad, acogiendo la reivindicación nacional a través de las comunidades. Por otra parte, los derechos históricos funcionan como marco de referencia para la legitimación democrática, al ser instrumentos necesarios para la determinación del sujeto de la propia autodeterminación política. Finalmente, una vez determinado el sujeto, es posible su evolución institucional hacia fórmulas constitucionales y democráticas.

**II.5.** En definitiva, son dos los elementos a tener en cuenta: el *corpus*, o situación histórica pasada, cuya reintegración se pretende, y el *animus*, la afirmación de una personalidad propia que justifica la reivindicación de dicha reintegración. Mas lo que importa del pasado histórico, más que hechos e instituciones concretas a investigar historiográficamente para su reconstrucción, es el modo de afirmar un particularismo, es decir, el *animus*.

Por ello, el contenido de los derechos Históricos debe identificarse con su propia historicidad, más que con una determinada imagen (como pudiera ser la imagen de la foralidad socialmente vigente en un determinado momento, según la tesis de Tomás Ramón Fernández, posteriormente acogida por nuestro Tribunal Constitucional). La consecuencia, para Herrero, es que ello los convierte en un “a priori material” de la norma, no derivado de la Constitución sino anterior a la misma, por tanto, pre y para normativo, pre y para constitucional. Esta posición es, quizás, la que presenta más dificultades para su asimilación en unos términos absolutos. En todo caso, es el pueblo español, como único sujeto constituyente, a través de sus representantes, quien asume la decisión de constitucionalizar el régimen foral, brindándole de este modo la garantía de su ejercicio, abriendo la norma a la historicidad. Sin embargo, como ha escrito Tudela Aranda, admitir los derechos históricos como un a priori material significa que no son una creación constitucional, y, sobre todo, que son inmunes a una revisión constitucional, suponiendo para sus titulares una reserva permanente de autogobierno por la infungibilidad del mismo hecho diferencial, que da “derecho a ser con propia identidad”.

La armonía o síntesis se alcanza considerando, por una parte, que, si según el tenor literal de la DAP, “la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales”, éstos existen antes y al margen de la Constitución, su preexistencia es ontológicamente necesaria para posibilitar su amparo y respeto, y, por otra parte, que es su actualización en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, la que permite y garantiza su vigencia, ejercicio y aplicación.

De este modo, para que los derechos históricos desempeñen el juego constitucionalmente previsto, es necesario un proceso de actualización (que Herrero califica como auténtica novación en sentido técnico), que se compadece bien con la naturaleza de la foralidad, caracterizada por las notas de flexibilidad y adaptación a las circunstancias cambiantes de cada tiempo, viviendo sucesivas transformaciones de sus instituciones, de sus competencias y de sus diversos regímenes políticos y administrativos. Bien entendido que la actualización no es la mera modernización, sino que su significado profundo consiste en pasar de la potencia al acto, extrayendo consecuencias concretas y determinadas de la existencia de esa personalidad política propia y diferenciada, a efectos de establecer su organización política y jurídica.

La novación puede afectar a los diversos elementos de una relación jurídica, distinguiendo la novación subjetiva, la novación objetiva y la forma misma en que la actualización tiene lugar.

Subjetivamente, es un hecho notorio que los titulares de los derechos históricos han ido cambiando a través del tiempo.

Navarra mantiene desde la Edad Media una personalidad definida y acabada que no se pierde con el proceso de incorporación del Reino a la Corona de Castilla, de lo que da muestra el acuerdo pactado entre las representaciones de la Administración del Estado y de la Diputación Foral de Navarra para la reforma y modernización de su Régimen Foral (formalizado como Ley Orgánica 13/1982, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, inmodificable unilateralmente en el futuro, y que supone no solo una denominación específica, Comunidad Foral, sino una peculiar vía de acceso a la autonomía y un régimen pactado de sus competencias).

Pero caso distinto es el de los territorios vascos, donde los municipios contaron también con protagonismo propio en la vida foral durante el Antiguo Régimen, siguiendo un acusado proceso de territorialización y provincialización durante el siglo XIX, erigiéndose las Diputaciones Provinciales, una vez suprimidos formalmente los fueros, como reivindicadoras de los derechos históricos en nombre de las provincias. Posteriormente, el País Vasco, Euskadi, adquirió también la

condición de territorio foral, junto a los tres territorios históricos que integran el País Vasco, las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya (así, el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/1979), cuyos órganos forales de los Territorios Históricos se regirán por el régimen jurídico privativo de cada uno de ellos, cuya naturaleza no se altera así como tampoco las competencias de los regímenes privativos de cada Territorio Histórico (art. 37 EAPV).

Es reseñable que la propia Disposición Adicional del Estatuto establece que la aceptación del régimen de autonomía ex Estatuto “no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados...”. Porque la DAP de la Constitución reconoce la existencia de derechos históricos, el posterior Estatuto de Autonomía, como instrumento de y para su actualización, procede a su salvaguarda y novación. Nótese bien la mutación o alteración del régimen de titularidades, que pasan de los territorios al pueblo vasco, pero nótese también que no se produce una sustitución de titularidades, los Territorios Históricos forales siguen siendo titulares de Derechos Históricos actualizados (y por actualizar en el futuro, como se desprende de la Disposición Adicional del Estatuto), incorporándose de nueva mano el País Vasco a dichas titularidades.

La DAP se refiere a los derechos históricos de los territorios forales, pero ni los cita ni los alude *nominatim*, no hay una enumeración, ni abierta ni cerrada, sencillamente no existe. Por eso, es razonable preguntarse cuáles son los titulares de los derechos históricos a que alude la Constitución.

A este respecto, ninguna duda existe acerca de que lo son Navarra (con una específica vía de acceso a la autonomía, y que carece de Estatuto de Autonomía, disponiendo, sin embargo, de una Ley de Reintegración y Amejoramiento de su Régimen Foral), así como Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, integradas como Territorios Históricos en la Comunidad Autónoma del País Vasco, que a su vez es también titular de derechos históricos, bien a título singular, bien en mano común con sus tres Territorios Históricos, como ocurre en materia tributaria, o, como sostiene Sáiz Arnáiz, como titular de competencias que son expresión de derechos históricos. Pesan aquí, además de antecedentes históricos, como las reivindicaciones de reintegración foral plena o íntegra de su régimen político-administrativo efectuadas documentalmente a lo largo de la segunda y tercera décadas del siglo XX (resulta curioso destacar que, sin embargo, en el Estatuto Vasco aprobado por las Cortes republicanas, tras el referendo popular de noviembre de 1933, no figura, más allá del Derecho Civil foral, ninguna referencia a los fueros o a los derechos históricos, siendo indirecta la alusión al Concierto económico en su art. 13) y, con posterioridad, en el año 1977 (declaración de 20 de julio de

1977 en el seno de la Asamblea de Parlamentarios Vascos con ocasión del 101 aniversario de la ley aboloria de 1876, aludiendo al derecho del pueblo vasco a recuperar sus instituciones históricas y conseguir la devolución del poder foral y libertades originarias de los vascos; y de modo similar, documento registrado por todos los diputados vascos en el Congreso el 25 de octubre de 1977), los propios trabajos parlamentarios de la vigente Constitución, en los que los territorios vasco y navarro aparecían como destinatarios inequívocos de la DAP, que trae causa, precisamente de la “enmienda foral” presentada por el PNV, que fue rechazada y sustituida por una propuesta alternativa más parecida a la redacción definitiva y que silenciaba la identidad de los territorios forales.

Es cierto que dicho silencio y el hecho de que algunos intervinientes en el debate constitucional aludieran a otras partes del territorio español como posibles sujetos de derechos históricos, es decir, como territorios forales, o, lo que es lo mismo, que tienen o han tenido fueros, permite que algunos autores se hayan esforzado en pro de una ampliación de los sujetos titulares de derechos históricos. Y ha de admitirse que, además del País Vasco y Navarra, Aragón y otros integrantes de su Corona tuvieron también fueros. La cuestión será tratada con mayor amplitud en la segunda parte de este discurso pero permítaseme dejar aquí constancia de que la Constitución deja un margen interpretativo amplio al no mencionar los territorios forales ni tampoco establecer límite temporal alguno para la consideración de la foralidad, que no se desprende ni de la literalidad del texto constitucional, ni del debate constituyente, aunque acaso sí de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que posteriormente será analizada. Más en concreto, en el debate en la Comisión Constitucional del Congreso el diputado Arzalluz, en la defensa de su enmienda, rechazada, afirmó ser consciente de que el tema de los derechos forales “no es exclusivo de los cuatro territorios históricos que superviven, tras la implantación del Estado liberal en España”; por su parte, el diputado Benegas defendió la enmienda firmada por diferentes grupos y aprobada por unanimidad, señalándola como la única posible “para constitucionalizar el respeto a los derechos históricos de los diferentes pueblos de España, entre los que se encuentra el Pueblo Vasco”; el diputado D. Emilio Gastón, del Partido Socialista de Aragón, afirmó que en Aragón tienen un derecho vigente pero que “nos faltan muchos derechos administrativos y públicos que en estos momentos, gracias a esta enmienda de disposición adicional, vamos a poder recuperar derechos que queremos y volveremos a conseguir”; finalmente, en su explicación de voto, Peces Barba replicó que “nos parecía inadecuada la mención concreta a las cuatro provincias vascas porque entendemos que el problema puede tener concreciones en algunas otras partes de nuestro país”, recordándole Arzalluz que él ya había dicho antes que existían otros territorios forales

Pese a todos los datos reflejados con anterioridad, es forzoso reconocer que entre las posiciones doctrinales que se han ocupado del asunto son muy mayoritarias las que limitan el ámbito de la DAP a las tres provincias vascas y a Navarra (por todos, Tomás y Valiente Sáiz Arnáiz, T.R. Fernández), encontrando un apoyo constitucional en la conexión de la DAP con el segundo apartado de la Disposición Derogatoria, refiriéndose a las dos leyes que recortaron el régimen foral de las tres provincias vascas, salvando la vigencia de la ley de 1839 para Navarra (“En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.- En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876”).

En concreto, Sáiz Arnáiz subraya además .que los derechos históricos y el régimen foral como reivindicación política son una exclusiva vasco-navarra, sin que en ninguna otra parte la demanda de autogobierno se acompañara de una pretensión de reintegración foral, concibiéndose la DAP como un instrumento para la normalización política en el País Vasco, incorporando al nacionalismo democrático vasco al consenso constitucional. Y aunque Comunidades Autónomas afectadas por los Decretos de Nueva Planta han promovido iniciativas para solicitar del Gobierno su derogación formal (así, Valencia y Aragón), valora las dificultades para recuperar un régimen foral público inexistente desde hace tres siglos, formalmente suprimido y muchos de cuyos elementos conformadores serían contrarios a la Constitución. A este respecto, hay que puntualizar que dificultad no significa imposibilidad y que, en cuanto al canon de constitucionalidad, precisamente la actualización general tiene ese objeto, la incorporación de los regímenes forales a los principios constitucionales. Y si bien es cierto que los constituyentes pretendieron resolver fundamentalmente el caso vasco, no lo es menos que con el recurso conceptual a los derechos históricos de los territorios forales se ampliaba el ámbito subjetivo a otros territorios que pudieran compartir dicha caracterización, por mucho tiempo que llevara interrumpido su tracto en el ámbito del derecho público, esto es, en el ámbito de la organización político-administrativa singular. Por dicha razón, cuesta mucho compartir la tesis de Sáiz al negar carácter de “territorio foral” a otros territorios que acreditan un régimen foral completo –público y privado- más antiguo, general, consolidado y reconocible que el de las provincias vascongadas y de no peor condición que el de Navarra. Más adelante, se tratará de la posible aplicación de la foralidad al antiguo Reino de Aragón, en el que tuvo su origen, con ocasión de escudriñar el sentido de la Disposición adicional Quinta (posteriormente ordenada como Tercera) del Estatuto de Autonomía de Aragón.



Miguel Herrero, en posición discutida y mayoritariamente rechazada, llega más lejos en cuanto al alcance de la DAP: junto a los antedichos titulares expresos de derechos históricos, sitúa los que denomina titulares tácitos, como Cataluña y Galicia, en virtud de la interpretación sistemática de la DAP conjuntamente con el art. 149.1.8 (competencia para “la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”) y la Transitoria Segunda de la Constitución (Cataluña, Euskadi y Galicia fueron los únicos territorios que en el pasado plebiscitaron afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía). Lo que le permite concluir que “los Derechos Históricos reconocidos por la Constitución expresarían, así, la plurinacionalidad española. Una plurinacionalidad heterogénea del resto del territorio estatal y, en consecuencia, constitutiva de una asimetría política que como tal debe ser reconocida”. Los territorios forales dejan de ser una determinación espacial de la vigencia de una especialidad normativa para convertirse en la base de unos *corpora política*, sustantivándose e identificándose unas personalidades políticas, acogiendo Herrero la categoría de los “fragmentos de Estado”, acuñada por Jellinek, para estas personalidades que, sin perjuicio de su vinculación con el Estado, no se disuelven en él, sino que se le yuxtaponen. Son partes de un todo plural, formado por varios entes sustantivos. Concluye que la integración de entidades dotadas de personalidad histórico-política propia en este todo plural es más fácil que en un extenso homogéneo, como lo prueban el significado en España de la Monarquía y el sentido de “Corona”.

Sin embargo, García de Enterría, con sustento intelectual en Ortega y Gasset, ya se había mostrado con anterioridad contrario al intento de reducir España a un conjunto de minorías etnonacionalistas, desdeñando desde el principio la explicación historicista de los autonomismos y la búsqueda convencional de identidades “nacionales”.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, fue reformado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, habiendo sido recurrido ante el Tribunal Constitucional, que lo resolvió mediante sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre la que luego se volverá. Pero conviene dejar constancia aquí de que su art. 5 dispone que “el autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del art. 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución, de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat” y dicho precepto no fue considerado inconstitucional

por la sentencia, siempre que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico 10, aunque cabe adelantar que esa interpretación conforme a la Constitución exige considerar los derechos históricos en un “sentido bien distinto del que corresponde a los derechos de los territorios forales a que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución”.

Con carácter previo se había pronunciado el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña (dictamen 269, de 1 de septiembre de 2005, solicitado por el Parlamento de Cataluña en relación con el Dictamen de la Comisión competente, sobre la propuesta de proposición de ley orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña; cuenta con varios votos particulares), que no efectuó ningún rechazo de constitucionalidad al art. 5 (con el siguiente texto, en dicho momento: “El autogobierno de Cataluña se fundamenta en los derechos históricos del pueblo catalán, que el presente estatuto incorpora y actualiza”), al no constituir un título autónomo de atribución de competencias. Posteriormente, el texto fue objeto de acuerdo político, adecuándose a la enmienda presentada por el Grupo Socialista del Congreso, alcanzando así su versión final.

También hubo un pronunciamiento, en este caso negativo, del Consejo Consultivo, sobre la propuesta disposición adicional primera del nuevo texto estatutario, a cuyo tenor el reconocimiento y actualización de los derechos históricos por el Estatuto, de acuerdo con lo establecido por la DAP venía referido especialmente a los siguientes ámbitos: financiación, organización de las administraciones públicas catalanas, organización territorial y régimen local, Derecho civil, régimen lingüístico, educación, cultura y seguridad pública; y a continuación, como técnica de blindaje competencial disponía que “los derechos históricos, en la Constitución, amparan y garantizan el régimen singular de las competencias y las atribuciones de la Generalidad en los términos que establece el presente Estatuto”. El dictamen del Consejo Consultivo, aprobado por mayoría, considera que el alcance de la DAP se reduce a los territorios históricos vasco-navarros, como destinatarios únicos y específicos, y que la disposición adicional primera de la propuesta de reforma se configura como un título autónomo de atribución de competencias, por lo que concluye su inconstitucionalidad. A pesar de ello, y de las numerosas críticas doctrinales recibidas (entre otros, Rey Martínez, Aja, Pemán Gavín, De Carreras, etc), se mantuvo la disposición adicional primera, aunque con un contenido sustancialmente modificado, quedando como una disposición de no renuncia a derechos (en línea con las presentes en los Estatutos del País Vasco, Navarra y Aragón), desapareciendo finalmente tras el acuerdo político alcanzado a través de las enmiendas del Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados.

Por último, hay que recoger, para obtener una visión más completa, la posición especialmente ácida y cuasi apocalíptica en contra de los derechos históri-

cos que se encuentra en Sosa Wagner y Sosa Mayor (“El Estado fragmentado”), quienes ponen en contraste el modelo austro-húngaro, y las nacionalidades que compusieron el Imperio en el s. XIX, con la España de las Autonomías y la reforma posterior de sus Estatutos de Autonomía, los de segunda y aun tercera generación. Describen el proceso de reformas estatutarias como una marcha hacia el futuro por el camino del pasado (los derechos históricos), criticando ese deseo de singularidad, de exención o inmunidad, aparte de que la atribución al pueblo de la titularidad de los derechos históricos conduce a la doctrina de la autodeterminación. La incorporación de los derechos históricos, sancionada por el Tribunal Constitucional abre, según ellos, una vía de agua al poder constituyente y al Estado, en cuanto éste renuncia al monopolio de la normatividad.

En sentido análogo, cabe traer a colación el sentir de García de Enterría, que ya había considerado absurdo con anterioridad el intento de trasladar a España el modelo austrohúngaro de “fragmentos de Estado”, que devino en fracaso histórico, por lo que fue abandonado mientras que tras las dos guerras mundiales del siglo XX los restos de ese Imperio y del Imperio alemán buscaron su reconfiguración.

## **II.6. La jurisprudencia constitucional.**

Es momento de traer a colación los criterios jurisprudenciales, fruto de la labor interpretativa del Tribunal Constitucional (TC) sobre la DAP. Dicha jurisprudencia ha recaído al hilo de recursos de inconstitucionalidad o conflictos de competencia en los que han sido partes o se encontraban afectados Navarra, los Territorios Históricos del País Vasco o esta última Comunidad Autónoma, con la única excepción de la STC 31/2010, sobre la última reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

**II.6.1** Inicialmente el TC se enfrentó a la interpretación de la DAP de un modo cauteloso, reconduciendo la foralidad al modelo autonómico general, mediante una jurisprudencia que Razquin Lizarraga ha calificado, con respecto a su primera etapa, como insuficiente y contradictoria. Insuficiente, porque no encara realmente, con una formulación general, la cuestión del concepto, significado y contenido de los derechos históricos, con una tendencia hacia la reconducción al régimen común autonómico. Y contradictoria, por su propio contenido, en la solución casuística de los conflictos resueltos.

Así, la STC 11/1984, de 2 de febrero, atribuyó al Estado la competencia controvertida en el conflicto positivo de competencias planteado por el Gobierno Vasco frente al Gobierno de la Nación, en relación con un acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autorizaba a la Comunidad Autónoma del País Vasco

para emitir Deuda Pública por importe de 5.250 millones de pesetas. El Gobierno Vasco hizo un planteamiento foralista, tratando de deducir el contenido y los límites de la competencia autonómica a partir de las atribuciones que en tal materia corresponden históricamente a los territorios forales, partiendo del Real Decreto de 13 de diciembre de 1906. La sentencia deniega la pretendida conexión lógica entre las competencias de los territorios históricos en materia de endeudamiento público y las que puedan corresponder a la Comunidad Autónoma vasca para la emisión de su propia deuda pública, considerando que no tiene que pronunciarse sobre la pretendida exoneración de autorización estatal y que no debe entender de los conflictos de competencia entre el Estado y los territorios históricos del País Vasco “o cualesquiera otras entidades locales” (sic). Expresamente señala que el objeto del proceso no puede ser determinar la extensión de las facultades reconocidas a las Diputaciones Forales por el RD indicado, ni si entre ellas se incluyen las referentes a su endeudamiento, ni si el régimen de concierto económico se extiende a aspectos financieros no tributarios, porque son “cuestiones de mera legalidad que corresponden a la jurisdicción ordinaria”.

Pero aún llega más lejos: la actualización del régimen foral según la DAP solo es aplicable a los derechos históricos de los territorios forales y no a las competencias de la Comunidad Autónoma vasca. Al efecto, razona que cada uno de los territorios históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco son entes jurídicamente distintos y autónomos entre sí, con sus correspondientes esferas de intereses y ámbitos competenciales, como distintas son las fuentes de las que nacen las competencias de dichos sujetos. Los territorios forales son titulares de “derechos históricos”, respetados, amparados y sujetos a actualización en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía (DAP), por lo que la delimitación de tales competencias podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales derechos. Mientras que las competencias de las Comunidades Autónomas son las que éstas hayan asumido mediante sus respectivos Estatutos (en el caso controvertido hay que estar a los arts. 42.e) y 45 del Estatuto de Autonomía y a la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, siendo ocioso pretender basar tales competencias en los derechos históricos de unos entes distintos, los territorios forales).

En definitiva, la STC 11/1984 desconoce el rango o nivel constitucional de los derechos históricos y de la propia DAP. Olvida, por otra parte, que, como señaló T.R. Fernández, es la propia Constitución la que proclama el amparo y respeto de los derechos históricos, lo que significa que a partir de ahora, cualesquiera que sean de acuerdo con las fuentes históricas, existen y tienen fuerza de obligar erga omnes, porque la Constitución los ha constitucionalizado. Sin embargo, al

admitir una investigación histórica “acerca de cuáles sean tales derechos”, parece abrir la puerta a la posibilidad de superar el techo competencial estatutario-

Y comienzan las contradicciones. En la STC 16/1984, de 6 de febrero, el Tribunal anula la propuesta del Presidente del Parlamento de Navarra de nombramiento del Sr. Zubiaur como Presidente del Gobierno de Navarra, retro trayendo el proceso de elección al final de la celebración de la cuarta votación. En su fundamentación jurídica expresa que la aplicación a Navarra del régimen propio de los entes locales no encuentra fundamento alguno (mientras en la STC 11/1984 había calificado de entidades locales a los territorios históricos). Por otra parte, reconoce que Navarra ha accedido a su régimen autonómico por la vía peculiar de la DAP, y que la Comunidad Foral Navarra se configura, dentro del marco constitucional como una Comunidad Autónoma con denominación y régimen específicos (*a contrario*, no es una provincia...), que no excluyen su sometimiento, como las restantes Comunidades Autónomas, a los preceptos constitucionales que regulan el proceso autonómico.

En definitiva, ambigüedad: como señaló Miguel Herrero, o se contradice abiertamente con la tesis mantenida en alguna sentencia anterior o introduce una distinción entre los derechos históricos de Navarra y los de las tres provincias vascas, diferencia que no puede basarse ni en la DAP (que no distingue entre unos y otros derechos históricos y se limita a respetar los existentes, como diferentes, pero igualmente relevantes) ni en la situación anterior, confirmatoria para Navarra y abolutoria para las provincias vascas dado el tenor de la Disposición Derogatoria Segunda de la Constitución, ni en la situación preabolutoria.

Por su parte, la STC 123/1984, de 18 de diciembre, recaída en un conflicto positivo de competencia promovido contra el Gobierno Vasco en relación al Decreto 34/1983, de creación de los Centros de Coordinación Operativa, en el que aquél alegó entre otros fundamentos los derechos históricos y el proceso de reintegración foral previsto en la DAP, concluye que la materia se engloba en el concepto seguridad pública del art. 149.1.29 de la Constitución, al que hay que estar, porque la idea de derechos históricos de las comunidades y territorios forales, a que alude la DAP, “no puede considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias, pues la actualización general de dicho régimen foral se ha de llevar a cabo en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, por donde el problema retorna a su anterior planteamiento en torno al art. 149.1.29 de la Constitución”. La seguridad pública es competencia del Estado, pero sin perjuicio de la creación de policías para las Comunidades Autónomas (que llevó a cabo el art. 17 del Estatuto Autonomía del País Vasco).

Es decir, la STC 123/1984 niega la virtualidad jurídica directa e inmediata de la DAP, sustrayendo a los derechos históricos su condición de fuente de las competencias de los territorios forales y reconduciendo estrictamente al modelo autonómico general, es decir, como señaló Razquin, a la literalidad del título VIII de la Constitución. Para el Tribunal, aparte de la contradicción entre el recurso a la investigación histórica para determinar los derechos históricos y la obligada actualización foral, la validez y eficacia de los derechos históricos derivaría no tanto del genérico reconocimiento constitucional y del propio régimen foral, sino de la actualización o adaptación foral en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

La anterior jurisprudencia, negatoria de los derechos históricos como título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias, se reitera en la STC 94/1985, de 29 de julio, que atribuye la titularidad de la competencia a la Comunidad Foral de Navarra en el conflicto positivo de competencia por ella promovido en relación con la utilización por el Gobierno Vasco del escudo adoptado por acuerdo del Consejo General del País Vasco. Por ello, centra la cuestión en el análisis del contenido del art. 4.2 de la Constitución, matizando que “nada impide que la atribución constitucional de una determinada competencia como propia de alguna Comunidad Autónoma encierre también el reconocimiento de uno de los derechos históricos a que hace referencia la DAP de la Norma Fundamental”. Y en el caso controvertido, en concreto, el escudo de Navarra aparece reconocido en el art. 7.1 de la Ley Orgánica sobre Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), que actualiza el derecho histórico a utilizar su bandera y escudo que la Constitución, en su DAP, ampara y protege”.

En suma, la actualización foral supone la negación del componente competencial de la foralidad, reconduciendo la solución de la controversia a un concreto precepto constitucional. La doctrina foralista (por todos, Razquin) ha criticado esta reducción del sentido jurídico de la DAP: según la interpretación acogida por el Tribunal, los derechos históricos y el régimen foral constituirán, como máximo, una especialidad competencial a actualizar en el marco autonómico general de las listas competenciales de los arts. 148 y 149 de la Constitución, que también operarían estrictamente para los derechos históricos, que quedarían reconvertidos a una “envolvente simbólica y superflua de una determinada competencia que tiene su verdadera razón de ser y virtualidad jurídica en la asunción competencial realizada por las Comunidades Autónomas en el marco de los arts. 148 y 149 de la Constitución”.

**II.6.2** Al poco tiempo, se produce un notable avance jurisprudencial. La ocasión es la trascendental STC 76/1988, de 26 de abril, desestimatoria del recurso

de inconstitucionalidad interpuesto por senadores del Partido Popular contra determinados artículos de la ley del Parlamento Vasco sobre Relaciones entre las Instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus Territorios Históricos. Los recurrentes invocaban la vulneración de la garantía de los derechos de los territorios forales contenida en la DAP y en el Estatuto de Autonomía del País Vasco. El avance producido, al que no son para nada ajenas las aportaciones doctrinales, con la presencia singular del profesor Tomás R. Fernández y su estudio sobre los derechos históricos de los territorios forales y las bases constitucionales y estatutarias de la Administración foral vasca, se sustancia en la elaboración de una teoría general de los derechos históricos y su tratamiento en la DAP, a la que se dota de valor jurídico-constitucional, superando la primera etapa de la jurisprudencia. El Tribunal examina el significado de la DAP y las consecuencias que de ella se derivan. Merecen destacarse los siguientes pasajes de la sentencia:

- El primer apartado de la DAP viene a referirse a “aquellos territorios integrantes de la Monarquía española que, pese a la unificación del Derecho público y de las instituciones políticas y administrativas del resto de los reinos y regiones de España, culminada en los Decretos de Nueva Planta de 1707, 1711, 1715 y 1716, mantuvieron sus propios fueros (entendidos tanto en el sentido de peculiar forma de organización de sus poderes públicos como del régimen jurídico propio en otras materias) durante el siglo XVIII y gran parte del XIX, llegando incluso hasta nuestros días manifestaciones de esa peculiaridad foral. Tal fue el caso de cada una de las Provincias vascongadas y de Navarra. En lo que atañe las primeras, sus respectivos regímenes forales se vieron afectados por la Ley confirmatoria de 25 de octubre de 1839, y, posteriormente, por la Ley de 21 de julio de 1876, que vino a suprimir gran parte de las particularidades forales aun existentes, si bien las tres provincias vascongadas mantuvieron, a partir del RD de 28 de febrero de 1878, que aprueba el primer Concierto Económico, un régimen fiscal propio, interrumpido respecto a Vizcaya y Guipúzcoa por el Decreto-ley de 23 de junio de 1937, pero que se mantuvo en la provincia de Álava.- Incluso de tan sucinta exposición se desprende que las peculiaridades forales (del régimen público) de las tres provincias vascongadas han atravesado fases históricas muy distintas, como son la correspondientes al Antiguo Régimen (hasta 1812), la anterior a la Ley de 1839, la posterior hasta la Ley de 1876 y, tras ésta, una etapa de conciertos económicos, bajo las Constituciones de 1876 y 1931, prolongada en el caso de Álava hasta la entrada en vigor de la Ley aprobatoria del Concierto Económico de 13 de mayo de 1981. Se trata por tanto de

regímenes forales de variable contenido, sin que sean comparables las peculiaridades existentes bajo la Monarquía del Antiguo Régimen con las que se conservaron en el régimen constitucional, ni tampoco sean, ni mucho menos, homogéneas las características del régimen foral de cada provincia durante la vigencia de las diversas Constituciones de 1812 a nuestros días; y, por otra parte, es obvio que esos regímenes forales sufrieron o cobraron vigencia en contextos muy distintos del que representa la actual Constitución, los principios que proclama y la organización territorial que introduce”.

Como se aprecia, el Tribunal utiliza como criterio definidor de los territorios forales el mantenimiento de sus propios fueros después de la unificación del Derecho público en los demás reinos y regiones de España, culminada a inicios del siglo XVIII, pero no limita el concepto “fueros” a la peculiar forma de organización de sus poderes públicos, sino que lo extiende “al régimen jurídico propio en otras materias”, alusión ésta última que Miguel Herrero entendió en un primer momento como inclusiva de aquellos territorios donde rigen normas forales de derecho privado a tenor de lo previsto en el art. 13 del Código civil, por lo que aunque la sentencia no saca consecuencia alguna le parece evidente “cuáles serían éstas y de cuánta importancia para la sistema autonómica del Estado”. Más tarde, el mismo autor vincula el art. 149.1.8 y la DAP de la Constitución, señalando que los derechos civiles forales son derechos históricos... pero solo en aquellas Comunidades Autónomas que tengan reconocida en la Constitución la condición de histórica, de modo que la foralidad civil en Aragón sería foralidad pero no derecho histórico, conclusión que resulta difícil de compartir.

En todo caso, lo anterior da idea de la dificultad de romper toda conexión entre el art. 149.1.8 y la DAP de la Constitución. Quizás por ello, Tomás y Valiente notó, ya en los momentos iniciales, que la primera parte de la DAP “debe ser interpretada en relación con lo que subsista vigente de los derechos históricos de los territorios forales: por ejemplo, quiérese decir que se amparan y respetan los Derechos civiles forales vigentes o las peculiaridades fiscales y administrativas de Álava y Navarra”.

No obstante, la cuestión ha sido decidida por la STC 88/1993, que examinaremos y comentaremos en su momento, y para la que “el sentido de la DAP no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado exclusivamente en el art. 149.1.8 y en la Disposición adicional segunda de la Constitución), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en



el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación”. Baste adelantar que la interpretación constitucional es matizable, al haber otras interpretaciones.

- El segundo apartado de la DAP (la actualización general del régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía) “supone un complemento indisoluble del primer apartado, ya que la DAP ha de ser considerada en su conjunto y no únicamente en cuanto reconocimiento y respeto de derechos históricos, sin otra matización”. La actualización supone, por una parte, la necesaria adaptación a los mandatos constitucionales de esos derechos históricos que se amparan y respetan. El carácter de norma suprema de la Constitución imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas, aun con una probada tradición, “que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales”. “La Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones históricas anteriores”. La actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los principios constitucionales. “Pues será de la misma DAP y no de su legitimidad histórica de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez y vigencia”.

Al instaurar la Constitución una nueva estructura territorial del Estado, aparecen las Comunidades Autónomas como nuevos sujetos públicos a los que otorga un estatus propio, reservando a sus respectivos Estatutos, como normas institucionales básicas, la definición y regulación de su propia organización y de las competencias que asuman. Esta nueva realidad supone una inevitable incidencia en situaciones jurídicas preexistentes: tanto en las competencias estatales como en los territorios forales, cuyos derechos históricos habrán de acomodarse o adaptarse al nuevo orden territorial”; lo que puede suponer que “determinados derechos históricos incompatibles con el hecho autonómico deban suprimirse o que deban atribuirse a unos nuevos sujetos, las Comunidades Autónomas, aquellos que resulten imprescindibles para su misma configuración o funcionamiento”.

- La garantía derivada del amparo y respeto por parte de la Constitución de los derechos históricos de los territorios forales no puede estimarse como una garantía de toda competencia que pueda legítimamente calificarse de histórica. Se recuerda la jurisprudencia anterior (STC 123/1984), según la cual “la idea de derechos históricos no puede considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias”. Lo que la Constitución

ha venido a amparar y respetar no es una suma o agregado de potestades, facultades o privilegios, ejercidos históricamente, en forma de derechos subjetivos de corporaciones territoriales, susceptibles de ser traducidos en otras tantas competencias de titularidad o ejercicio respaldadas por la historia. Lo que viene a garantizar es “la existencia de un régimen foral, es decir, de un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es, de su foralidad, pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente la hayan caracterizado”.

“La garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder la imagen identificable de ese régimen foral tradicional”. Lo que se asegura es este núcleo identificable, pues la garantía institucional, al entender del Tribunal Constitucional, desde la sentencia 32/1981, no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Y el Tribunal matiza ahora que esa garantía referida a los territorios forales “si bien no especifica exhaustivamente las competencias históricas que protege (esto es, un haz determinado de competencias concretas), sí alcanza, como mínimo irreductible, a proteger un régimen de autogobierno territorial con el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos territorios históricos”. Y corresponde al proceso de actualización previsto en la DAP precisar cuál es el contenido concreto que, en el nuevo marco constitucional y estatutario, se da al régimen foral de cada uno de los territorios históricos, garantizado por la Constitución.

- Siendo la Ley vasca de Territorios Históricos el objeto del recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 76/1988, es fundamental que ésta identifica al Estatuto de Autonomía “como el elemento más decisivo de actualización en lo que a los regímenes forales de los tres territorios históricos integrados en la Comunidad Autónoma del País Vasco se refiere”. El Estatuto es la norma fundacional de la Comunidad Autónoma y, por lo tanto, de las Instituciones comunes, pero también norma de integración y reestructuración, o actualización de la potestad de autogobierno de los tres territorios históricos, organizando su derecho histórico al autogobierno de modo distinto a como lo venían haciendo: las competencias de raíz histórica que no sean incompatibles con los principios constitucionales pasan a ejercerse en dos niveles diferentes, uno común para toda la Comunidad Autónoma (expresión del derecho a la autonomía que la Constitución reconoce a la nacionalidad

vasca), y otro, no centralizado, que se sustenta en los órganos de poder tradicionales de cada uno de los territorios históricos (expresión actualizada del régimen foral, en el sentido requerido por la DAP)).

Ha sido el propio Estatuto de Autonomía del País Vasco el que ha establecido dos tipos de competencias de los territorios históricos: las exclusivas, que derivan directamente del Estatuto y están especificadas y concretadas en su texto; y aquellas otras competencias que habrán de precisarse a través de la actuación concreta de los poderes de la Comunidad, como son las competencias exclusivas que les sean transferidas y el desarrollo normativo y la ejecución, dentro de su territorio, de las materias que el Parlamento Vasco señale. De este modo, resulta por el propio mandato estatutario un núcleo intangible del régimen foral (el contenido mínimo consustancial a la imagen de la foralidad) y otro ámbito expansivo del régimen foral, que surgirá de la posibilidad de transferencia o atribución de competencias adicionales al núcleo mínimo (competencias que pueden derivar del Estatuto de Autonomía, en su caso con intervención del Parlamento mediante, o de los procedimientos previstos en el art. 150.1 y 2 de la Constitución, que en cuanto al último de dichos preceptos no estaban contemplados en su diseño originario para su aplicabilidad a la generalidad de las Comunidades Autónomas).

- Aunque la STC afirmara que la delimitación de las competencias de los territorios históricos podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales derechos, con lo que esa investigación histórica podría facilitar la solución de conflictos competenciales, “no puede admitirse en modo alguno que tal investigación pueda sustituir o desplazar los mandatos estatutarios o legales que actualicen el régimen foral, ni cabe sostener que este régimen deriva única y directamente de una legitimidad histórica, independientemente de las normas que lo actualicen”.

En definitiva, los ejes sustanciales del tratamiento de los derechos históricos a la luz de la Constitución, configurados por la STC 76/1988, son los siguientes: 1º) el carácter integral de la DAP, resultando el respeto y la actualización como los dos elementos indisolubles de la constitucionalización de los derechos históricos, contemplándose la misma en el marco constitucional y estatutario, valorándose, en cuanto al primero su carácter “principal”, que remite el parámetro a los principios constitucionales; 2º) la conceptualización de la DAP como auténtica garantía institucional de un régimen foral, como imagen identificable del régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial en que consiste la foralidad, y no necesariamente de todos y cada uno de los derechos que históricamente le hayan caracterizado, pero sí dotado de un contenido material, como

mínimo el “elenco competencial nuclear o básico a la institución misma del régimen foral”, en acertada expresión de Razquin referida a la virtualidad jurídica de la DAP; 3º) el Estatuto de Autonomía es el elemento más decisivo para la actualización de los regímenes forales; y 4º) cualquier investigación histórica sobre anteriores derechos cede ante los mandatos estatutarios o legales que actualicen el régimen foral, derivando su fuerza de la Constitución y no directamente de su legitimidad histórica.

La doctrina sentada por la STC 76/1988 fue inmediatamente ratificada por la STC 86/1988, de 3 de mayo, que anula determinados preceptos de dos Decretos Forales de Navarra sobre autorizaciones de transporte público discrecional de mercancías y viajeros por carretera para vehículos con residencia en Navarra, resolviendo sendos conflictos positivos de competencia promovidos por el Gobierno de la Nación y declarando que la titularidad competencial corresponde al Estado. De entrada, la sentencia reitera la conceptualización de la DAP como garantía institucional: la supremacía de la Constitución impide el mantenimiento de situaciones jurídicas incompatibles con los mandatos y principios constitucionales, debiendo adaptarse los derechos históricos al nuevo orden democrático del Estado de las Autonomías; de la DAP no se deriva el amparo y respeto de toda competencia que pueda legítimamente calificarse de histórica, sino la existencia de un régimen foral que ha de preservarse en sus rasgos organizativos y en su ámbito de poder

Por otra parte, la STC 86/1988 acomete una cierta investigación histórica, llegando a la conclusión de que la Diputación Foral de Navarra no ostentaba históricamente facultades normativas propias de regulación y ordenación de los servicios públicos discrecionales por carretera de mercancías y viajeros, por lo que “las facultades y competencias históricas no contrarían, ni son reducidas, por la distribución de competencias normativas y resultantes de la Constitución y la LORAFNA”. Como correlato, expresa que los preceptos objeto de los conflictos de competencia vulneran el orden de distribución de competencias constitucionalmente establecido, por corresponder la titularidad de la competencia normativa exclusivamente al Estado. A la vista de ello, la doctrina ha considerado estar en presencia de una competencia mixta, en parte con raíz histórica en la vertiente ejecutiva, y en parte con fundamentación autonómica, en la vertiente normativa.

*In fine*, la sentencia expresa que la *ratio decidendi* se basa en la necesaria compatibilidad de los derechos históricos con el vigente sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Foral, lo que evoca pronunciamientos jurisprudenciales de la primera época: los derechos históricos tienen virtualidad pero siempre que no alteren el marco competencial común de las Comunidades Autónomas.

**II.6.3** El siguiente paso de la evolución jurisprudencial viene significado por la STC 214/1989, de 21 de diciembre, parcialmente estimatoria de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento y la Junta de Galicia y el Parlamento y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con determinados artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). En cuanto aquí interesa, los recurrentes consideraban que no pueden tener carácter básico normas que contemplan un régimen excepcional para los Territorios Históricos y el País Vasco (específicamente, apartados 7 a 10 de la Disposición adicional segunda, en relación con los Territorios Históricos y el País Vasco), porque ello sería contrario al propio concepto de bases (según deriva de la STC 1/1982), pero el Tribunal considera que, en el caso de que se trata, hay que tener en cuenta que la excepción “está fundada en la Disposición adicional primera de la Constitución...”. Añade que la LBRL, en su Disposición adicional segunda no ha hecho sino “atender al propio mandato constitucional, preservando la singularidad misma de ese régimen foral en los aspectos organizativos, en unos términos y con un alcance perfectamente compatible con la propia Constitución”.

Por otra parte, la sentencia manifiesta que los recurrentes no pueden pretender que los derechos reconocidos a los territorios históricos sean extensibles a las Comunidades de Cataluña y Galicia por el simple hecho de haber asumido idénticas competencias que la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de régimen local, “dado el carácter particular o excepcional de los derechos reconocidos a los territorios históricos”, recordando que según la STC 76/1988 tiene por objeto garantizar “la existencia de un régimen foral, es decir de un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, es decir de su foralidad...”, de manera que “la garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder la imagen identificable de ese régimen foral tradicional”. Y de ahí, concluye el Tribunal que se comprende que esa garantía constitucional comporte un tratamiento normativo singular propio de ese régimen local y ello aún frente a los poderes centrales del Estado.

En suma, se reconoce la especificidad jurídica de la DAP, en cuanto atributiva a los regímenes forales de un contenido sustantivo, con un plus competencial respecto del régimen general; dicho de otro modo, los derechos históricos constituyen un título de suficiente potencia y virtualidad jurídicas como para desplazar la aplicación, en un ámbito territorial foral, de normas estatales de carácter básico. Asimismo es destacable que el Tribunal, después de reconocer la identidad de las competencias estatutariamente asumidas por la Comunidad Autónoma del

País Vasco y las de Cataluña y Galicia, admite una actualización foral mediante una ley estatal, sin habilitación estatutaria expresa.

Además, y ello es fundamental, se deduce que el marco constitucional y estatutario de la eventual actualización no puede implicar la sujeción estricta de los regímenes forales al sistema general autonómico contenido en la Constitución. Así, para fijar el límite de las competencias históricas no hay que reparar necesariamente en el techo competencial de los arts. 148 y 149 de la Constitución, que puede ser superado por los territorios forales hasta alcanzar el límite máximo de las competencias estatales inherentes a la unidad constitucional, como es el plasmado en el art. 150.2 de la Constitución. Y entonces resulta que el marco constitucional a que se refiere la DAP debe ser entendido en un sentido “principal”, para no dejar en letra muerta el reconocimiento constitucional de la foralidad.

Esta misma idea del *plus* competencial del régimen foral se recoge poco tiempo después por la STC 140/1990, de 20 de septiembre, recaída en un conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Nación frente al Gobierno de Navarra en relación con el Decreto 236/1984, que aprueba el Reglamento para la elección de órganos de representación de los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra. La sentencia, que atribuye la titularidad de la competencia controvertida a la Comunidad Foral de Navarra, parte de la doctrina jurisprudencial ya consolidada: a) necesidad de una lectura conjunta de los dos párrafos de la DAP, de modo que la garantía institucional de régimen foral se vincula a la actualización de los derechos históricos efectuada por el Estatuto de Autonomía en el marco de la Constitución, de modo que “el respectivo Estatuto deviene el elemento decisivo de los derechos históricos”; b) la actualización de los derechos históricos de Navarra se ha llevado a cabo mediante la LORAFNA, y su atribución de una determinada competencia supone en ocasiones el reconocimiento y actualización de un derecho histórico; y c) el concepto de derecho histórico empleado por la DAP y la LORAFNA apela, entre otras cosas, a “un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral y reconocido por el Estado”, la determinación de cuyo contenido puede exigir una investigación histórica.

En el caso concreto, al decir de la sentencia, la apelación al régimen estatutario de los funcionarios en la LORAFNA constituye “una titularidad competencial derivada de un derecho histórico, pero cuya actualización supone la inclusión dentro de la competencia foral de lo que en cada momento haya de entenderse como incluido en el régimen estatutario de los funcionarios”. Esto significa que el Tribunal Constitucional opta por una concepción dinámica de la foralidad, cuya actualización no solo se encuentra ligada a su adaptación al marco constitucional

y estatutario sino también a su evolución de acuerdo con el sentir social y las nuevas realidades con las que a lo largo del tiempo debe convivir un régimen foral. Según expresión concreta de la sentencia “lo decisivo es que históricamente se haya ejercido la competencia sobre una “materia” globalmente considerada...”. Lo que significa rechazar la fosilización agónica de la foralidad y permitir su desarrollo evolutivo.

En definitiva, la sentencia asume la virtualidad y los rasgos forales de la LO-RAFNA, cuyo anclaje en los derechos históricos tiene fuerza jurídica propia, no es un mero *flatus vocis* simbólico.

**II.6.4** Las líneas-fuerza de la jurisprudencia constitucional que ha sido resumida con anterioridad se mantienen posteriormente, con ligeras matizaciones pero con continuas idas y venidas sobre la contribución de la historia para escudriñar el sentido de las competencias actualizadas.

Así, la STC 159/1993 (que desestima recurso de inconstitucionalidad interpuesto por senadores del Partido Popular contra artículos de la Ley 4/1992, de Policía del País Vasco, por vulneración de la DAP y del Estatuto de Autonomía al integrar el Cuerpo de Miñones de la Diputación Foral de Álava a la Ertzaintza, con vaciamiento de su contenido esencial como institución histórica) recuerda la doctrina ya consolidada sobre la garantía institucional de la foralidad (STC 76/1986), que no supone garantizar toda competencia que legítimamente pueda calificarse de histórica, sino la existencia de un régimen foral, régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial o foralidad (STC 123/1984), pero no de todos y cada uno de los concretos derechos que históricamente la hayan caracterizado.. Y es al proceso de actualización previsto en la DAP al que corresponde precisar el contenido concreto que en el nuevo marco constitucional y estatutario se da al régimen foral de cada uno de los territorios históricos.

Lo que supone que, junto a la actualización que la Constitución por sí misma lleva a cabo, es el Estatuto de Autonomía el elemento decisivo de actualización en lo que a los regímenes forales de los tres territorios históricos integrados en la Comunidad Autónoma del País Vasco se refiere. Esa actualización que hace posible su integración en la nueva estructura territorial española, se lleva a cabo por dos vías: 1ª) Por un lado, reconociendo de forma genérica la existencia de los regímenes forales; y 2ª) Por otro, concretando y especificando su contenido. La sentencia rechaza que, a la luz del Estatuto de Autonomía, el ámbito actual y actualizado de los derechos históricos de los territorios forales haya quedado indeterminado y dependiente de investigaciones históricas o decisiones judiciales

caso por caso; y, remitiendo a la STC 11/1984, asume que la delimitación de las competencias de los territorios históricos podrá exigir una investigación histórica de cuáles sean esos derechos, pero “si esa investigación podría contribuir a facilitar la solución de conflictos competenciales en caso de duda, imprecisión o aparente concurrencia, no resulta en modo alguno admisible que pueda sustituir o desplazar a los mandatos estatutarios o legales que actualicen el régimen foral, ni cabe sostener que ese régimen deriva única y directamente de una legitimidad histórica, independientemente de las normas que lo actualicen”.

Por otra parte, la STC 148/2006, de 11 de mayo, estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra respecto de la disposición adicional primera de la Ley Foral de Presupuestos Generales para el ejercicio de 1997 (en idénticos términos, la STC 195/2006, de 22 de junio, sobre la misma cuestión, pero referida a los Presupuestos de 1999). La *ratio decidendi* es que la cuantificación y la limitación de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas no se integran, desde un punto de vista material, en el régimen estatutario de los funcionarios públicos, dado su carácter coyuntural y temporal y su extensión a todo el personal al servicio del sector público, por lo que el punto de conexión competencial se vincula directamente con la fijación de la política económica general por parte del Estado (arts. 149.1.13 y 156 de la Constitución). Por esta razón, el Tribunal no admite una flexibilización en la aplicación del art. 49.1 LORAFNA (competencia exclusiva sobre régimen estatutario de sus funcionarios) ni considera invocable la STC 140/1990, descartando igualmente una flexibilización fundamentada en la autonomía financiera reconocida en la LORAFNA y relacionada con sus derechos históricos. La sentencia entiende que la autonomía financiera está materialmente limitada por los principios de coordinación con la hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles, así como que, aunque los defensores de la ley impugnada aludan genéricamente al carácter histórico de una pretendida autonomía de gasto de mayor nivel que el de las restantes Comunidades Autónomas, el Convenio Económico tiene un contenido esencialmente tributario, sin que en sus diversas versiones vigentes desde la entrada en vigor de la Constitución se hayan previsto normas especiales relativas a su autonomía de gasto.

La sentencia añade que ni el texto del Convenio “ni una investigación histórica sobre las competencias ejercidas de forma continuada por las instituciones forales con el reconocimiento del Estado (criterio reconocido por las SSTC 76/1988 y 140/1990) permiten reconocer a la Comunidad Foral de Navarra mayores ámbitos de autonomía de gasto que a las restantes Comunidades Autóno-



mas”. Recapitulando, la sentencia expresa que “no es posible invocar un derecho histórico por parte de la Comunidad Foral de Navarra para reclamar una vinculación de menor intensidad a los límites retributivos establecidos por el legislador estatal en ejercicio de los arts. 149.1.13 y 156.1...”. Y siendo ello así, “tampoco cabe aducir el límite de las competencias estatales inherentes a la unidad constitucional como fundamento de una vinculación a la esencia de lo básico y no a toda su extensión”.

Finalmente, existen posteriores sentencias que mantienen las mismas vías interpretativas. Así pueden citarse las siguientes:

- La STC 208/2012, de 14 de noviembre, desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley Foral 23/2001, para la creación de un impuesto sobre grandes establecimientos comerciales, resume la jurisprudencia constitucional: 1º) los regímenes forales “surgieron o cobraron vigencia en contextos muy distintos del que representa la actual Constitución, los principios que proclama y la organización territorial que introduce (STC 76/1988); 2º) lo que garantiza la Constitución es la propia existencia de un régimen foral, pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente lo hayan integrado (SSTC 76/1988, 86/1988 y 214/1989); 3º) de acuerdo con esta doctrina, aplicable tanto a los territorios forales del País Vasco como a la Comunidad Foral de Navarra, el segundo párrafo de la DAP incorpora una precisión, complemento indisociable del primer párrafo; 4º) la soberanía nacional, de la que emanan todos los poderes del Estado, “imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales..., siendo la Constitución no “el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones históricas anteriores (STC 76/1988)”; 5º) la DAP permite que “las comunidades forales puedan mantener competencias que históricamente les hubieran correspondido, pero dichas competencias deberán ser asumidas mediante la norma estatutaria (STC 140/1990...)” y en consecuencia “la asunción mediante la norma estatutaria de una determinada competencia puede suponer el reconocimiento y la actualización de derechos históricos, lo que hace referencia a un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral y reconocido por el Estado (STC 140/1990), pero sin que dichos derechos puedan considerarse, por sí mismos, títulos competenciales autónomos de

los que quepa deducir competencias (STC 123/1984)”. Una vez asumidas las competencias “el respectivo Estatuto deviene el elemento decisivo de la actualización de los derechos históricos (STC 140/1990)”, de modo que es esta norma, como integrante del bloque de la constitucionalidad (art. 28 LOTC), la que, junto a las demás previstas en la Constitución, delimita el ámbito competencial de la Comunidad Foral; y 6º) “el hecho de que la competencia asumida estatutariamente tenga constatados antecedentes históricos no puede confundirse con el origen de su reconocimiento a la Comunidad Foral, que tiene lugar sólo como consecuencia de la asunción estatutaria”.

- La STC 173/2014, de 23 de octubre, estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley Foral 7/2011, en cuanto a los preceptos que regulan diversos aspectos del régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia en Navarra. Una vez descartado que la LORAFNA atribuya competencias legislativas a Navarra en dicha materia, se plantea si la disposición adicional octava de la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la LOPJ, ha reconocido o no a la Comunidad Foral de Navarra competencias históricas sobre el funcionamiento de carrera al servicio de la Administración de Justicia, al establecer que las disposiciones referidas a dicho personal funcionario se aplicarán en la Comunidad Foral de Navarra en los términos establecidos en el art. 122 y la DAP de la Constitución y en la LORAFNA.

Para abordar la cuestión desde la perspectiva de los derechos históricos de raíz foral, la sentencia recuerda que la expresión “territorios forales” hace referencia a aquellos territorios integrantes de la Monarquía española a que se refirió ya la STC 76/1986, citando a las Provincias vascongadas y a Navarra. En el nuevo contexto jurídico que supone la Constitución de 1978, su DAP supone que la garantía institucional del régimen foral queda vinculada a la actualización de los derechos históricos, obligada por la necesidad de acomodarlos a los principios y mandatos constitucionales y a la nueva estructura territorial del Estado, con el reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española. Tras recordar que en el caso de Navarra esa actualización de los derechos históricos se ha llevado a cabo por la LORAFNA, norma institucional básica de dicha Comunidad, equivalente a un Estatuto de Autonomía, la sentencia establece que para que Navarra pudiera ostentar la competencia legislativa controvertida, “con fundamento en un derecho histórico amparado por la disposición adicional primera de la Constitución”, habrían de concurrir tres condiciones: que tal competencia hubiese formado parte históricamente del

régimen foral navarro, que hubiese sido asumida en la LORAFNA y que su subsistencia fuese compatible con la Constitución.

Por lo que se refiere a la primera exigencia, desde la STC 140/1990 se identifica el concepto de derecho histórico con un “cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral y reconocido por el Estado”. Y aunque es al proceso de actualización previsto en la DAP al que corresponde precisar el contenido concreto que, en el nuevo marco constitucional y estatutario, se da al régimen foral garantizado por la Constitución, no obstante, “la determinación del contenido de un derecho histórico puede exigir una indagación histórica” (SSTC 11/1984, 86/1988 y 140/1990). En el caso controvertido, desde la creación de la Audiencia de Navarra por el Decreto de las Cortes de Cádiz de 9 de octubre de 1812 está sujeta al régimen uniforme de todas las Audiencias en materia de personal, con iguales facultades que todas ellas, por lo que el Tribunal Constitucional concluye que no ha existido un contenido competencial en materia de Administración de Justicia ejercido históricamente por las instituciones forales y que, por el contrario, el nacimiento del régimen foral es posterior a la desaparición de las instituciones bajomedievales de Navarra, como el Consejo Real y la Corte Mayor. En suma, ausencia de anclaje histórico. Pese a lo cual, la sentencia admite que “el Estado autonómico que nace de la Constitución de 1978 es el marco jurídico que ha permitido a Navarra ejercer competencias, de normación reglamentaria y ejecutivas, sobre el personal de la Administración de Justicia de las que carecía en el régimen foral histórico”, quedando así desvirtuada la primera de las condiciones que la propia sentencia había establecido anteriormente, dando lugar a una posición claramente contradictoria.

La segunda exigencia –que la competencia estuviese reconocida en la LORAFNA, ya que los derechos históricos no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias- es imprescindible, ya que el amparo y respeto que la DAP otorga a los derechos históricos (es decir, las competencias que históricamente hubieran correspondido a las comunidades forales) requiere que “dichas competencias deberán ser asumidas mediante la norma estatutaria” (SSTC 140/1990 y 208/2012). En el caso objeto de disputa competencial, la LORAFNA, equivalente en todo al Estatuto de Autonomía, no contenía previsión alguna al respecto, ni en la lista de las competencias que ejerce “al amparo de lo establecido en la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias” (art. 39.1.a) ni en ningún otro precepto (interesa subrayar que según el art.

60.1 LORAFNA: en relación con la Administración de Justicia, exceptuada la jurisdicción militar, corresponde a Navarra el ejercicio de todas las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado, lo que deja fuera las competencias legislativas). Este pasaje de la STC 173/2014 contiene asimismo una manifestación interesante: “del mismo modo que la DAP de la Constitución no crea sino que reconoce derechos históricos preexistentes, es obvio que tampoco corresponde a la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la LOPJ, alumbrar ningún derecho histórico”.

Por último, el Tribunal considera que una eventual atribución a las Comunidades Autónomas de competencia legislativa en esta materia pugnaría con la Constitución, dados los límites establecidos en los arts. 149.1.5 (competencia estatal en la materia de Administración de Justicia) y 122.1 de la Constitución (reserva de ley orgánica, debiendo ser la LOPJ la que determine el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia). Esta declaración puede aceptarse, siempre que no fuera la propia LOPJ la que efectuara dicha atribución competencial.

Por otra parte, esta STC 173/2014 es muestra de las contradicciones y ambigüedades que todavía sufre la doctrina jurisprudencial, que pese a invocar la jurisprudencia consolidada, sigue yendo en muchas ocasiones a la solución del caso concreto aunque incurra en contradicciones. Aparte de lo ya señalado al respecto con anterioridad, interesa ahora subrayar cómo en el año 2014 se sigue derivando una solución del caso controvertido al régimen común ex arts. 148-149 de la Constitución, volviendo a dar primacía al título VIII de la Constitución y ello pese a que es la disposición adicional octava de la propia Ley Orgánica 19/2003, modificadora de la LOPJ, la que efectúa una remisión a los términos contenidos en la DAP de la Constitución.

- La STC 118/2016, de 23 de junio, es interpretativa, en cuanto que considera que los arts. 1 y 2 y la disposición adicional única de la L.O. 1/2010, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial (objeto de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo de Gobierno y el Parlamento de la Comunidad Autónoma de la Rioja, y el Consejo de Gobierno y las Cortes de Castilla y León) no son inconstitucionales interpretados en los términos del correspondiente fundamento jurídico de la sentencia, desestimando el recurso en todo lo demás. Las normas objeto del recurso de inconstitucionalidad establecen un nuevo régimen procesal para la impugnación de las normas forales fiscales y para la defensa de la autonomía foral ante la jurisdicción constitucional por parte de las Juntas Generales y las Diputaciones Forales.

La sentencia parte del criterio delimitador de la expresión “territorios forales” que se viene reiterando desde la STC 76/1988 y manifiesta que “de esta manera, una de las peculiaridades que han tenido las provincias vascas a lo largo de la historia (comúnmente conocidas, junto con Navarra, como “territorios históricos” o “territorios forales”), y, por tanto, uno de los “derechos históricos que la disposición adicional primera de la Constitución “ampara y respeta”, aunque, como no podía ser de otra manera, de forma actualizada en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía... es lo que se ha conocido como el “régimen de concierto económico”, que se integra en el núcleo del régimen foral y que se caracteriza por la existencia de “un régimen fiscal propio”, que no hace sino salvaguardar determinadas peculiaridades de su “autogobierno territorial” o de su “foralidad”.

En definitiva, las normas impugnadas atribuyen al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos y de las cuestiones prejudiciales de validez de las normas forales fiscales, garantizadas por la DAP y el Estatuto de Autonomía del País Vasco, “al tratarse de un núcleo competencial exclusivo propio de cada uno de los territorios históricos que integran el País Vasco, en el que ni siquiera el Parlamento Vasco puede entrar”. Como son las Juntas Generales de cada territorio las competentes para establecer y regular los tributos que nutren la hacienda foral, mediante la aprobación de normas forales que son de naturaleza reglamentaria y por tanto recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el Tribunal señala que esta situación contrasta abiertamente con las normas fiscales del Estado, que tienen rango de ley y, por tanto, solo pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional (y ello por la reducida lista de sujetos que el art. 162 de la Constitución considera legitimados). Considera, por ello, que “las instituciones forales han de operar, sin embargo, con normas que, al carecer de rango de ley, resultan más vulnerables y, por lo tanto, más frágiles, lo que hace consiguientemente más débil la garantía constitucional de la foralidad de los territorios históricos vascos que la de la Comunidad Foral de Navarra, a pesar de que en ambos casos el fundamento constitucional es el mismo”: la DAP de la Constitución.

De este modo, el Tribunal valora que para el legislador orgánico, según figura en el propio preámbulo de la ley impugnada, “los derechos históricos de los territorios forales, al menos en lo que concierne a su núcleo esencial, no son una cuestión de mera legalidad ordinaria, sino que entrañan, sin duda, una cuestión constitucional...lo que obliga a arbitrar una vía practicable y accesible para su defensa, que remedie el déficit de protección de la foralidad que resulta de la falta de legitimación de las instituciones forales para

acudir al tribunal Constitucional en los supuestos en que el legislador, estatal o autonómico, invada el espacio que la DAP y el art. 37 del Estatuto de Autonomía Vasco les reserva en exclusiva”.

En cuanto a la nueva disposición adicional quinta que se incorpora a la LOTC, la innovación consiste en que “las normas del Estado con rango de ley podrán dar lugar al planteamiento de conflictos en defensa de la autonomía foral de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, constitucional y estatutariamente garantizada”. Al estudiar la argumentación de los recurrentes, el Tribunal analiza el contenido de la norma impugnada, que garantiza la autonomía foral mediante un nuevo instrumento procesal cuya tramitación y resolución seguirá el procedimiento previsto para los conflictos positivos de competencia, y, tras efectuar una comparación con la autonomía local (garantizada por los arts. 137 y 140 CE) y el instrumento procesal del conflicto en su defensa, incorporado por la LO 7/1999, de modificación de la LOTC, considera que se trata ahora de “un proceso constitucional específicamente dirigido a reforzar la defensa de otra autonomía, la foral, claramente diferenciada de la local, por venir específicamente consagrada, de forma separada por el texto constitucional (DAP)”. Dicha especificidad se manifiesta en que “este nuevo conflicto solo puede ser promovido frente a normas legales con base en un único motivo de inconstitucionalidad, la lesión de la autonomía foral de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, constitucional y estatutariamente garantizada, de modo que no podrán alegarse en él otros motivos fundados en la infracción de preceptos constitucionales que no guarden una relación directa con la autonomía que la Constitución garantiza a los territorios históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco”. Consecuentemente, concluye que ningún reproche se le puede hacer al legislador orgánico por el hecho de que, al amparo del art. 161.1.d) C.E., haya procedido a dotar a los derechos históricos que la Constitución “ampara y respeta”, una vez que han sido actualizados en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, de los instrumentos procesales idóneos para su defensa y protección.

Por lo demás, la sentencia aprovecha para efectuar una recapitulación reiterativa sobre diversas características del concepto constitucional “derecho histórico”. A tal efecto, recuerda: 1º) que dicho concepto “apela, entre otras cosas, a un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral y reconocido por el Estado” (SSTC 140/1990 y 173/2014); 2º) pero, en cualquier caso, los derechos históricos de los territorios forales “no pueden considerarse como un título autónomo

del que puedan deducirse específicas competencias”, pues la DAP establece que la actualización se llevará a cabo en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía (SSTC 123/1984, 94/1985 y 173/2014); 3º) por ello, la DAP permite que las comunidades forales puedan mantener competencias que históricamente les hubieran correspondido...”pero dichas competencias deberán ser asumidas mediante la norma estatutaria” (SSTC 08/2012 y 173/2014); y 4º) coherentemente, es el propio Estatuto de Autonomía del País Vasco el que previene que “cada uno de los territorios históricos que integran el País Vasco podrán, en el seno del mismo, conservar o, en su caso, restablecer y actualizar su organización e instituciones privativas de autogobierno” (art. 3, en relación con el 24.2). Se trata, así, de una garantía foral “que coloca en lugar preferente, en cuanto a su respeto y protección, a los regímenes forales en su definición estatutaria, tanto frente a las Instituciones comunes del País Vasco como a los poderes centrales del Estado” (STC 76/1988).

En definitiva, lo expuesto pone de manifiesto, para el Tribunal, que “los territorios históricos vascos gozan de una singularidad que se materializa en un ámbito competencial diferente y más amplio del conferido a las provincias de régimen común, que dimana del régimen foral constitucional y estatutariamente garantizado”. Singularidad para cuya protección “se ha creado el nuevo conflicto en defensa de la autonomía foral como forma de resolver el déficit de protección constitucional de la foralidad vasca que resulta de la falta de reconocimiento a los territorios históricos del País Vasco para defender en vía constitucional su régimen foral frente a eventuales agresiones del legislador estatal”. Va de suyo que este nuevo régimen procesal-constitucional supone avanzar un paso más en el reconocimiento y garantía de los derechos históricos de los territorios forales, cuya sustantividad resulta plenamente reforzada.

**II.6.5** Si la jurisprudencia analizada hasta este momento resulta monopolizada por pronunciamientos relativos a los derechos históricos de la titularidad de los territorios forales de las provincias vascongadas y de la propia Comunidad Autónoma del País Vasco, así como de la Comunidad Foral de Navarra, es llegado el momento de detenerse ante una trascendental sentencia que examina la ecuación Cataluña-derechos históricos. Se trata de la STC 31/2010, de 28 de junio, en relación con la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), parcialmente estimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por noventa y nueve diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso.

En lo que interesa al presente trabajo, el recurso tenía por objeto diversos párrafos del preámbulo (entre ellos: “El autogobierno de Cataluña se fundamenta en la Constitución así como en los derechos del pueblo catalán que, en el marco de aquella, dan origen en este Estatuto al reconocimiento de una posición singular de la Generalitat”) y, entre otros muchos preceptos, el art. 5 del Estatuto de Autonomía (“El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del art. 2, la Disposición transitoria Segunda y otros preceptos de la Constitución de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat”).

En relación con el texto del preámbulo, los recurrentes impugnan la utilización del concepto de los “derechos históricos” por considerar constitucionalmente incorrecta su invocación en atención a las siguientes razones: 1<sup>a</sup>) se trata de justificar en ellos, aunque sea indirectamente, el Estatuto, cuando es lo cierto que la autonomía de Cataluña, más allá de las explicaciones históricas, no procede ni material ni formalmente de otra fuente que la Constitución; 2<sup>a</sup>) los únicos derechos históricos puestos en valor por la Constitución han sido los de Navarra y los territorios forales vascos, con el alcance y los límites marcaos en la primera jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 11/1984, 123/1984 y 76/1988); 3<sup>a</sup>) no pudiendo invocarse para Cataluña la disposición adicional primera de la Constitución, también estaría fuera de lugar la mención que en el art. 5 del Estatuto se hace de la disposición transitoria segunda del texto constitucional, que no se refiere a derechos históricos de carácter sustantivo, sino que se limita a dispensar del cumplimiento de determinados requisitos del procedimiento de acceso a la autonomía a los territorios que hubieran plebiscitado un Estatuto en el pasado; y 4<sup>a</sup>) los derechos históricos aparecen en el preámbulo en una posición equiparada a la de la misma Constitución en punto a su condición de fundamento del poder autonómico, cuando no en una posición prevalente, como parece cuando se alude al derecho “inalienable” al autogobierno. Finalmente, señalan que el art. 5 ha sido redactado con la conciencia de que los derechos históricos invocados solo dan cabida a la regulación diferenciada del Derecho civil (el art. 149.1.8 CE contempla la única posibilidad de que una Comunidad no foral utilice la historia como fuente de aprovisionamiento de competencias), ya que las restantes especialidades citadas en el art. 5 son de orden cultural, educativo o institucional y tienen su justificación concreta en la Constitución, no en la historia.

Frente a dicha argumentación, recordemos las posiciones de las demás partes comparecidas:



- La Abogacía del Estado, tras exponer la doctrina constitucional que niega la aptitud de los preámbulos y exposiciones de motivos para ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad (al carecer de valor normativo, aunque puedan tenerlo interpretativo), alega que según el texto el único fundamento jurídico del autogobierno catalán está en la Constitución, por lo que la apelación política a los derechos históricos del pueblo catalán queda jurídicamente encuadrada en la Constitución, y que siendo cierto que “los territorios forales a que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución no comprenden a Cataluña”, de ello no cabría concluir que los preámbulos o el articulado de los Estatutos de otras Comunidades tengan prohibido *el lenguaje de los derechos históricos* y la utilización de este lenguaje no permitiría rebasar los límites constitucionales de la autonomía. En cuanto al art. 5, considera la Abogacía del Estado que el Estatuto cuenta con una legitimación normativa, constitucional, y otra legitimación histórico-política, siendo lo decisivo, a efectos jurídicos, el fundamento constitucional, por lo que, interpretada así, la invocación de los derechos históricos carecería de aptitud jurídica para violar ningún precepto o principio constitucional; la segunda parte del precepto declara que los derechos históricos han quedado incorporados al Estatuto, que los actualiza, suponiendo esta actualización de lo histórico y secular por la vía estatutaria una afirmación de voluntad constitucional, ya que se viene a potenciar el fundamento normativo-constitucional del Estatuto, desplazando a un plano político la invocación de los derechos históricos y las instituciones seculares; en fin, la cita de preceptos constitucionales sería una muestra más de voluntad constitucional (si los derechos históricos se amparan en el art. 2 CE significa que el fundamento constitucional para su incorporación y actualización es el derecho a la autonomía que comparten todas las nacionalidades y regiones, y entre los “otros preceptos de la Constitución” que no se identifican podrían incluirse los arts. 3.3, 46 o 149.1.8ª, que implícitamente acogen hechos diferenciales lingüísticos, culturales y jurídicos).
- El Gobierno de la Generalitat, remitiendo a la jurisprudencia constitucional que niega a los preámbulos de las leyes valor normativo por lo que no pueden someterse al canon de la constitucionalidad, considera perfectamente constitucional la referencia a los derechos históricos, pues su alcance está limitado por la necesidad de que los mismos encuentren reflejo en la norma suprema y en los mecanismos que la propia Constitución prevé para acceder a la autonomía. Además, las previsiones estatutarias sobre derechos históricos no serían extrañas al ordenamiento constitucional vigente, ya que la DAP

se refiere a los derechos históricos como fundamento del autogobierno, sin que esa referencia pueda entenderse limitada, a la luz de los antecedentes parlamentarios del precepto y de lo establecido en la disposición derogatoria segunda de la Constitución, al País Vasco y a Navarra, a lo que añade que la Constitución ha reconocido expresamente la existencia de unos derechos históricos, reconocimiento que no comportaría contradicción con el fundamento constitucional del ordenamiento ni con los Estatutos de Autonomía o con el Derecho autonómico derivado del autogobierno. Por otra parte, encuentra en el art. 143.1 CE el argumento definitivo en pro de la referencia a los derechos históricos, al exigir unas características históricas comunes que vinculen a las provincias que pretendan constituirse en Comunidad Autónoma, una de las cuales serían los Derechos vigentes en algunos territorios en cuanto representativos de un elemento identificador que explica la voluntad de autogobierno. Así, los Estatutos son los únicos instrumentos normativos adecuados para reflejar el pasado normativo-institucional de acuerdo con el proceso constituyente de 1978, al igual que, por otra parte, son el “instrumento jurídico que ha de permitir la asunción de derechos históricos, siempre que éstos no contradigan los principios del Estado social y democrático de Derecho” (STC 76/1988). Y se alega que en modo alguno se trata de crear una doble legitimidad (una acorde con el principio democrático y otra de raíz historicista), sino de plasmar una constatación histórica asumida por los textos normativos actuales legitimados por el poder constituyente. Por lo que se refiere en concreto al art. 5 del Estatuto, se subraya que los recurrentes obvian la utilización en el precepto del adverbio “también”.

- Para la representación del Parlamento de Cataluña los preámbulos no tienen valor normativo sino solo hermenéutico y el texto aprobado en ningún caso justifica en los derechos históricos el Estatuto, ni siquiera indirectamente, sino que lo fundamenta en lo que la Constitución garantiza y permite, reconociendo que la autonomía de Cataluña sólo procede material y formalmente de la Constitución; la apelación a los derechos históricos se limita a incorporar y actualizar el alcance y configuración especial que la Constitución reservó a los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía (disposición transitoria segunda CE), en la medida en que sea posible constitucionalmente mantener una regulación diversa y no uniforme cuando en el pasado la hubiera habido y siempre que actualmente no atentara a los principios constitucionales. En síntesis, la invocación de los derechos históricos proporcionaría un fundamento para que las instituciones de las respectivas Comunidades Autónomas mantengan

y desarrollen su propia personalidad, más allá de la genérica potestad de autogobierno que comparten con otras Comunidades Autónomas. La singularidad a la que apela Cataluña especificándola en áreas muy concretas (Derecho civil, lengua y cultura y su proyección en el ámbito educativo, sistema institucional de organización) está históricamente justificada y recogida en una tradición jurídica propia, de raigambre política, aún viva y revitalizable en buena parte. El derecho histórico es para el Parlamento de Cataluña “la pervivencia de un sentido del Derecho en la historia”, al haber sido la tradición jurídica catalana históricamente diferente de la conformada en el resto de la península. Así, valora la diferente recepción del Derecho romano y del Derecho del Sacro Imperio, con la modulación de instituciones y regulaciones diversas: el Derecho como garantía de los derechos y limitador del poder absoluto, el pacto entre los ciudadanos libres y el monarca limitado por las leyes, los pactos y los usos de la tierra, la defensa de los derechos encomendada a *sindics* de la Generalitat y a proveedores y visitantes de agravios, etc, formarían parte de una tradición jurídico-constitucional diferente y autónoma, lo que significa que Cataluña no alumbró una autonomía *ex novo* en el contexto constitucional, sino que recuperó la Generalitat como institución provisional, como un sistema institucional complejo inclusivo de las instituciones parlamentaria, de gobierno, jurisdiccionales y locales o territoriales propias, con una continuidad histórica clara. Finalmente, la referencia a los derechos históricos en el art. 5 del Estatuto “no constituiría *per se* un título atributivo de competencias, sino una referencia general dotada de una posible virtualidad interpretativa para los poderes públicos”.

La STC 31/2010 plasma, en primer lugar, una serie de principios generales: los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, al no ser expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución y garantizada por ella...; la Constitución, como norma suprema del ordenamiento, no admite igual ni superior, sino solo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes; los Estatutos se integran en el ordenamiento bajo la forma de leyes orgánicas, jerárquicamente inferiores a la Constitución y superiores a las normas infralegales dictadas en el ámbito de su competencia propia; la Constitución no determina expresamente cuál es el contenido posible de un Estatuto de Autonomía, sino solo su contenido necesario, integrado por el *mínimum* del art. 147.2 y por las disposiciones que traen causa de mandatos constitucionales específicos; además del contenido constitucionalmente obligado y del constitucionalmente posible en virtud de previsiones constitucionales expresas, los Estatutos pueden tener también un contenido adi-

cional, con fundamento implícito en la función y en la cualidad que la Constitución atribuye a la norma jurídica estatutaria, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma (STS 247/2007); los Estatutos confieren al ordenamiento la diversidad que la Constitución permite y que se verifica en el nivel legislativo, radicando así su primera función constitucional en la diversificación del ordenamiento mediante la creación de sistemas normativos autónomos, todos ellos subordinados jerárquicamente a la Constitución y ordenados entre sí con arreglo al criterio de competencia, siendo el Estatuto respecto de tales sistemas normativos autónomos norma institucional básica y también norma de garantía de la indemnidad del sistema autónomo; asimismo, el Estatuto tiene una función de atribución competencial, que define un ámbito privativo de normación y de ejercicio de poder público por parte de la Comunidad Autónoma y contribuye a perfilar el ámbito de normación y poder propio del Estado; aun desde una concepción maximalista del contenido del Estatuto y su expansibilidad material, hay que reconocer límites de orden cuantitativo (dada su especial rigidez y consecuente petrificación de su contenido, ha de cohonestarse con un efectivo derecho a la participación política en el ejercicio de los poderes estatuidos y con la reversibilidad de las decisiones normativas, inherente a los principios democráticos) y límites cualitativos, que definen la diferencia de concepto, naturaleza y cometido que media entre la Constitución y los Estatutos (como los que delimitan los ámbitos inconfundibles del poder constituyente y de los poderes constituidos).

Por otra parte, la STC 31/2010 recuerda que “un preámbulo no tiene valor normativo”, siendo por ello innecesario, y hasta incorrecto, hacerlo objeto de “una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva de una sentencia” (SSTC 36/1981, 150/1990, 212/1996, 173/1998, 116/1999..), pero “carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico, del mismo modo que la imposibilidad de erigirse en objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad no supone que los preámbulos sean inaccesibles a un pronunciamiento de nuestra jurisdicción en tanto que posible objeto accesorio de un proceso referido principalmente a una disposición normativa”. En suma, se reconoce que los preámbulos, careciendo del valor preceptivo de las normas de Derecho por no prescribir efectos jurídicamente obligados, “tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas”, siendo su destinatario el intérprete del Derecho antes que el obligado a una conducta que el preámbulo no puede imponer.

En el caso del preámbulo del reformado Estatuto de Autonomía de Cataluña, la sentencia proclama, como evidente, que su condición de interpretación cualifi-

cada nunca podrá imponerse a la que “con carácter privativo y excluyente, y con verdadero alcance normativo, solo puede predicarse de la autoridad interpretativa de este Tribunal”, como intérprete supremo de la Constitución y, con ella, de todas las leyes en su contraste con la norma fundamental como condición para el enjuiciamiento de su validez. Los párrafos del preámbulo cuestionados por los recurrentes lo son por referirse a conceptos y categorías que, proyectados después en el articulado, pretenden para el Estatuto un fundamento y un alcance incompatibles con su condición de norma subordinada a la Constitución: los “derechos históricos”, la “nación” y la “ciudadanía”. Y la sentencia remite, para su enjuiciamiento, al momento de analizar jurídicamente los correspondientes preceptos del título preliminar del Estatuto.

En definitiva, la cuestión de fondo estriba en el fundamento del Estatuto, que, para los recurrentes, nunca podría ser ni la nación, el pueblo o los ciudadanos catalanes, ni tampoco los derechos históricos que invoca el Estatuto, sino exclusivamente la Constitución misma, cuyo fundamento es la Nación española, indivisible y única. El Tribunal admite que la utilización de términos tan conceptualmente comprometidos como son los de nación y pueblo o la referencia a los derechos históricos en el contexto de la invocación de los fundamentos sobre los que se asienta el ordenamiento en su conjunto o alguno de sus sectores puede dar lugar a equívocos y controversias en el orden de la razón política, pero no en el orden de la razón jurídico-constitucional, en el que la voluntad constituyente no deja lugar a dudas sobre el origen y fundamento del orden constituido todo. Al respecto, no admite discusión que los Estatutos de Autonomía, como cualquier norma del ordenamiento español, tienen su fundamento jurídico en la Constitución. No lo discute ni el propio Estatuto de Cataluña, cuyo art. 1 proclama que “Cataluña, como nacionalidad, ejerce su autogobierno constituida en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica”. Ello significa la asunción de todo el universo jurídico creado por la Constitución, “único en el que la Comunidad Autónoma de Cataluña encuentra, en Derecho, su sentido”; y, por ello, supone igualmente que su Estatuto de Autonomía, fundamentado en la Constitución, hace suyo, derivadamente, el fundamento propio que la Constitución proclama para sí, esto es, “la indisoluble unidad de la Nación española” (art. 2 CE), al tiempo que reconoce al pueblo español como titular de la soberanía nacional (art. 1.2 CE). Por dicha razón, sentencia el Tribunal que el único sentido atribuible a la referencia del preámbulo al “derecho inalienable de Cataluña al autogobierno” es el de la afirmación de que tal derecho no puede ser sino el que el art. 2 CE “reconoce y garantiza” a las “nacionalidades y regiones” que integran la Nación española,

concluyendo que se trata por tanto de un “derecho constitucional” y “en virtud de esa cualidad, inalienable, esto es, indisponible para los poderes constituidos, y sólo al alcance del poder de revisión constitucional”.

Por lo que se refiere al art. 5 del Estatuto (“el autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del art. 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución...”), para los recurrentes significa recabar para el Estatuto una facultad de actualización de los derechos históricos y, con ella, de asunción competencial por cauces que la Constitución ha reservado a los territorios forales en su disposición adicional primera.

Por su parte, el Tribunal dicta, por mayoría, una sentencia de interpretación conforme a la Constitución: el art. 5 no es inconstitucional “siempre que se interprete en los términos establecidos en el correspondiente fundamento jurídico de la sentencia”. En ese sentido, el fundamento jurídico 10 de la sentencia comienza por sentar que el art. 5 “sería manifiestamente inconstitucional si pretendiera para el Estatuto de Autonomía un fundamento ajeno a la Constitución, aun cuando fuera añadido al que ésta le dispensa”; sin embargo, señala el Tribunal que el enunciado íntegro del precepto permite descartar dicha interpretación, así como la de que “con él se hayan querido traer a colación para la Comunidad Autónoma de Cataluña los derechos históricos a los que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución”. En efecto, los derechos históricos, las instituciones seculares y la tradición jurídica invocados, según la dicción literal del precepto, son “aquéllos de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat”, razón por la que la sentencia considera que “se trata de derechos históricos en un sentido bien distinto del que corresponde a los derechos de los territorios forales” a que se refiere la DAP. Como fundamentación de dicha conclusión se indica que “se refieren a derechos y tradiciones de Derecho privado o, en el ámbito del Derecho público, al derecho que la disposición transitoria segunda de la Constitución ha querido atribuir a los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado Estatutos de Autonomía en orden a facilitarles su constitución como Comunidades Autónomas a través de un procedimiento específico”.

En suma, la sentencia interpreta que lo que hace la segunda parte del art. 5 del EAC no es un reconocimiento de derechos históricos propios de los territorios forales, sino que, más limitadamente, “anticipa el elenco de competencias que, de acuerdo con la Constitución, atribuye a la Comunidad Autónoma en el ámbito

de la lengua, de la cultura y de la educación y hace explícitas las razones que justifican el concreto sistema institucional en el que se organiza la Generalitat de Cataluña”. Ello lleva al Tribunal a considerar, como corolario, que solo impropia- mente podría entenderse que los derechos históricos son también, jurídicamente, fundamento del autogobierno de Cataluña, “pues en su expresado alcance cons- titucional únicamente pueden explicar la asunción estatutaria de determinadas competencias en el marco de la Constitución, pero nunca el fundamento de la existencia en Derecho de la Comunidad Autónoma de Cataluña y de su derecho constitucional al autogobierno”. Y por ello concluye que “los derechos, institu- ciones y tradiciones aludidos en el precepto, lejos de fundamentar en sentido pro- pio el autogobierno de Cataluña, derivan su relevancia constitucional del hecho de su asunción por la Constitución y, desde ella, fundamentan, en términos cons- titucionales, el sistema institucional y competencial instaurado con el Estatuto de Autonomía”. En otros términos, para el Tribunal el art. 5 EAC no es contrario a la Constitución interpretado en el sentido de que la expresión “en los derechos históricos del pueblo catalán” no remite al contenido de la DAP ni es fundamento jurídico propio del autogobierno de Cataluña al margen de la Constitución; y, correlativamente, en idénticos términos ha de entenderse la afirmación paralela contenida en el preámbulo del Estatuto.

La STC 31/2010 merece algunas consideraciones críticas, después de constatar que, por su alcance, afecta al Estado autonómico en su conjunto; se ha llegado a decir, así Alberti Rovira, que los Estatutos de Autonomía quedan muy devaluados, perdiendo su capacidad de orientar la futura legislación estatal. La sentencia adolece de cierta brevedad argumentativa, con una caracterización apodíctica, albergando razonamientos que establecen consecuencias como obvias e indiscu- tibles. Por ejemplo, en la fundamentación jurídica de la interpretación conforme a la Constitución se precisa que los símbolos nacionales de Cataluña solo pueden admitirse como predicados por su condición de símbolos propios de una naciona- lidad, naturalmente integrada en la “indisoluble unidad de la Nación española”, al decir del art. 2 CE. Pero el Tribunal desaprovecha la oportunidad de avanzar más en el significado jurídico de nacionalidad y obvia que las nacionalidades, al igual que las regiones, integran la Nación; el silencio es más clamoroso si se tie- ne en cuenta que diversos Estatutos, entre ellos el de Aragón, han definido como nacionalidad a su respectiva Comunidad Autónoma, constituida en ejercicio del derecho que reconoce y garantiza el art. 2 CE. Acaso, el intérprete constitucional hubiera debido tener más en cuenta el principio de unidad de la Constitución, que exige una exégesis conjunta y coherente, y el principio de armonización, que prescribe técnicas de concordancia, evitando interpretar un precepto o una parte del mismo en perjuicio de otro.

Por lo que atañe, en concreto, al tema de los derechos históricos, la STC reserva dicha categoría en exclusiva para los territorios forales, con apoyo en la DAP, que, no debe olvidarse, el Tribunal en su ya largo periplo jurisprudencial ha reservado, *velis nolis*, para aquellos pueblos de España que mantuvieron sus propios fueros, tras la unificación llevada a cabo por los Decretos de Nueva Planta, durante el siglo XVIII y gran parte del XIX, y a los que el régimen político anterior había respetado la *iuris continuatio* de su derecho histórico propio, ya fuese de forma total o parcial, y, al menos en teoría, sin carácter de privilegio, lo que iría en contra de los principios constitucionales, sino con carácter abstracto y general. La DAP significa que la Constitución viene a reconocer *de iure* y *de facto* la identidad política e histórica de esas comunidades territoriales, otorgando un valor potencial a su derecho histórico. Lo curioso es que el EAC no invocaba en ningún momento la DAP, cuestión que merece un análisis más detenido.

En efecto, hay que recordar que el texto de la propuesta de proposición de ley orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña, que se sometió al Consejo Consultivo y éste dictaminó con fecha 1 de septiembre de 2005, establecía en su disposición adicional primera, apartado 1, que “se reconocen y se actualizan, mediante el presente Estatuto, tal y como establece el art. 5, los derechos históricos de Cataluña, de acuerdo con lo establecido por la disposición adicional primera de la Constitución”, añadiendo en su apartado 2 hasta ocho menciones a diferentes ámbitos especialmente amparados (financiación, organización territorial y régimen local, derecho civil, régimen lingüístico, educación, etc) y disponiendo que los derechos históricos, en la Constitución, amparan y garantizan el régimen singular de las competencias y las atribuciones de la Generalidad en los términos estatutariamente establecidos. Por otra parte, sobre dicho texto se habían formulado, en la tramitación parlamentaria, los votos particulares de supresión números 398 y 399, así como la enmienda de sustitución número 400 (“1. Mediante el presente Estatuto, tal y como se establece en el art. 5, se reconocen y actualizan los derechos históricos de Cataluña, de acuerdo con lo establecido por la disposición adicional primera de la Constitución. 2. Este reconocimiento y actualización ampara, especialmente, en Derecho civil y en lengua propia”). Pues bien, el dictamen del Consejo Consultivo concluyó la inconstitucionalidad de la disposición adicional primera de la Propuesta de Reforma, así como de la enmienda número 400, por entender que la jurisprudencia constitucional no permite incluir a Cataluña como integrante de los territorios forales que disponen de un régimen foral de derecho público y, además, porque se configura como un título autónomo de atribución de competencias. Correlativamente, el Consejo Consultivo considera constitucionales los votos particulares



de supresión de dicha disposición adicional primera de la Propuesta de Reforma números 398 y 399.

No obstante ello, la Propuesta de Reforma presentada por el Parlamento de Cataluña, admitida a trámite por el Congreso de los Diputados mantuvo una Disposición adicional primera, titulada “Reconocimiento y actualización de los derechos históricos”, con el siguiente texto: “La aceptación del régimen de autonomía establecido por el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo catalán a los derechos que, como tal, le correspondan en virtud de su historia, que pueden ser actualizados de acuerdo con lo establecido por la disposición adicional primera de la Constitución”.

A lo largo de la tramitación parlamentaria de la Propuesta en las Cortes Generales, el texto de dicha disposición adicional desapareció, al hilo de una enmienda de supresión presentada por el Grupo Parlamentario Socialista: fue suprimida por la Ponencia Conjunta (compuesta por ponentes de la Delegación del Parlamento de Cataluña y ponentes de la Comisión Constitucional del Congreso), y dicha supresión se mantuvo en el dictamen de la Comisión Constitucional, acogiendo la nueva disposición adicional un contenido regulatorio sobre la designación de Senadores. Por su parte, el Senado no introdujo variaciones en el texto remitido por el Congreso, ni por parte de la ponencia conjunta ni en el dictamen emitido por la Comisión General de las Comunidades Autónomas. Es por ello, que en el texto vigente del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el texto del art. 5 no contiene ninguna referencia a la DAP de la Constitución, y el contenido de la primitiva disposición adicional primera ha desaparecido y con ello la pretendida cobertura de los derechos históricos en la DAP. En fin, como la invocación a los derechos históricos del pueblo catalán no tiene en el EAC la cobertura de la DAP, en contra de lo que sucedía en fases diversas de su tramitación antes de la aprobación de la correspondiente ley orgánica, resulta una tautología argumental: la sentencia proclama que los derechos históricos mencionados por el art. 5 EAC tienen un sentido diferente a los derechos históricos de los territorios forales según la DAP, se refieren a algo distinto, lo cual era evidente puesto que el EAC no invoca en ningún momento la DAP. Pero lo que la sentencia no dice es que las consecuencias jurídicas de los derechos históricos incorporados al Estatuto por su art. 5 sean incompatibles en todo o en parte con los de los territorios forales (Vernet). Por otra parte, acaso no resulta inadecuado señalar que en Cataluña la palabra “fuero” suele evocar los conceptos de privilegio, arcaísmo, inmovilismo, etc, habiendo sido el foralismo irrelevante en el ámbito político, y, en el privado, el Derecho civil catalán nunca ha estado contenido en Fueros (el calificativo “foral” se evitó ya en la Compilación de 1960).

En definitiva la STC 31/2010 atribuye al art. 5 EAC un mero valor enunciativo, siendo su eficacia normativa prácticamente nula, lo que incluso haría innecesario un específico fundamento constitucional (el que pretende otorgarle la propia dicción literal del precepto, con no demasiado rigor jurídico). La sentencia, que, por cierto, no invoca jurisprudencia anterior, señala que los derechos históricos ex art. 5 EAC se refieren a derechos y tradiciones de Derecho privado (o en el ámbito del Derecho público, a la especialidad procedimental de acceso a la autonomía ex Disposición transitoria segunda de la Constitución), pero resulta muy arduo considerar que sean de derecho privado la educación, la cultura o el sistema institucional.

Aún más, la sentencia considera que el art. 5 nada tiene que ver con los derechos históricos de los territorios forales, dando por descontado que los territorios forales son algo diferente, si bien no es totalmente rotunda sobre la inaplicabilidad de la DAP a Cataluña. Pero en todo caso, el TC no da razones sobre la no aplicabilidad. Considera obvio que no se aplique a Cataluña la DAP, pero no argumenta discursivamente los motivos ni las razones. Surgen los interrogantes. Ferret Jacas los ha explicitado así: ¿Porque Cataluña no es territorio foral? ¿Es más importante ser territorio foral dentro de un reino que ser un reino independiente? ¿Los derechos históricos son solo los todavía presentes en el siglo XIX con exclusión de los que desaparecieron en el siglo XVIII? Según el autor citado, la sentencia, que parece encontrar evidente que no se aplique a Cataluña la DAP de la Constitución, no argumenta por qué motivos no se aplica.

Finalmente, la doctrina más caracterizada considera que la STC 31/2010 afecta al principio dispositivo, cerrando el camino a la posibilidad de encontrar acomodo a las aspiraciones de autogobierno en el marco de la Constitución (por todos, Muñoz Machado).

## **II.6.6** Recapitulación acerca de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos históricos

El *excursus* efectuado sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional acerca del alcance y la caracterización de los derechos históricos es significativo acerca de los vaivenes experimentados por las sucesivas sentencias, con razonamientos a veces contradictorios y enfocados a la resolución de conflictos concretos. En cualquier caso, se ha pasado de una fase inicial, desconocedora del rango constitucional de los derechos históricos y de la propia DAP y en la que se negaba cualquier componente competencial de la foralidad (los derechos históricos serían como una envolvente simbólica de competencias asumidas por

vía del Estatuto de Autonomía, en el marco de los arts. 148 y 149 de la Constitución), a un momento posterior, en el que se dota a la DAP de auténtico valor jurídico-constitucional, del que derivará la validez y vigencia de los derechos históricos. Es más, se ha llegado a afirmar que el techo competencial ex arts. 148 y 149 C.E. puede ser superado hasta alcanzar el límite máximo de las competencias estatales inherentes a la unidad constitucional (plasmado en el art. 150.2 C.E.).

La jurisprudencia precisa que lo que se garantiza es la existencia de un régimen foral, como régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno, de su foralidad, pero no de todos y cada uno de los derechos que la hayan caracterizado a lo largo de su historia, aunque debe comprender, como contenido material mínimo, el elenco competencial básico que corresponda a la institución misma del régimen foral.

Del análisis articulado de la jurisprudencia constitucional pueden decantarse otros caracteres de los “derechos históricos”, tal que los siguientes:

- Los regímenes forales surgieron o cobraron vigencia en contextos muy distintos de los que representa la Constitución, los principios que proclama y la organización territorial que establece.
- El concepto derecho histórico “apela, entre otras cosas, a un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la institución foral y reconocido por el Estado”, pero, en cualquier caso, “no puede considerarse como un título autónoma del que puedan deducirse específicas competencias”, pues su actualización se llevará a cabo en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.
- La soberanía nacional, de la que emanan todos los poderes del Estado, “imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales...”, siendo la Constitución no “el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones históricas anteriores”.
- Las comunidades forales pueden mantener competencias que históricamente les hubieran correspondido...”pero dichas competencias deberán ser asumidas mediante la norma estatutaria”. Una vez asumidas las competencias, “el respectivo Estatuto deviene el elemento decisivo de la actualización de los

derechos históricos”, siendo esta norma, integrante del bloque de la constitucionalidad, la que, junto a las demás previstas en la Constitución, delimita el ámbito competencial de la comunidad foral.

- La STC 31/2010, recaída en relación con la reforma del Estatuto de Cataluña niega la virtualidad de los derechos históricos para ser considerados como fundamento del Estatuto, cualificación que solo corresponde a la Constitución, cuyo fundamento es, a su vez, la Nación española, indivisible y única. En esta sentencia, de interpretación conforme a la Constitución, considera que los derechos históricos a que se refiere el art. 5 del Estatuto no son los referidos en la DAP de la Constitución, sino que tienen un sentido distinto, limitándose a anticipar competencias que pudiéramos denominar de refuerzo de la identidad propia, atribuidas a la Comunidad Autónoma, de acuerdo con la Constitución. En definitiva, en el Estatuto de Cataluña la expresión “derechos históricos del pueblo catalán” no remite al contenido de la DAP, que, por otra parte, en ningún momento es citada en el Estatuto reformado.

En definitiva, lo que subyace es la reserva de la categoría de los derechos históricos en exclusiva para los territorios forales, con apoyo en la DAP, circunscritos por la jurisprudencia, que no es argumentativa sino meramente decisoria, a los pueblos que mantuvieron sus propios fueros, tras la unificación llevada a cabo por los Decretos de Nueva Planta, durante el siglo XVIII y gran parte del XIX, llegando incluso hasta nuestros días manifestaciones de esa peculiaridad foral. Es más, sentencias reiteradas, desde la 76/1988 han declarado que “tal fue el caso de cada una de las Provincias vascongadas y de Navarra”, pero ello tiene explicación lógica: todos los recursos y conflictos competenciales sobre los que se ha pronunciado el Tribunal han tenido como una de sus partes procesales al País Vasco y a Navarra. Sin embargo, el Tribunal nunca se ha pronunciado, ni siquiera colateralmente sobre el caso de Aragón, al que a continuación me refiero *in extenso*.

### **III. EN PARTICULAR, EL CASO DE ARAGÓN.**

**III.1.** Descendiendo de lo general a lo particular, procede ahora examinar la aplicación de los derechos históricos, según el régimen de la Disposición adicional primera (DAP) de la Constitución, a la Comunidad Autónoma de Aragón. En el orden conceptual, se examinará su tratamiento en el Estatuto de Autonomía y la potencialidad que de ello deriva, para centrarse a continuación –apartado IV- en la consideración de las iniciativas legislativas presentadas en las Cortes de Aragón para su desarrollo.

La Disposición Adicional Quinta del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr), aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, prescribe: “La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la Disposición adicional primera de la Constitución”. Posteriormente, esta Disposición Adicional Quinta pasó a ser la Tercera en el texto resultante de la reforma del Estatuto de Autonomía llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre.

El origen mediato de la norma se encuentra en una enmienda de adición propuesta por el Partido Aragonés Regionalista en la Asamblea Mixta de parlamentarios y diputados provinciales, con ocasión de la elaboración del anteproyecto de Estatuto, y rechazada por la misma (con solo cuatro votos a favor) tras la oposición formulada en nombre de la ponencia por el representante de Unión de Centro Democrático Sr. Merino y Hernández, (por cuanto nadie renuncia a su historia...y para renunciar a algo hay que manifestarlo expresamente...). Por su parte, el origen inmediato trae causa de una enmienda, la número 31, presentada por el diputado Gómez de las Rocas con ocasión de la tramitación en el Congreso de los Diputados del proyecto de Estatuto de Autonomía de Aragón, como nueva disposición adicional, con el mismo texto que pasó a la versión definitiva, tras haber sido asumida por la Ponencia y aprobada por unanimidad en la Comisión Constitucional, y con un solo voto en contra y tres abstenciones en el Pleno del Congreso, y por unanimidad, posteriormente, en el Senado. Según la motivación explicitada en la propia enmienda, “se trata de garantizar, reiterando la fórmula empleada en el Estatuto Vasco, los resultados de un examen en profundidad y, por ello, con el exigible detenimiento, de los derechos históricos de Aragón, suprimidos por el Decreto de Nueva Planta y otras disposiciones”.

El propio enmendante volvió a justificar con posterioridad a la aprobación del Estatuto la inspiración en el Estatuto Vasco “porque concurría la misma razón, aunque de mayor calado, en el caso aragonés”, indicando que “se trataba de una reserva significativa en pro del Derecho aragonés abolido por los Decretos de Nueva Planta y a fin de recuperar de aquel ordenamiento lo que siguiera siendo conforme con el interés de Aragón y fuera susceptible de actualizar”.

La única diferencia entre el texto del País Vasco y el de Aragón es que éste remite a la DAP de la Constitución, mientras que el Estatuto del País Vasco lo hace a “lo que establezca el ordenamiento jurídico”, expresión que acaso pudiera interpretarse como una puerta abierta extramuros del marco constitucional.

En uno de los primeros comentarios efectuados al EAAR, el profesor Fatás Cabeza interpretó en 1985 que la previsión estatutaria que nos ocupa se explica “por el deseo de los legisladores de no dejarse evadir competencia ninguna que, teniendo raíz histórica, no hubiese quedado expresamente consignada en el cuerpo del Estatuto de Autonomía”, añadiendo que los derechos históricos del pueblo aragonés no tienen actualmente sentido en su literalidad y resultan de total inaplicación por norma general. No obstante lo dicho, señaló que “como expresión de una voluntad política y cautelar es... una disposición que puede entenderse, aunque el legislador estatutario procuró recoger, nominalmente, las instituciones jurídico-políticas recuperables en el cuerpo del Estatuto” (como el Justicia de Aragón, en una interpretación conforme con el espíritu contemporáneo...). Asimismo consideraba que cabía interpretar la fórmula como una suave reivindicación (conciencia de la tenuidad de su vigor...) del “espíritu pactista”, tan a menudo proclamado para el sistema institucional y político del antiguo Reino de Aragón y que hoy no estorba habida cuenta de la DAP y su amparo y respeto de los derechos históricos de los territorios forales, “denominación esta última en la que, sin esfuerzo condenable, puede entenderse como incluido a Aragón”. Considera, finalmente, que la formulación positiva atiende a “no privar a los aragoneses de algún beneficio que, ocasionalmente, pudiera derivárseles de su tradición y entendimiento secular de la relación jurídico-política con el Estado”, aun matizando que, no obstante ello, “es fórmula que, por su naturaleza, permanece en la vaguedad y, en rigor, es de difícil articulación con el sistema jurídico general”.

Análoga vía interpretativa sigue Pemán Gavín, al reflexionar sobre los derechos históricos y el Estado de las Autonomías, a propósito de la Propuesta de nuevo Estatuto aprobada por el Parlamento de Cataluña. De su opinión cabe destacar dos aspectos: por una parte, que el texto de la DAP queda muy abierto en la literalidad de sus términos, muy ambiguos y casi enigmáticos, aunque su alcance se ha precisado por la consideración de los antecedentes parlamentarios de su aparición y la interpretación del Tribunal Constitucional; y, por otra, que la Disposición Adicional Quinta del EAAR “carece de consecuencias concretas y operativas en el articulado del Estatuto”, tratándose de una manifestación de valor meramente simbólico y de nulos efectos prácticos, si bien “acaso pueda entenderse como una tímida manifestación de un sentimiento aragonés de agravio por no haber sido tratada la Comunidad como nacionalidad histórica, así como también como una cautela ante eventuales interpretaciones futuras más generosas de la DAP de la Constitución”. Este autor señala, finalmente, que el Tribunal Constitucional ha negado la proyección de la cláusula contenida en la DAP en el ámbito de la foralidad civil al enjuiciar la constitucionalidad de la ley aragonesa

3/1988, sobre equiparación de los hijos adoptivos, considerando que su sentido no es “garantizar u ordenar el régimen constitucional de dicha foralidad civil, sino permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional de algunas de las peculiaridades jurídico públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación”.

Por su parte, Embid Irujo ha destacado en diversas ocasiones la singularidad de los rasgos diferenciadores de Aragón, reflejada en determinados preceptos estatutarios. Así ocurre con esta denominada cláusula de foralidad, que, a su decir, “supone una permanente posibilidad de apertura a formas diversas de organización y competencias cuya activación, es cierto, no se ha intentado en ningún momento”; al igual que la admisión del término “nacionalidad” (“Aragón, en expresión de su unidad e identidad históricas como nacionalidad...”), introducida en la reforma estatutaria operada por la L.O. 5/1996 y completada en la posterior reforma aprobada por la L.O. 5/2007 (según el art. 1, “Aragón, nacionalidad histórica, ejerce su autogobierno de acuerdo con el presente Estatuto, en el ejercicio del derecho a la autonomía que la Constitución reconoce y garantiza a toda nacionalidad”), e incluso la previsión normativa de una forma de financiación singularizada y diferente (el acuerdo bilateral de financiación a que se refiere el art. 48 del Estatuto, tras la reforma de 1996 y posteriormente, tras la reforma de 2007, el art. 108, bajo el epígrafe de “Acuerdo bilateral económico-financiero con el Estado”). En definitiva, el EAAR marca, para el autor citado, “un camino teórico de posibilidades cuya concreción será probablemente mucho más dificultosa que lo fue la adopción de los principios generales reseñados”, pero no cabe duda de que son signos auténticamente singularizadores del EAAR y, aún más, “perfectamente congruentes con una determinada forma de evolución histórica que hace creíbles esos preceptos en el contexto de nuestro Estatuto”. No obstante lo anterior, en trabajo posterior el profesor Embid matiza que el Tribunal Constitucional mantiene de siempre una concepción estricta y limitada acerca de la foralidad, que se ha vuelto a reiterar en la STC 31/2010, relativa al Estatuto de Autonomía de Cataluña, negando que dicha Comunidad Autónoma esté contemplada en la DAP de la Constitución.

En fin, Tudela Aranda en su trabajo sobre la DAP y los nuevos Estatutos de Autonomía (La historia como legitimación de la autonomía) apunta que “el historicismo estatutario estaría ganando la partida a la racionalidad constitucional” y, en el caso aragonés, se inclina por considerar que una cláusula de este tipo, recogida a través de una disposición adicional, era más una reparación simbólica que una norma con trascendencia jurídica efectiva en cuanto a la ordenación territorial del Estado, si bien durante el proceso de revisión del Estado autonómico, en la

última fase de reformas estatutarias, la interpretación historicista ha ido ganando adeptos como instrumento que permite conseguir un mayor grado de autonomía. Por lo que se refiere a la controvertida Disposición adicional del EAAr, califica de lánguida su vida, sin que haya jugado un papel destacado en el plano político, lo que explica por “la conciencia sobre su falta de conexión con un régimen foral público previo”, aunque se trate de una Comunidad Autónoma que ha tenido una fuerte conciencia reivindicativa desde el inicio del proceso autonómico.

Por ello, el autor citado se sorprende de la falta de utilización del precepto tanto con ocasión de la reforma de 1996 (incluso, previamente, en el Dictamen parlamentario sobre la profundización y desarrollo del autogobierno aragonés, aprobado por todos los grupos parlamentarios en el año 2004, sólo se mencionan en una ocasión los derechos históricos, para vincularlos con la concreción del modelo propio de financiación ya previsto en el art. 48 EAAr tras la reforma de 1996), como, especialmente, con la reforma de 2007, que mantiene el texto de la Disposición Adicional Tercera, “sin llegar a contemplar su vinculación con precepto alguno del Estatuto, ni en el orden competencial ni en lo relativo al sistema de financiación”.

También ha estudiado la actual Disposición Adicional Tercera del EAAr el profesor Sáiz Arnáiz, señalando de entrada las dificultades interpretativas planteadas por la expresión “derechos que como tal hubieran podido corresponder” y la admisión como titular de los mismos del “pueblo aragonés”, en lugar de los respectivos “territorios forales”, expresiones ambas que reiteran el texto de la Disposición Adicional del Estatuto del País Vasco. En todo caso, la Disposición referida a Aragón remite expresamente a su actualización de acuerdo con la DAP de la Constitución, con lo que se despeja la duda: ambas se refieren a idéntico concepto de “derechos históricos”.

Sobre el fondo del asunto, Sáiz trae a colación, en primer lugar, la opinión de diversos comentaristas del EAAr, coincidentes, a su juicio, en la falta de utilidad o trascendencia de la Disposición Adicional Quinta (Merino Hernández, Fatás Cabeza, Pemán Gavín), bastando aquí con remitirnos a todo lo expuesto *supra*. Por otra parte, anota que el Estatuto de Aragón, ni el originario ni ninguna de sus reformas posteriores, “no refleja en ningún momento en su articulado su condición de marco para la actualización de derecho histórico alguno, al contrario de lo que hacen el Estatuto Vasco y el Amejoramiento Navarro”, por lo que, en el estado actual, no puede afirmarse que “se haya comportado como corresponde hacerlo a las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas que se nutren de la DAP de la Constitución”, sin que tampoco se tomara en consideración en los trabajos desarrollados en el seno parlamentario sobre la profundización y el desarrollo del autogobierno aragonés como posible cauce para la



asunción de nuevas competencias, ni, finalmente, el legislador autonómico se haya referido al ejercer sus competencias en ámbitos materiales concretos a los derechos históricos (aunque ello es seguramente, indica el autor, porque se lo impide el silencio estatutario). Finalmente, considera que, tras la última reforma de 2007, tampoco el EAAR “se comporta como vehículo para la actualización de pretendidos derechos históricos ausentes en todo caso de su contenido”.

El argumento expresado no tiene, en mi opinión, ninguna fuerza sobre la cuestión controvertida: es precisamente porque Aragón no ha intentado la actualización general de su régimen foral, en su marco estatutario, por lo que el legislador orgánico estatal se ha cuidado de advertir que ello no implica la renuncia de Aragón a sus derechos históricos ex DAP. Debe repararse en que la DAP contempla el marco en que ha de llevarse a cabo la actualización general, pero matiza que ello es “en su caso”, es decir, que se trata de una facultad dispositiva, quedando a la decisión de la Comunidad Autónoma el acogerse o no a dicho régimen y actualizarlo o no. Finalmente, el hecho de que la última reforma estatutaria, llevada a cabo en 2007, no se haya aprovechado para llevar a cabo la actualización de los derechos históricos, y que sin embargo se mantenga incólume el texto de la Disposición Adicional Tercera EAAR es bien expresivo de que el significado de ésta no es inane, pues en ese caso hubiera sido suprimida; y al no haber desaparecido ello indica que se mantiene abierta la posibilidad inclusiva de Aragón como territorio foral titular de derechos históricos pendientes de actualización.

## II.2. ¿Qué sentido tiene, entonces, la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Aragón?

Ante todo, ha de precisarse que es una verdadera norma jurídica, que contiene un mandato preceptivo, directo y vinculante, por lo que hablar de su valor meramente simbólico y de nulos efectos prácticos supone desconocer su naturaleza y su significado real. En segundo lugar, hay que destacar su engarce con la DAP de la Constitución, de la que también en los momentos iniciales se negó cualquier otro valor que no fuera el puramente simbólico o retórico (Alzaga), llegando a calificar su contenido de político como opuesto a jurídico (Corcuera). Frente a ello, prevalece el carácter normativo de la Constitución toda, siendo la Constitución no solo una norma sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*, con preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma (García de Enterría).

Por su parte, la DAP tiene dos párrafos, siendo “la cabecera del grupo normativo la garantía de los Derechos Históricos” (Herrero) y dependiendo el segundo

párrafo del primero, por lo que la actualización general, en su caso, a través del Estatuto de Autonomía o norma orgánica de idéntico significado (Amejoramiento del Fuero) y posteriores leyes generales o sectoriales de desarrollo se basa o trae su razón de ser del primer párrafo de la DAP. Y dicha norma es asimismo la que permite interpretar correctamente las Disposiciones adicionales, tanto del Estatuto del País Vasco como del Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, a cuyo tenor “la aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto” (“del régimen establecido en la presente Ley Orgánica”, en el caso de Navarra) “no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia” (“renuncia a cualesquiera otros derechos originarios e históricos que pudieran corresponder a Navarra”), “que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico” (“cuya incorporación al ordenamiento jurídico se llevará a cabo, en su caso, conforme a lo establecido en el art. 71”, para Navarra). En definitiva, al salvaguardar otros derechos derivados de la historia, tales disposiciones adicionales solo se comprenden partiendo de la DAP, declarando implícitamente inconclusa la actualización llevada a cabo por el Estatuto de Autonomía o la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral.

Va de suyo que ningún comentarista doctrinal de las disposiciones adicionales del Estatuto Vasco o del Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra ha considerado en ningún momento que su valor es meramente simbólico, carente de fuerza normativa práctica. En concreto, Bartolomé Clavero considera, que, en el caso vasco, no cierra el proceso constituyente, sino que lo deja abierto; y José Antonio Razquin Lizarraga interpreta la adicional navarra como preservación del carácter jurídico-político de los derechos históricos, llevando aneja la irrenunciabilidad de la personalidad política de Navarra y de su propia potencialidad, dejando abierto el proceso de determinación de los derechos históricos. Por su parte, Miguel Herrero sostiene la conexión entre la DAP y la Disposición Adicional del Estatuto vasco, y en el mismo sentido, Lucas Verdú; desde otra posición, que encuentro difícil de compartir, T.R. Fernández defiende la inexistencia de parentesco, desde un punto de vista técnico-jurídico, entre la DAP y tales disposiciones adicionales estatutarias (aquella “contiene un mandato en sentido propio, que implica la incorporación a la trama constitucional de un complejo institucional típico y diferenciable como tal”, mientras éstas “son simples reservas de derechos, sin contenido normativo alguno”, limitándose a invocar el *historische staatsrecht* a fin de dejarlo a salvo en su presunta integridad de cara a un nuevo momento constituyente).

Por lo que se refiere a la Disposición Adicional Tercera del EAAR, ya se ha constatado con anterioridad que su aprobación por las Cortes Generales, a través

de la aceptación de una enmienda que no oculta su inspiración en el Estatuto del País Vasco, pretende garantizar los resultados de un examen profundo de los derechos históricos de Aragón en orden, en su caso, a su actualización. Su incorporación a la Ley Orgánica por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Aragón presupone la consideración de Aragón como territorio foral. De no ser así, carecería de sentido dicha Disposición adicional, hipótesis que ha de rechazarse por conducir al absurdo. Es el propio legislador estatal orgánico el que recoge la conexión entre los eventuales derechos históricos de Aragón y los mecanismos de actualización que contempla la DAP, que expresamente se invoca. En otros términos, hay que evitar el examen aislado de las normas, que, por una parte, las desvitaliza (en la realidad, ninguna norma opera aisladamente), y, por otra, les hace perder su propia significación jurídica. Ahí radica precisamente el acierto de la vinculación, incluso textual, de la Disposición Adicional Tercera EAAr a la DAP. Por otra parte, resulta clave considerar que ambas se integran en el denominado bloque de la constitucionalidad, parámetro que comprende las disposiciones normativas complementarias de la Constitución, categoría que incluye naturalmente los Estatutos de Autonomía, según resulta del art. 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El hecho de que tanto la Constitución como el Estatuto de Autonomía regulen esta materia en el seno de sendas disposiciones adicionales se compadece con la naturaleza propia de éstas, por cuanto el contenido propio de una disposición adicional es la regulación de regímenes especiales, dispensas, reservas de aplicación, excepciones y remisiones a otras leyes. Es evidente que la DAP ampara y respeta el régimen de la foralidad, en calidad de régimen especial y excepcional; e igualmente es obvio que las disposiciones adicionales de los Estatutos de Autonomía que son objeto de referencia constituyen una reserva excepcional de derechos, con carácter cautelar, en favor de los correspondientes territorios forales, incluido Aragón.

**II.3.** Desde esta perspectiva, la cuestión nuclear consiste en verificar la posible identificación de Aragón como territorio foral, desde el supuesto de que, por su naturaleza, los derechos históricos afirman la identidad de un hecho diferencial, sin necesitar siquiera un contenido material concreto, ya que la invocación de los derechos históricos no pretende revitalizar viejas competencias ajenas a la sociedad contemporánea. Es más, como ha señalado perspicazmente Miguel Herrero, en el Antiguo Régimen, el fuero no identificaba tanto lo excepcional frente a lo general, sino más bien lo propio frente a lo ajeno, llegándose incluso a una generalización de privilegios para afirmar la común diferencia; por ello, el

reconocimiento regio de la foralidad apuntaba esencialmente a la personalidad diferenciada y separada del territorio foral, como comunidad política, más que a un determinado acervo normativo e institucional.

*In principio erat fuerum.* La regulación basada en el fuero, término clásico de dudoso origen, se ha identificado con la disposición de origen consuetudinario, que representa una ventaja para el que lo disfruta, frente al sometido a cualquier otro tipo de regulación (Lalinde). Siguiendo a este fundamental autor, la foralidad burguesa, en consideración a los habitantes de las ciudades, con actividad preponderantemente artesana y mercantil, tiene su centro en la villa real de Jaca, elevada a rango de ciudad por Sancho Ramírez. Este Fuero de Jaca (que Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzat califica de luminaria, un ámbito de seguridad y protección, un marco de derechos y de libertades...) se expande por territorios limítrofes, y es mejorado con otras franquicias, siendo interpretado y completado por expertos foristas. Tras la confirmación del ordenamiento de Jaca por Alfonso II, en 1187, el Fuero se extiende a la montaña (el primitivo Aragón) y a la tierra nueva, nutriendo también al fuero de Huesca. Con la libertad de testar la foralidad jacetana alcanzó su mayor extensión, marcando identificativamente al derecho civil aragonés. Por otra parte, la primitiva foralidad jacetana burguesa evoluciona posteriormente hacia una foralidad militar, inspirada por la expansión territorial a costa de los musulmanes, con un papel preponderante de los “infanzones”, y vinculada a Sobrarbe y al territorio de España. El mérito de la “escuela de Jaca” es haber adaptado la foralidad primitiva a una sociedad dominada por el estamento militar. Por otra parte, aparece una foralidad “de extremadura”, en tierras fronterizas con los sarracenos, destacando los fueros de Calatayud, Daroca y, especialmente, Teruel-Albarracín, todos en el siglo XII, con atribución del mayor protagonismo a la comunidad, representada por el concejo.

El profesor Lalinde subraya la acción legitimadora consuetudinaria del “fuero de la tierra” o “fuero de Aragón”, como se le empieza a señalar, tanto por parte del Rey como en las recopilaciones privadas de comienzos del siglo XIII. Todo está ya a punto para que “los fueros de Aragón” sean una realidad. Este paso supone su definición, como vía de salida de la incertidumbre, pese a los esfuerzos de los foristas; y necesita contar con el concurso del “Derecho”, el conocimiento científico de las leyes romanas y canónicas (según la terminología del momento, la definición se hace por vía erudita o “dreyturera”), que solo se utilizan instrumentalmente, para contribuir a su formulación. Esa compilación de los Fueros de Aragón es la publicada en Huesca, en 1247, de la que no se conoce cuál es su versión original y existen dudas historiográficas por su coexistencia con la conocida como “Vidal Mayor”, escrita en latín por el obispo de Huesca, Vidal de Canellas y de la que solo se conoce su posible versión romance.

Morales Arrizabalaga se ha esforzado también por escudriñar la naturaleza foral del antiguo Reino de Aragón, donde desde el siglo XIV se consolidó la expresión “Fuero de Aragón”, inicialmente referida a un depósito o fondo impreciso de regulaciones, al que acuden el Rey y las Cortes para elaborar las leyes o fueros de Cortes (existe el Fuero, y el Rey, junto con las Cortes, lo formula y verbaliza ajustándolo a cada situación y momento, así como el Justicia convierte en regla concreta esos principios regulatorios genéricos a través de las decisiones contenidas en las Observancias). Y a su vez, desde el siglo XV, el pacto entre el Rey y el Reino es la fórmula más acertada en el proceso de averiguación del contenido de la regulación que inspira el Fuero de Aragón.

Durante esos siglos XIV y XV el Fuero crece con fuerza, en una corriente nacionalista de “indigenismo foral” (Lalinde), impulsada por el infanzón, que arrastra a los demás, limitándose los foristas a detectar el contraste entre el Fuero y el Derecho que ellos cultivan en el Estudio General, en busca de su conciliación y acercamiento. De aquí surge una de las fuentes más importantes y originales del Derecho aragonés, la “observancia” (*quod servatur*), siempre subordinada al fuero, y que se empareja con el “uso”, y ambos acaban recopilados al final del período (“compilación” de usos, observancias y actos de corte, encargada por las Cortes de Teruel en 1428 al Justicia Martín Díez de Aux, que en 1437 ya ha preparado). A lo largo de los siglos XVI y XVII se desenvuelve un período conservador, en el que se van sucediendo recopilaciones consecutivas. A finales del siglo XVI se había producido la generalización del fuero en el Reino de Aragón, extendiéndose a Teruel, Albarracín y sus comunidades. La colección cronológica se transforma en una colección sistemática, eliminando los fueros temporales caducados, los invalidados y los no usados o derogados. La recopilación del Fuero, seguida de la edición de la Observancia, aparece en 1552, tras un impulso inicial de Carlos I, continuado por su hijo Felipe I – II de Castilla- (Cortes de Monzón de 1547), siendo reeditada en 1624 y 1667.

Se ha constatado por Morales que la expresión “foral” contrapuesta a “derecho” se utiliza en Aragón a partir de las crisis forales de 1591 (los “sucesos” de Aragón, con el enfrentamiento de Felipe II a la fuerza institucional del Reino, representado por el Justicia Mayor y la Diputación General de las Cortes), y durante el siglo XVII es frecuente que obras jurídicas y escritos de alegaciones argumenten su análisis tanto con relación al Derecho como al Fuero (usualmente con la expresión “jurídico y foral”), combinación no utilizada en el siglo XVII fuera del ámbito aragonés. No hay que olvidar que, pese a todo, la fuerza histórica de los fueros aragoneses siguió actuando en la Europa del pensamiento crítico y en la España de los reinos como signo y símbolo de libertad foral (Coronas González).

Fuero y Derecho forman dos sistemas distintos que conviven contrastados en Aragón, como desde hace tiempo señalara el profesor Lalinde, y actualiza después Delgado Echeverría: no hubo recepción política ni técnica del Derecho común (romano y canónico), que en Aragón no se consideró tal, con un decidido rechazo político, que no impidió su penetración doctrinal, un “romanismo instrumental” que trata de poner el *ius* al servicio del Fuero (desde la perspectiva del *ius* y los juristas, los fueros no dejan de ser privilegios y excepciones, una especie de Derecho consuetudinario tolerado, de interpretación restrictiva; desde el punto de vista del Fuero y los foristas, el Derecho carece de fuerza de obligar, pero resulta útil, desempeñando el papel de una especie de teoría general). Para Lalinde, “el Derecho común es un instrumento técnico que sirve a los juristas para entenderse, pero que es compatible con el repudio de la vigencia de su contenido”.

A principios del s. XVIII se produce el derrumbamiento del fuero, inicialmente respetado por Felipe IV (V de España) cuando accede al trono (el Rey juró los Fueros del Reino de Aragón el 17 de septiembre de 1701, en la iglesia mayor de San Salvador, de Zaragoza, comprometiéndose en buena fe real a guardar y observar los Fueros hechos en Corte General de Pedro IV en Zaragoza en 1348, y los demás Fueros y Actos de Cortes, Privilegios, Donaciones y Libertades otorgados en Cortes Generales por predecesores del Rey, y los otros Fueros, Observancias, usos y costumbres del Reino y sus lugares...), pero tras el alineamiento de Aragón con el resto de la Corona, especialmente con Cataluña, a favor del archiduque Carlos de Austria, el Rey, como consecuencia de su victoria en Almansa, a través de un Decreto, y una posterior Cédula complementaria, deroga los fueros de Aragón y Valencia en 1707, reduciendo dichos territorios a las leyes y gobierno de Castilla.

Concretamente, el Decreto de 29 de junio de 1707, “considerando aver perdido los Reinos de Aragón i de Valencia y todos sus habitadores por el rebelión que cometieron, faltando enteramente al juramento de fidelidad que me hicieron..” y sobre la base de que al Rey toca “el dominio absoluto de los referidos Reinos de Aragón i Valencia... i considerando también que uno de los principales atributos de la soberanía es la imposición i derogación de leyes... he juzgado por conveniente abolir i derogar enteramente... todos los referidos fueros, privilegios, práctica i costumbre..., siendo mi voluntad que estos Reinos de Aragón i Valencia se reduzcan a las Leyes de Castilla...”. Asimismo resuelve que la Audiencia de Ministros... que he mandado se forme para Aragón, se gobierne y maneje en todo i por todo como las dos Chancillerías de Valladolid y Granada...”. Para el profesor José Antonio Escudero la idea de suprimir la organización jurídica y política de los territorios de la Corona de Aragón le fue inspirada al Rey Felipe V

por su abuelo Luis XIV, a través de su embajador Amelot; sin que pueda decirse que el Consejo de Aragón hiciera una defensa tajante de los fueros, al haber sido renovado tras la escisión entre los partidarios de Felipe V y los del Archiduque. El autor indicado considera, en todo caso, no haberse producido una rebelión general, aparte de que en la contienda sucesoria Aragón no había adoptado una postura unívoca y homogénea, habiendo mantenido la lealtad al nuevo Rey los estratos superiores (buena parte de la alta nobleza y algunas importantes villas aragonesas, así como el estamento eclesiástico y una buena parte de las comunidades religiosas).

Es sabido que en el interior del Reino de Aragón se produjo una gran división, provocando el exilio de los aragoneses austracistas, destacando como principal teórico el conde Juan Amor de Soria, objeto de estudio por Ernest Lluch. E incluso entre las filas proborbónicas, el arzobispo de Zaragoza D. Antonio Ibáñez de la Riva se refiere al “desconsuelo que ha causado a los aragoneses la extinción de las libertades, privilegios y estilos con que han sido criados...ha causado algún resentimiento a estos naturales acostumbrados a vivir con la libertad de sus fueros...”.

Tras la reacción provocada por el Decreto, por su radicalismo, y la supresión del Consejo de Aragón (Decreto de 15 de julio de 1707), el 29 de julio de 1707 el Rey aprueba un nuevo Decreto, aclaratorio y rectificatorio del primero, concediendo “la manutención de todos sus privilegios, essenciones, fanquezas i libertades concedidas por los señores reyes mis antecessores o por otro justo título adquiridas, de que mandaré expedir nuevas confirmaciones a favor de los lugares, casas, familias i personas de cuya fidelidad estoy enterado...”, “no entendiéndose esto en quanto al modo de gobierno, leyes y fueros de dichos Reinos...porque en el modo de governarse los Reinos i pueblos no debe aver diferencia de leyes y estilos, que han de ser comunes a todos...”.

Tras la ocupación de Zaragoza en 1710 el Rey promulga el 3 de abril de 1711 un Real Decreto, estableciendo el gobierno del antiguo Reino a través de la Real Audiencia; pero mientras la Sala de lo Criminal ha de juzgar “según la costumbre y leyes de Castilla”, se permite que la Sala de lo Civil lo haga “según las leyes municipales de este Reyno de Aragón”, tan solo en cuanto a los litigios entre particulares (a lo que debió ayudar que gran parte de Aragón le había permanecido leal, así como la actitud moderada del Conde de Frigiliana, Presidente del Consejo de Aragón, y sin olvidar el informe de 16 de febrero de 1710, elaborado por Diego Franco de Villalba, que concilia el modelo normativo foral y la supervivencia de las instituciones centrales del Reino con la autoridad soberana del Rey Felipe V). Este establecimiento del Fuero en el aspecto civil tuvo un carácter decisionista, excluyendo la vía del pacto, basado únicamente en la voluntad del monarca.

Por otra parte, la recepción política del Derecho público castellano se acompaña del anquilosamiento del ordenamiento civil: desaparecidas las Cortes, se frustra la posible evolución pactada del fuero, y, además, el Rey de España renuncia a legislar como Rey de Aragón. El resultado es que las disposiciones para el gobierno de Aragón se recogen en la Novísima Recopilación de España, bajo la rúbrica de “fueros provinciales”. Y desaparecida también la figura del Justicia, no cabe renovación de la “observancia” (si bien era ya irrealizable desde la recopilación de 1437). Mientras tanto, se inicia un proceso de conversión del forista, que va dejando de ser un colaborador en la función creadora del ordenamiento y en la conciliación entre fuero y derecho, pasando a ser un foralista, que opera con el fuero como materia inerte, como un producto histórico, propio del pasado.

Simultáneamente, el mantenimiento de la voluntad fuerista en Aragón en los siglos XVIII y XIX fue relevante, lo que explica el hecho sorprendente de que en 1808 se celebraran unas Cortes de Aragón según el estilo anulado por Felipe V en 1707, implicando la existencia de un recuerdo popular y doctrinal mantenido con vida en Aragón durante cien años. Dejó escrito Lluçh que “hasta la oleada unitarista del nacionalismo español de finales del s. XIX, esta conciencia fuerista aragonesa se mantuvo gracias al naciente liberalismo”, explicando que tanto en Aragón, como en Cataluña y el País vasco, el carlismo no fue defensor de primera hora del fuerismo: en los territorios donde existían los fueros o donde fueron derogados, la reivindicación por el regreso o por el mantenimiento de los fueros fue obra de los liberales e incluso de los progresistas.

Se puede traer a colación aquí la única reivindicación política concreta de la tradición aragonesa que tuvo lugar en el siglo XVIII, la “Representación de los diputados de las ciudades de Zaragoza, Valencia, Barcelona y Palma de Mallorca”, presentada en 1760 al Rey Carlos III en nombre de los antiguos territorios de la Corona de Aragón. Allí explican que desean que “en el feliz reynado de Vuestra Magestad sean felices los reynos de la Corona de Aragón”, que desde principios de siglo “se habían gobernado con las leyes de Castilla y no por la que tenían como propias”, dirigiendo sus acusaciones contra los cargos de segundo nivel y recordando que no eran uniformes las leyes de los cuatro reinos. El documento contenía una propuesta de cambios, con dos aspectos destacados: la reforma de la estructura política de los municipios y la representación proporcional en los altos cargos de los naturales de la Corona de Aragón. Años después, el conde de Aranda trabajó por la consecución de dichos objetivos.

En cualquier caso, parece ser cierto que tras siglo y medio desde la derogación de los fueros permanecía un hálito de la Corona de Aragón. Así se deduce de la obra de Francisco Torres Villagas “Cartografía hispano-científica, o sea,



los mapas españoles en que se representa a España en todas sus diferentes fases” (1852), en uno de cuyos mapas se distinguía la España “uniforme o puramente constitucional”, la “foral (las provincias exentas, las vascongadas y Navarra, que conservan su régimen especial), la “colonial” y la España “incorporada o asimilada”, que comprende “las once provincias de la Corona de Aragón todavía diferentes en el modo de contribuir y en algunos puntos del derecho privado”. Y un momento postrero de la vigencia de la Corona como idea política fue el llamado pacto de Tortosa (18 de mayo de 1869), firmado entre los republicanos federales aragoneses, catalanes, mallorquines y valencianos, con el objetivo de defender la Revolución de 1868 y reclamar el estilo político de la antigua Corona de Aragón con su peculiar organización política.

Tras un largo período de desuso, la expresión “foral” reaparece en forma de “derecho foral” en el último tercio del siglo XIX. Concretamente, se utiliza en el marco de la Historia del Derecho Civil (en 1862 se dotan cátedras de Historia y Elementos del derecho civil español común y foral; y la expresión aparece en algunas obras doctrinales, recibiendo desde 1870 el impulso fundamental de su utilización por Abella).

Por otra parte, la expresión “territorios forales” en la doctrina administrativista es deudora del profesor Tomás Ramón Fernández, decisivo en el desarrollo doctrinal de los derechos históricos ex Constitución de 1978, y cuyas construcciones han penetrado la jurisprudencia constitucional. Asimismo sostiene Morales que la expresión constitucional “territorios forales” no es completamente nueva, pudiendo considerarse equivalente a “territorios aforados”, término utilizado por la doctrina a finales del siglo XIX en el contexto del derecho privado.

En todo caso, siempre que se ha utilizado la expresión “foral” para contraponer un régimen especial a otro general ha incluido de un modo natural a Aragón. Y en la doctrina aragonesa, en los siglos XVI y XVII, se utiliza en exposiciones que con posterioridad se han distinguido como de derecho público y de derecho privado, pero que entonces presentaban fundidos ambos elementos. En la parte final del siglo XIX se recupera una contraposición semejante, aplicada en el ámbito del derecho privado, especialmente civil (entre los territorios aforados destacan Aragón, Cataluña y Navarra, mientras que Vizcaya se suele integrar en el grupo de “otros territorios aforados”, a diferencia de Álava y Guipúzcoa, donde no se trazó un régimen foral alternativo al general castellano). En definitiva, Morales critica la reserva del término “territorio foral”, según la jurisprudencia constitucional, derivada de la opinión doctrinal de T.R. Fernández, para una pretendida foralidad de derecho público, por carecer de suficiente base histórica, así como la negación de dicho carácter para Aragón, por contraria a la práctica y la doctrina anteriores a 1985.

En efecto, la jurisprudencia constitucional, en una evolución generosamente progresiva, ha aceptado como constitucionalizadas posiciones privilegiadas de algunos territorios históricos en la segunda mitad del siglo XIX, admitiéndolos como entidad jurídico-constitucional histórica y se niegan otras. Y posteriormente se va consolidando de facto una constitucionalidad propia, que se termina justificando como una especie de régimen constitucional preconstitucional.

**III.4.** El profesor Delgado Echeverría, al estudiar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho Civil, desde la consideración concreta de la STC 88/1993, de 12 de marzo, desestimatoria de recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley aragonesa 3/1988, sobre la equiparación de los hijos adoptivos, analiza el rechazo por la sentencia de la aplicación al caso de la Disposición Adicional ahora Quinta del EAAr, invocada “no insensatamente” por el representante de las Cortes de Aragón, así como por el de la Diputación General de Aragón. A este respecto, el autor citado advierte que no es fácil precisar el sentido de esta Disposición, coincidente con la Adicional del Estatuto Vasco (salvo por su referencia explícita a la DAP de la Constitución), pero “suponiendo –como hay que suponer– que algo signifique, excluir su relevancia para el Derecho civil foral aragonés sitúa las cosas en una posición muy difícil”. Añade que dando por bueno lo que el TC dice sobre ella (esto es, que la DAP se referiría exclusivamente a “algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la nación”), como quiera que al promulgarse la Constitución Aragón no ostentaba ninguna peculiaridad jurídico-pública, el único sentido de la Disposición Adicional del EAAr sería entender que remite a peculiaridades de Derecho público no vigentes desde hace siglos.

Pero la STC 88/1993 exige más atención. En la fundamentación jurídica de la sentencia se expresa que ni la DAP ni la Disposición adicional (conexa) del EAAr han de ser tomadas “ahora” en consideración, “no ya solo porque los derechos históricos de las Comunidades y Territorios forales no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los Estatutos” (SSTC 123/1984, 94/1985 y 76/1988), sino “sobre todo y en primer lugar, porque el sentido de la DAP C.E. no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado exclusivamente en el art. 149.1.8 y en la Disposición adicional segunda C.E.), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento posconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación”.

La primera de las razones indicadas es, a mi juicio, absolutamente insustancial puesto que las partes comparecidas en el proceso para defender la constitucionalidad de la ley aragonesa recurrida no invocaban dichas Disposiciones como origen directo de la atribución competencial, ya que éste papel venía desempeñado por el art. 35.1.4 del EAAr y la competencia exclusiva de Aragón para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado. Es decir, que no concurría el presupuesto básico de la argumentación, consistente en un hipotético valor de los derechos históricos como título autónomo para generar competencias específicas no incorporadas a los Estatutos. En el presente *casus* se invoca una competencia asumida por el Estatuto de Autonomía. Sobra, pues, la explicación complementaria.

En cuanto a la segunda de las razones por las que la sentencia rechaza la aplicación de la DAP de la Constitución y de la Disposición Adicional Quinta del EAAr, basada en que la DAP no tiene por objeto “garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil”, hay que considerar que, de un modo implícito, está admitiendo que, con apoyo en la DAP y la adicional estatutaria, Aragón podría ser considerado como territorio foral titular de eventuales derechos históricos, ya que, de no estimarlo así el Tribunal, lo hubiera argumentado a mayor abundamiento para despejar la aplicabilidad de la DAP.

Por lo demás, debe notarse que la STC 88/1993 ni siquiera intenta argumentar la inexistencia de nexo entre la DAP y el art. 149.1.8 de la Constitución. Excluye el juego de la DAP para “garantizar el régimen constitucional de la foralidad civil”, concepto que puede contemplarse hoy como correlativo al de la garantía institucional de la foralidad, o de los derechos históricos de los territorios forales, consagrada doctrinalmente y recogida por la jurisprudencia constitucional. Pero, ¿es seguro que la competencia del País Vasco y de Navarra sobre Derecho Civil no tiene nada que ver con la DAP? El legislador vasco, en la exposición de motivos de la Ley 3/1992, del Derecho civil foral del País Vasco, posteriormente derogada por la Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco, ya indicaba que el derecho a elaborar su propia legislación lo poseyó Bizkaia en todo tiempo y solo desapareció con la decadencia del régimen foral, estando en vigor dicha legislación foral hasta la Compilación de 1959, limitadora en muchos aspectos, a lo que añade que “el derecho a recuperarla en su sentido tradicional debemos considerarlo como un derecho histórico amparado en la Constitución...”. En cuanto a Navarra, el art. 48 de la LORAFNA, que le atribuye competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral se entiende necesariamente conectado con el art. 2, en cuanto dispone que “los derechos originarios e históricos de la Comunidad Foral de Navarra serán respetados y amparados por los poderes públicos con arreglo a la Ley de 25

de octubre de 1839, a la Ley paccionada de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias, a la presente ley Orgánica y a la Constitución, de conformidad con lo previsto en el párrafo 1º de su Disposición adicional primera”.

En definitiva, cabe sostener que los “derechos históricos” y los “Derechos civiles forales o especiales” son dos aspectos que en el régimen constitucional “permiten o implican una diversidad de competencias posibles para las distintas Comunidades Autónomas”, según la tesis admitida por el profesor Delgado, siendo ambos casos manifestaciones de un mismo fenómeno, el de penetración de la historia en el texto constitucional. Consecuentemente, sólo los territorios forales podían ser titulares de competencias históricas, debidamente actualizadas según la DAP, por encima de los límites de las materias que el art. 149 C.E. reserva exclusivamente al Estado; y sólo las Comunidades Autónomas en que existía Derecho civil foral o especial pueden tener competencias legislativas específicamente sobre Derecho civil.

No sobra reparar en que el art. 12 del viejo Código Civil de 1889 preveía la subsistencia provisional de los derechos forales de las provincias y territorios, disponiendo que “lo conservarán por ahora en toda su integridad”; no hay que olvidar que la meta era la elaboración de un Código civil general, considerándose los derechos forales subsistentes mera materia prima a codificar, primero en Apéndices y después en Compilaciones, según el criterio del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza, de 1946. Pero una vez culminada la fase compiladora, la reforma del Título Preliminar del Código Civil, de 1973-1974, introdujo, en la nueva redacción del art. 13, “el pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes...”. Y a este designio parece responder el constituyente de 1978, al prever en el art. 149.1.8ª la competencia de las Comunidades Autónomas para “la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, restableciéndose la dinámica histórica de dichos derechos, que pueden desarrollarse por el correspondiente legislador autonómico, mediante una acción legislativa que propicie su crecimiento orgánico, según reconoció ya, intuitiva y anticipadamente, el Congreso de Jurisconsultos (sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución) de Zaragoza, de 1981. Finalmente, es interesante reseñar el paralelismo en la estructura normativa del art. 13 Cc con el texto de la DAP: pleno respeto, a los derechos especiales o forales, en las provincias o territorios en que estén vigentes... para el art. 13; la DAP proporciona amparo y respeto, a los derechos históricos, de los territorios forales....

También Herrero ha utilizado la vinculación existente entre el art. 149.1.8ª y la DAP, llegando a la solución sorprendente de que los derechos civiles forales

son derechos históricos... en aquellas Comunidades Autónomas que tengan reconocida en la Constitución la condición de histórica (atributo que vendría dado por la inclusión en el ámbito de la Disposición Transitoria segunda de la Constitución, y así la foralidad civil en Aragón sería foralidad pero no derecho histórico, conclusión evidentemente muy ardua para ser compartida. En efecto, una cosa es el establecimiento, en régimen transitorio, de un determinado modo de acceso a la autonomía plena y de un procedimiento específico para ello, el marcado por el art. 151 C.E., y otra cosa muy distinta es que por ese mero dato circunstancial (haber plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatutos de Autonomía, posibilidad que quedó frustrada en el año 1936) se distinga, a los efectos del art. 149.1.8ª, en cuanto al alcance de la foralidad civil y su enlace, en ámbito interpretativo, con la DAP. Tal categoría de Comunidad histórica carece del pretendido apoyo constitucional; esa categoría formal depende de la propia historia, y, en todo caso, la identidad histórica de Aragón aparece ya reflejada desde la aprobación inicial de su Estatuto de Autonomía en 1982, siendo tras la reforma de 1996 cuando se sanciona su categoría de nacionalidad (de acuerdo con la distinción fijada en las previsiones del art. 2 C.E.), hasta llegar a su proclamación vigente como “nacionalidad histórica”, tras la reforma introducida por la L.O. 5/2007., título constitucional de la mejor condición. De ello resulta el carácter artificioso de la distinción intentada entre diversos titulares de la foralidad civil.

Es cierto que la STC 76/1988 ya afirmaba que la DAP se refería tanto a “una peculiar forma de organización de los poderes públicos” como a un régimen jurídico propio en otras materias”, en alusión que puede entenderse dirigida a las materias de derecho privado a las que se refiere el art. 149.1.8ª C.E.. Pero es igualmente cierto que en la posterior STC 88/1993 el Tribunal invirtió su posición afirmando que el sentido de la DAP no es el de “garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado exclusivamente en el art. 149.1.8ª y en la Disposición adicional segunda), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional... de algunas peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación”. En definitiva, doctrina oscilante que exige profundizar en la cuestión planteada, sin preterir, siguiendo de nuevo a Herrero, que el art. 149.1.8ª no es solo una norma competencial, sino una garantía institucional de la foralidad, siendo sostenidas ambas funciones por la misma finalidad de tutela del hecho diferencial que la foralidad supone, proyectando su protección frente al Estado (son los territorios forales los administradores de su propio patrimonio jurídico, a sus respectivas Comunidades Autónomas compete esa labor de conservación, modificación y desarrollo...), pero también frente a los propios legis-

ladores autonómicos (que pueden desarrollar el derecho foral, pero no destruirlo; pueden adaptarlo a las nuevas situaciones sociales y económicas y actualizarlo, pero no renunciar a él).

Herrero cita, *pro domo sua*, la propia doctrina legal del Consejo de Estado que ha interpretado el art. 149.1.8ª a la luz de la DAP, subrayando que si este último precepto declara el respeto y protección que la Constitución dispensa a los derechos históricos en general de los territorios forales, ese respeto y amparo se especifica respecto de los derechos civiles forales, en cuanto derechos históricos, en el art. 149.1.8ª. Lo desconcertante es que esa doctrina la ha mantenido con respecto a legislación civil de desarrollo en Galicia y en Cataluña, pero no aparece en dictámenes relativos a legislación aragonesa y balear. La doctrina legal se expone ampliamente en el dictamen correspondiente al expediente 1537, aprobado el 27 de mayo de 1993, relativo a la adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y del Estatuto de Autonomía del País Vasco de la Ley 3/1992, del Derecho Civil Foral del País Vasco. El dictamen invoca, entre los preceptos relacionados con el caso, la DAP y la Disposición adicional del Estatuto de Autonomía, y alude al carácter preponderantemente histórico de los derechos forales, cuyo desarrollo autonómico se encuentra limitado no solo por la distribución competencial *ratione materiae* sino también por el respeto a la identidad histórica del derecho civil especial de la Comunidad Autónoma. Y, en concreto, al analizar la determinación del ámbito territorial del Derecho Foral del País Vasco y la problemática derivada de la dualidad normativa, la común y la foral (aplicables, respectivamente, al “Infanzonado o Tierra Llana” y a la parte no aforada de las villas y la ciudad de Bilbao), considera el Consejo de Estado que la solución adoptada, esto es, la posibilidad de opción de los correspondientes municipios a favor de la aplicación del Fuero Civil en todo su término tiene su apoyo histórico en la Escritura de Unión y Concordia de 11 de septiembre de 1630, habiendo mantenido dicho criterio una prolongada vigencia temporal. En definitiva, el Consejo de Estado es de dictamen “que no existen fundamentos jurídicos suficientes para mantener el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno”. No obstante lo anterior, el dictamen de referencia también recoge, pese a la contradicción que supone con su tesis, el sentir jurisprudencial derivado de la STC 88/1993, que es contraria a la aplicabilidad de la DAP en esta materia.

Pero, además, es reseñable que la sentencia 88/1993 parece que hace operar a la historia indefinidamente en el tiempo, a través del reparto de competencias sobre legislación civil según la Constitución y los Estatutos de Autonomía (allí donde existan derechos civiles forales o especiales) en un sentido más intensivo y foralista que el que el mismo Tribunal Constitucional acepta para el juego de la

DAP. Mientras la jurisprudencia ha dado un sentido “autonomista” a un precepto tan foralista e historicista como la DAP, sin embargo en la interpretación del art. 149.1.8ª parte de la garantía de la foralidad civil, bajo la premisa de colocar las competencias autonómicas bajo la dependencia indefinida de los datos históricos.

#### **IV. LA PRETENDIDA ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS DE ARAGÓN.**

**IV.1.** Ya se ha efectuado con anterioridad el análisis de la disposición estatutaria referida a los derechos históricos de Aragón, que admite su actualización de acuerdo con lo que establece la DAP de la Constitución. Ahora se trata de examinar el siguiente paso, concretamente las iniciativas legislativas presentadas en las Cortes de Aragón sobre tal materia y su resultado. Previamente, cabe recordar que el sentido jurídico de la actualización a que se refiere la DAP y el EAAR no es preponderantemente su puesta al día o *aggiornamento*, su modernización, por lo que “no se trata ni de restablecer lo que, fuera o no, ya no es, ni de tratar de reconstruir el tracto históricamente interrumpido y dar a luz lo que pudiera haber sido” (Miguel Herrero). No se trata de una actualización cronológica, sino ontológica, transitando de la potencia al acto, haciendo efectivos y realizando unos principios potenciales que se derivan de la afirmación existencial de una identidad propia, por lo que la esencia de la actualización pasa por la profundización en el reconocimiento, interno y externo, de esa identidad. En fin, esa actualización debe transcurrir en el marco constitucional, de modo que los derechos históricos no sean factor de disgregación sino que, por el contrario, cimienten la integración en España como Nación, dando plena virtualidad al esquema incluido en el art. 2 de la Constitución.

En primer lugar, hay que citar la proposición de ley presentada por el Grupo parlamentario del Partido Aragonés, con fecha 9 de diciembre de 2010, sometida a debate y votación a efectos de su toma en consideración en sesiones celebradas los días 24 y 25 de febrero de 2011, habiendo obtenido 41 votos a favor y 24 en contra. La cercanía de esta fecha con la disolución de las Cortes y la celebración de elecciones autonómicas en el mes de mayo de 2011 hizo que la iniciativa legislativa caducara finalmente. El texto de la proposición partía del hecho de que Aragón “toma su historia como referencia para su desarrollo como Comunidad Autónoma y, concretamente, como comunidad histórica de base foral”, por legitimidad histórica y por disposición de su Estatuto de Autonomía. El objetivo de la actualización de los derechos históricos de Aragón es “afirmar y proteger la

identidad aragonesa”, “decantando la esencia regulatoria de su identidad constitucional histórica, eliminando cualquier reminiscencia de un régimen señorial incompatible con nuestro actual sistema constitucional democrático”, con adaptación al nuevo entorno social..., según se expresaba en su exposición de motivos.

Tras la expresión de unos principios generales (definición de Aragón como nacionalidad histórica de origen foral, participación en la constitución de una España unida sin renuncia del pueblo aragonés a sus derechos históricos actualizados de acuerdo con la disposición adicional primera de la Constitución, definición conceptual descriptiva de los derechos históricos con expresión abstracta de su significado y alcance, enumeración de los instrumentos de actualización, vías para ostentar la condición política de aragoneses...), la proposición de ley se estructura en tres títulos:

- Uno dedicado a las instituciones históricas principales y más representativas de la forma de gobierno de Aragón (el Rey, el Príncipe de Gerona, las Cortes, la Diputación General y su Presidente, el Justicia, las demarcaciones territoriales históricas...), regidas en su actuación, según se proclama, “por el principio de la supremacía del Derecho”.
- Otro, titulado “Aragón y su derecho”: el Derecho foral como denominación tradicional del Derecho aragonés; establecimiento de unos principios de interpretación del Derecho aragonés con fundamento en los antecedentes históricos y en el Estatuto; se propugna la recopilación por materias de toda la legislación aragonesa vigente, formando un único Cuerpo de Leyes Generales, que se acompañará del desarrollo de un Cuerpo de Reglamentos Generales de Aragón.
- Finalmente, un Título dedicado a “la cultura jurídica y política histórica de Aragón”, que se considera formando parte de su patrimonio inmaterial, con la máxima protección que dicha condición le proporciona, bajo la tutela de la Comunidad Autónoma de Aragón; asimismo se dispone la creación de la Academia Aragonesa de la Historia.
- Las disposiciones finales de la proposición de ley, aparte de señalar la fecha de su entrada en vigor y el régimen de nombramiento de los primeros académicos de la Historia, establecen que su reforma o derogación exigirán el informe previo del Justicia en defensa y garantía de los derechos históricos del pueblo aragonés; por otra parte se encomienda a las Cortes, al Presidente de Aragón, al Justicia y al Gobierno el desarrollo de la actualización de los derechos históricos a través de sus respectivos poderes, así como su defensa.



**IV.2.** La segunda de las iniciativas legislativas fue la proposición de ley de actualización de los derechos históricos de Aragón presentada por los grupos parlamentarios del Partido Popular y del Partido Aragonés con fecha 10 de julio de 2014, tomada en consideración, con 59 votos a favor y 4 abstenciones, en sesión plenaria celebrada el 2 de octubre de 2014. El texto de la proposición de ley presenta una notoria similitud con el presentado por el grupo del partido Aragonés en el año 2010.

En efecto, la exposición de motivos es idéntica, salvo dos modificaciones: una, de adición, por cuanto al final de su apartado V se incorpora un párrafo referido a la institución del Maestre Racional y sus funciones, de las que es heredera –se señala expresamente– la actual Cámara de Cuentas de Aragón; la otra, de supresión del apartado VIII de la exposición de motivos de la proposición presentada en 2010 (en el que se expresaba la fecha simbólica de su entrada en vigor, coincidente con el 300 aniversario de la culminación en 1711 del proceso de reforma de los Reales Decretos de Nueva Planta de Aragón; y se contenía una alusión a la recuperación mediante dicha ley, y en el actual contexto constitucional y estatutario, de la dimensión normativa perdida de la identidad aragonesa).

Por lo que se refiere al texto articulado, es idéntica su estructura, dividida en cinco títulos (Principios generales, Instituciones tradicionales y principio de supremacía del Derecho, Aragón y su Derecho, y la cultura jurídica y política histórica de Aragón), incrementando el número de artículos de 20 a 23. Las únicas novedades del texto son las referencias a “las barras aragonesas”, a la Cámara de Cuentas, y a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Asimismo se incorpora una Disposición adicional única, declarando de interés general, a efectos expropiatorios, los bienes y archivos integrantes del patrimonio cultural e histórico del Reino de Aragón, así como los bienes artísticos que integran el patrimonio histórico-cultural de Aragón que hayan salido de su territorio sin un título válido de propiedad.

En la tramitación de la proposición de ley que nos ocupa se presentó una enmienda a la totalidad con texto alternativo por el grupo parlamentario Chunta Aragonésista, que fue rechazada en sesión plenaria de las Cortes celebrada el 27 de noviembre de 2014, que se pronunció con 8 votos a favor de la enmienda y 55 en contra.

Disueltas las Cortes con la convocatoria electoral de mayo de 2015, caducó la iniciativa legislativa presentada en julio de 2014. Ello justifica que no se profundice aquí y ahora en el análisis jurídico de dicha proposición de ley.

**IV.3.** Y llegamos así a la última iniciativa, que, finalmente, se ha convertido en ley. Se trata de la proposición de ley de actualización de los derechos históricos de Aragón presentada, con fecha 14 de diciembre de 2016, por el portavoz del Grupo Parlamentario Mixto, en representación de Chunta Aragonesista, cuyo texto coincide exactamente con el de la enmienda a la totalidad con texto alternativo presentada en la legislatura anterior, salvo la desaparición de un artículo dedicado al himno de Aragón.

La proposición de ley fue tomada en consideración por el Pleno de las Cortes en sesión de fecha 15 de junio de 2017, con 41 votos a favor y 25 en contra. Tras los trámites del Informe de la Ponencia (con fecha 15 de mayo de 2018) y del Dictamen de la Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario (28 de mayo de 2018), la proposición de ley fue aprobada por el pleno de las Cortes en sesión celebrada el 28 de junio de 2018, con los votos a favor de los diputados pertenecientes a los grupos de Chunta Aragonesista, Partido Socialista, Podemos, Partido Aragonés e Izquierda Unida, y la oposición del Partido Popular y de Ciudadanos. El texto aprobado fue promulgado por el Presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón como Ley 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón, publicada en el Boletín Oficial de Aragón correspondiente al día 10 de julio de 2018.

La mera lectura del Preámbulo, cuyas abundantes referencias históricas excluyo de mi consideración (Doctores tiene la Historia...), pone bien de manifiesto el espíritu que anida en la ley: "...es preciso dar un nuevo impulso al proceso de construcción de nuestro autogobierno, a fin de que Aragón, mediante la actualización de los derechos históricos de su pueblo, amparados y respetados por la Constitución, acceda al máximo nivel de autogobierno", "el objetivo de una ley de actualización de los derechos históricos es tratar de afirmar y proteger la identidad aragonesa", "actualización significa decantar la esencia regulatoria de esa identidad constitucional histórica de Aragón...", "también es adaptación de esa raíz regulatoria a un nuevo entorno social, receptivo y abierto a otras culturas, religiones y etnias...", "Aragón, mediante la presente ley, proclama su condición de territorio foral por legitimidad histórica y porque lo dispone su Estatuto de Autonomía...", "Aragón queda situado en el lugar que, como nacionalidad histórica, le corresponde por su pasado foral dentro del Estado español y la Unión Europea...".

Expresiones como las que acaban de citarse explicitan que la motivación y los objetivos pretendidos para la ley exceden de los límites de una ley autonómica ordinaria, situándose su significado más bien como la encarnadura de unos elementos que corresponden al contenido prototípico de la norma institucional

básica de una Comunidad Autónoma, función que constitucionalmente corresponde al Estatuto de Autonomía, que forma parte integrante del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico español. En efecto, en el frontispicio de la Ley 8/2018, concretamente en su art. 1, apartado 2, se establece que la participación de Aragón “en el proceso histórico de construcción de España” no ha supuesto la renuncia a sus derechos históricos, lo que no es sino la reformulación del precepto contenido en la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Autonomía de Aragón, que señalaba más simple y directamente, y también con mayor acierto técnico-jurídico, que “la aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia...”, vinculación más correcta dada la inserción de la adicional en el texto precisamente del propio Estatuto de Autonomía.

A continuación, el art. 1.2 de la Ley califica como legítima la actualización de esos derechos históricos “de acuerdo con la disposición adicional primera de la Constitución y según se prevé en la disposición adicional tercera del Estatuto de Autonomía de Aragón”, lo que no deja duda sobre la cobertura constitucional que se pretende para la nueva norma legal. Llegados a este punto resulta forzoso recordar la doctrina jurisprudencial, partiendo de los fundamentales pronunciamientos contenidos en la STC 76/1988, que, como se ha examinado con anterioridad, identifica, con apoyo argumentativo en el propio texto de la DAP, al Estatuto de Autonomía “como el elemento más decisivo de actualización” de los regímenes forales, siendo posteriormente reiterada dicha doctrina. *Sensu contrario*, una ley ordinaria, como es el caso ahora contemplado, no sería el instrumento normativo idóneo para llevar a cabo la actualización de los derechos históricos. Y esa conclusión resulta tanto más consistente cuando se repara en la peculiaridad del caso de Aragón, donde la única alusión estatutaria a sus derechos históricos eventuales se encuentra en una disposición adicional interpretativa de que el régimen estatutario de autonomía aprobado en la correspondiente ley orgánica no implica renuncia de los derechos que al pueblo aragonés le hubieran podido corresponder en virtud de su historia. *Ergo*, cualquier recuperación y actualización de tales derechos deberá ser acogida y sancionada en el Estatuto de Autonomía, dada su configuración constitucional como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, y ello tanto mediante el reconocimiento genérico de su régimen foral como a través de la determinación y especificación de su contenido fundamental. Como el vigente Estatuto de Autonomía no desempeña dicha función, resulta indispensable la interposición de una reforma estatutaria para incorporar el reconocimiento y la actualización de los derechos históricos, sin que tal objetivo pueda llevarse a cabo directamente a través de una ley ordinaria como la Ley 8/2018.

Por otra parte, el art. 1.1 de la Ley define Aragón como una nacionalidad histórica (calificación estatutariamente reconocida tras la reforma del Estatuto de Autonomía llevada a cabo por la L.O. 5/2007, de 20 de abril), “de naturaleza foral, cuya identidad jurídica, así como la voluntad colectiva de su pueblo de querer ser, se han mantenido de manera ininterrumpida desde su nacimiento”. Esta última expresión presenta el eco del Congreso pro Estatuto de Autonomía, celebrado en Caspe (1 a 3 de mayo de 1936), en el que se aprobaron entre otras bases, plasmadas de inmediato en un anteproyecto de Estatuto que ya no pudo tramitarse en las Cortes, la que afirmaba que “la personalidad de Aragón queda definida por el hecho histórico y la actualidad de querer ser”. Pero una cosa es calificar a Aragón como “nacionalidad histórica”, en consonancia con la dicción del Estatuto tras su última reforma, pese a que dicha categorización no figura constitucionalmente reconocida, y otra muy distinta variar su denominación oficial, con alteración de la que recoge el EAAR (entre cuyo contenido debe figurar por mandato constitucional “la denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica”: art. 147.2.a) de la Constitución), disponiendo el art. 1.3 de la Ley que todas las Administraciones públicas aragonesas deberán respetar dicha condición y utilizar en sus normas y documentos oficiales la denominación “Aragón, nacionalidad histórica”.

Por lo que se refiere a la calificación de “foral”, puede interpretarse como un signo para reforzar la aplicabilidad a Aragón de la DAP de la Constitución, que restringe su ámbito a los derechos históricos de los territorios forales, pero es obvio que lo decisivo para ello no es la denominación unilateralmente plasmada en una ley autonómica, eso no basta si dicha cualificación no responde a un sustrato real, a una esencia histórica y extranormativa que, si puede predicarse de Aragón, no obstante exigiría también previamente una plasmación o reconocimiento formal en el Estatuto de Autonomía, respetando el procedimiento de reforma del Estatuto y con la aprobación sucesiva de las Cortes de Aragón y de las Cortes Generales mediante ley orgánica. No obstante ello, hay que recordar una vez más que el propio texto de la Disposición Adicional Tercera del EAAR, al que ningún reparo opuso el legislador orgánico estatal, presupone la consideración de Aragón como territorio foral, ya que de no ser así carecería de sentido dicha disposición adicional, sin que quepa aquí refugiarse en la doctrina jurisprudencial (STC 31/2010), cuando artificiosamente crea una categoría de derechos históricos no identificable con los derechos históricos de los territorios forales recogidos en la DAP, ya que el propio EAAR establece la conexión directa entre los eventuales derechos históricos de Aragón y su posible actualización al amparo de la DAP.

El art. 2 de la Ley de actualización regula la titularidad y el contenido de los derechos históricos. Es un precepto cuestionable jurídicamente. De entrada,

respetando la redacción de la Disposición Adicional Tercera EAAR, residencia los derechos históricos en el pueblo aragonés, del que, añade, “emanan los poderes de la Comunidad Autónoma de Aragón”, contrariando por mutilación la expresión que figura en el art. 1.2 EAAR: “los poderes de la Comunidad Autónoma de Aragón emanan del pueblo aragonés y de la Constitución”. Seguidamente, el art. 2.2 de la Ley relaciona el contenido y efectos de tales derechos históricos, caracterizados por su heterogeneidad y en ocasiones falta de engarce histórico, pese a la recepción estatutaria de algunos de ellos: junto a la expresión de la voluntad del pueblo aragonés de mantener y reafirmar su identidad política, institucional y jurídica (que es tanto como remitir al art. 1 EAAR: ejercicio de autogobierno de Aragón de acuerdo con el Estatuto, ostentando por su historia una identidad propia...), alude al reconocimiento de una posición singular en relación con el Derecho foral, la historia, la cultura, las lenguas..., coincidiendo así en buena medida con los mandatos de los arts. 2.3, 7 y 32 del Estatuto; de la garantía de una relación Aragón-Estado regida por los principios de autonomía, bilateralidad y lealtad institucional mutua (ya el art. 88 EAAR basa tales relaciones en los principios de lealtad institucional, coordinación y ayuda mutua y el art. 90 regula la Comisión Bilateral de Cooperación, mientras el art. 108 prevé un acuerdo bilateral económico-financiero a formalizar y revisar en la Comisión Mixta de Asuntos Económico-Financieros como órgano bilateral de relación...) pasa al derecho de Aragón a acceder al más alto grado de autogobierno y como mínimo el reconocido a cualquier otra nacionalidad, derecho insólito y de imposible exigibilidad jurídica; de la garantía de los derechos políticos y sociales de los aragoneses como expresión de los principios “tradicionales” de libertad, justicia social, igualdad, respeto a la diversidad y pacto, al fundamento del derecho de Aragón al autogobierno político y a la autonomía financiera...; finalmente, considera derecho histórico el respeto por los símbolos, nombres y denominaciones originales de las instituciones políticas y jurídicas del antiguo Reino de Aragón y su defensa frente a errores, deformaciones o manipulaciones de la historia o de la realidad..., debiendo repararse en que su primera parte se supone ya incorporado a la regulación estatutaria, mientras que la última no se identifica tanto como derecho histórico cuanto como defensa de los signos y manifestaciones de identidad histórica.

En definitiva, como fácilmente se aprecia, se ha optado por una consideración cerrada de distintas categorías de derechos históricos, desde la base de una abstracción que intenta extraer de la identidad del pasado histórico de Aragón unos conceptos esenciales, olvidando a veces que deben ser acordes con el modelo estructural de la vigente Constitución. Más que por una definición o enumeración, se ha optado por una caracterización de la quintaesencia de tales derechos,

limitando en demasía el alcance de la nueva regulación, que se acomoda en un terreno “principal” y por lo tanto vacío de auténtico contenido normativo exigible jurídicamente.

El art. 3 de la ley 8/2018 contiene, en primer lugar, una deformación y desvirtuación de la Disposición Adicional Tercera EAAR, constituyendo una conculcación de su mandato estricto y una reconversión: se pasa de que la aceptación del régimen de autonomía ex Estatuto no implica renuncia a los derechos que le hubieran podido corresponder al pueblo aragonés en virtud de su historia, a que dicha aceptación suponga la necesidad de proteger, actualizar, poner en valor y desarrollar esos derechos, lo que viene a constituir *expressis verbis* el objeto de dicha Ley. Y sobre esa inversión se construye el montaje estructural del nuevo texto legal.

A continuación fija los objetivos de la actualización (“impulsar y desarrollar los principios propios del Estado social y democrático de Derecho, así como el cumplimiento de los derechos y libertades de los aragoneses, y se llevará a cabo atendiendo a la realidad social, cultural, económica y política del momento actual”) y sus instrumentos (“mediante ley, actos y convenios, entre otros, en el marco de la Constitución y el Estatuto de Autonomía”). Se trata de una regulación sustancialmente superflua y reiterativa, que va de suyo, al existir otras normas específicas del ordenamiento jurídico que ya lo prescriben, empezando por la DAP de la Constitución y la Disposición Adicional Tercera del EAAR; carece de auténtico contenido innovador del ordenamiento jurídico, aludiendo a principios contenidos en la Constitución y en el Estatuto, de obligado acatamiento por ello, o a reglas de adaptación a la realidad del momento, implícitas asimismo en cualquier proceso de actualización. En cuanto a los instrumentos de la actualización, no tiene especial sentido limitarlos y restringirlos, especialmente cuando dicho régimen podría modificarse con posterior norma del mismo rango legal, y tiene escasa coherencia con el propio título de la ley, que es de actualización de los derechos históricos de Aragón, salvo que se entendiera que dicha actualización se defiere a momentos futuros.

Siguiendo con el análisis de las disposiciones generales de la Ley 8/2018, el art. 4 proclama que los derechos histórico del pueblo aragonés “son anteriores a la Constitución española y al Estatuto de Autonomía, que los amparan y respetan, así como a la legislación emanada de la Unión Europea...”, y “al no emanar de ellos, han de ser respetados por las reformas que puedan afectar a esas normas”, añadiendo que “los derechos históricos no prescriben por falta de uso, ejercicio o reclamación”. Esta caracterización de los derechos históricos aragoneses, dejando aparte su natural precedencia histórica desde un punto de vista cronológico,

choca con la jurisprudencia constitucional, que, naturalmente, proclama el carácter de norma suprema de la Constitución, expresando, como hemos visto en su momento, que “la Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones históricas anteriores”, dado que “será de la Disposición adicional primera de la constitución y no de su legitimidad histórica de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez o vigencia”, debiendo además, por ello, ser objeto de actualización en el marco de la Constitución, con arreglo a los principios constitucionales, y del Estatuto de Autonomía. En definitiva, los derechos históricos, allí donde existen derivan en la actualidad su relevancia constitucional del hecho de su asunción por la Constitución, “y, desde ella, fundamentan, en términos constitucionales, el sistema institucional y competencial instaurado con el Estatuto de Autonomía”. Y algo semejante cabe concluir respecto del derecho comunitario, en cuya aplicación priman los principios del efecto directo y de primacía de dicho derecho comunitario, habida cuenta de la cláusula de apertura a la integración europea contenida en el art. 93 de la Constitución.

Finalmente, dentro de este apartado, el art. 5 invoca, con arreglo a la tradición foral aragonesa, el pacto como base de la convivencia social y política y fundamento de los derechos históricos, refiriéndose, como manifestación de ello, en su apartado 2.b), a que las decisiones relevantes que afecten a Aragón (y así, las que afecten a competencias exclusivas de Aragón, a los derechos y libertades de los aragoneses y aquéllas a las que una norma autonómica con rango de ley otorgue dicho carácter) no podrán ser adoptadas unilateralmente por las instituciones del Estado o por entidades supraestatales, sino que deberán ser negociadas con los representantes de la Comunidad Autónoma a través de los órganos e instrumentos de relación bilateral instituidos al efecto, especialmente los previstos en el Estatuto de Autonomía. A este respecto no resulta necesario formular un discurso argumentativo de mayor calado para sospechar que la regulación de que se trata constituye un evidente exceso de una norma legal autonómica para regular aspectos que interfieren en el ejercicio de competencias propias de otras instancias de poder político, especialmente el Estado y las organizaciones internacionales o supranacionales.

Existen, por otra parte, determinados preceptos de la Ley 8/2018, cuya redacción supone una alteración de preceptos estatutarios, lo que constituye una modificación inadecuada e improcedente del propio Estatuto. Así, puede citarse el caso de los siguientes artículos:

- El art. 7, en cuanto atribuye la condición política de aragonés no sólo a los referidos en el art. 4 EAAr sino también a los ciudadanos españoles con vecindad civil aragonesa, aunque residan fuera de Aragón, siempre que lo soliciten de acuerdo con lo dispuesto en la ley, incurriendo en un exceso de las disposiciones estatutarias, con las contradicciones ínsitas entre la utilización de la vecindad administrativa (art. 4 EAAr: condición política de aragonés)) y la vecindad civil (art. 9.2 EAAr: eficacia personal del Derecho Foral de Aragón), sin que sea posible utilizar discrecionalmente uno u otro criterio a los efectos que se pretendan. Ciertamente, el art. 4.1.a) EAAr atribuye la condición política de aragonés a los ciudadanos españoles que...o cumplan los requisitos “que la legislación aplicable pueda establecer”, pero ésta ha de ser la estatal porque en otro caso se producirían conflictos interautonómicos.
- El art. 9, que modifica ligeramente la redacción del art. 2 EAAr al definir el territorio de la Comunidad Autónoma.
- El art. 10.1, sobre la bandera de Aragón, alterando el art. 3 EAAr, al disponer que “podrá figurar en el centro el escudo de Aragón”, frente a la fórmula estatutaria, que es preceptiva (“figurará”). Igualmente es cuestionable el lugar preferente asignado a dicha bandera en el exterior de todos los edificios públicos civiles en el territorio de la Comunidad, que olvida la regulación estatal contenida en la Ley 39/1981, sobre uso de la bandera de España y de otras banderas y enseñas.
- El art. 11.1, sobre el escudo de Aragón, eliminando la descripción del art. 3 EAAr (“rematado por la corona correspondiente”).
- El art. 14 impone a la Diputación General de Aragón velar “por el uso preferente de las denominaciones históricas de las instituciones aragonesas de autogobierno”, entrando así en conflicto con las denominaciones oficiales según el Estatuto de Autonomía.
- También el art. 17, sobre “la Presidencia de Aragón” colisiona con la regulación estatutaria, entrando a regular materias que no guardan conexión material con los derechos históricos y respecto a las que debe prevalecer el Estatuto de Autonomía. Otro tanto cabe predicar de los arts. 18 y 19 de la Ley.
- El art. 26, sobre el Archivo de la Corona de Aragón, altera el texto de la Disposición Adicional Primera del Estatuto de Autonomía, pudiendo considerarse que, al menos en parte, invade la competencia estatal.
- El art. 32 establece como principios de interpretación del Derecho aragonés,



con fundamento en los antecedentes históricos de Aragón y en el Estatuto, los siguientes: a) los títulos competenciales, en cuanto normas amparadas por un pacto, se interpretarán en el sentido más favorable a la autonomía de Aragón; b) las instituciones de Aragón evitarán aplicaciones literales de la norma que supongan fraude de Estatuto; y c) en la interpretación de las normas se tendrá en cuenta el sentido histórico de las palabras. No queda claro el marco estatutario en que pueda apoyarse este precepto, y, en cuanto al primero de los criterios interpretativos, su ajuste al marco constitucional. Además, en puridad, el segundo de los citados no es propiamente un criterio interpretativo sino un elemento en la aplicación de las normas jurídicas, homologable al criterio aplicativo que se contiene en el Título preliminar del Código Civil al regular el fraude de ley en su art. 6.4. Y en cuanto al tercero de los criterios también resulta incompleto, al imponer el sentido histórico de las palabras en la labor interpretativa, elemento que, en todo caso, se utilizará, pero junto a los demás elementos interpretativos a que se refiere el art. 3 del Código Civil. En definitiva, todo ello conduce a concluir que el legislador aragonés ha desconocido que según el art. 149.1.8ª de la Constitución es competencia exclusiva estatal, en materia de legislación civil y sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan, “en todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas...”.

En fin, los capítulos IV y V de la Ley 8/2018, se refieren a otros aspectos relacionados con el patrimonio político e histórico de Aragón, y a Aragón y su Derecho, pero una vez expuestos los aspectos sustanciales que permiten cuestionar jurídicamente dicho texto legal y remitiendo a trabajos doctrinales más específicos sobre la materia (aparte de valoraciones efectuadas en colaboraciones periodísticas por expertos profesores universitarios, con la significativa y destacada intervención del profesor Fatás Cabeza, es reseñable la aportación, crítica desde el rigor jurídico, del profesor Ángel Garcés Sanagustín, que analiza la ley bajo el expresivo título “Derecho e Historia: del fuero al contrafuero”), no me parece oportuno extender más estas consideraciones, abusando de su paciencia. Lo mismo puede decirse respecto de las Disposiciones adicionales y finales, aunque alguna de ellas produzca perplejidad, como la solicitud de la derogación de los decretos de abolición foral o la entrada en vigor de la ley en fecha anterior a la de su publicación en el Boletín Oficial de Aragón.

En el momento de la redacción de esta intervención, diputados integrantes del Grupo parlamentario Popular en el Congreso han procedido a recurrir la Ley 8/2018 ante el Tribunal Constitucional. Por su parte, la Comisión Bilateral de

Cooperación Aragón-Estado ha acordado iniciar negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas en relación con dicha Ley de actualización de los derechos históricos de Aragón, designando un grupo de trabajo para proponer a la Comisión la solución que proceda, y comunicar el acuerdo al Tribunal Constitucional a los efectos contemplados en el art. 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (alargamiento hasta nueve meses del plazo de interposición del correspondiente recurso de inconstitucionalidad). Finalmente, ante la falta de acuerdo en el ámbito de la indicada Comisión Bilateral, el Consejo de Ministros, ha aprobado, mediante acuerdo adoptado en su reunión del día 8 de febrero de 2019, la impugnación ante el Tribunal Constitucional de los arts. 1.1; 1.2; 2.1; 2.2 apdos. d) y e) (en el último caso exclusivamente respecto de la mención al “pacto”); 3; 4; 5.1; 5.2.b); 7.1.c); 9; 10.1; 13; 14 a 22; 25; 26.1, 2 y 3; 27; 32.a); 33.5; disposición adicional segunda, disposición adicional tercera y disposición final tercera de la Ley 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón.

Lo anterior significa que el Tribunal Constitucional acabará pronunciándose sobre la constitucionalidad de la Ley 8/2018, y, de paso, sobre la de la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Autonomía de Aragón, siquiera sea bajo el formato de una interpretación conforme a la Constitución, lo que puede considerarse como una secuela perjudicial derivada de la promulgación de dicha Ley, ya que hasta el momento presente no existía ningún pronunciamiento jurisdiccional del Alto Tribunal sobre la referida disposición adicional.

## **V. A MODO DE RECAPITULACIÓN FINAL**

Como conclusión del presente trabajo, pueden resumirse algunas ideas básicas. La primera versa sobre la realidad jurídico-constitucional de los derechos históricos, reconocida en la DAP de la Constitución, aunque formulada con notable vaguedad sobre sus sujetos titulares y el perfil de su contenido y efectos. La parquedad expresiva de la Constitución ha tenido que ser completada e interpretada por el Tribunal Constitucional, que ha establecido, no sin contradicciones, una serie de principios a través de una senda evolutiva, en la que el objeto de la controversia jurisdiccional siempre ha tenido que ver con posicionamientos relativos a la Comunidad Autónoma del País Vasco, a sus Territorios Históricos o a la Comunidad Foral de Navarra. Posteriormente, el Tribunal se pronunció sobre el juego de los derechos históricos en el reformado Estatuto de Autonomía de Cataluña, con una sentencia de interpretación conforme con la Constitución,

que deja sin responder diversos interrogantes y sin razonar suficientemente su conclusión de que tales derechos históricos nada tienen que ver con los que son “materia prima” de la DAP.

En segundo lugar, esta intervención ha tenido por objeto examinar la posición de Aragón en el tema de los derechos históricos, con el análisis del fundamento y el significado de la Disposición Adicional Quinta (posteriormente, la Tercera) de su Estatuto de Autonomía. El contenido y la trascendencia jurídica de dicha disposición han sido, en términos generales, devaluados o desdeñados por la doctrina científica que se ha ocupado de la misma, a la que he intentado contrarrestar de un modo razonado. Y a este respecto se ha realizado un esfuerzo para encontrar su fuerza jurídica y su anclaje en el edificio constitucional, aun reconociendo que la jurisprudencia constitucional se viene cerrando en esta materia a cualquier posibilidad de reconocer el carácter de territorio foral a los que no contarán con dicha calificación tras los Decretos de Nueva Planta del Rey Felipe V. Es cierto que, parafraseando al Presidente del Tribunal Supremo norteamericano Charles Evans Hughes, “el título VIII de la Constitución, y toda ella en suma, es lo que el Tribunal Constitucional dice que es”, pero es igualmente cierto que en un futuro la jurisprudencia constitucional puede mutar en atención a las circunstancias concurrentes.

En este sentido, cabría aquí formular algunas interrogantes. ¿Por qué el Tribunal Constitucional establece un determinado encuadramiento temporal a la hora de definir los derechos históricos de los territorios forales? ¿Cuál es el canon constitucional utilizado para llegar a esa conclusión por parte de una jurisprudencia relativamente temprana, sin duda influida por los trabajos doctrinales preparatorios de la Ley de Territorios Históricos? Y, si no existe ese canon, ¿cabe que en algún momento pudiera modificarse el límite jurisdiccionalmente señalado por el supremo intérprete constitucional? ¿Puede deducirse del texto constitucional que exista un momento determinado para acotar la consideración de un territorio como foral? ¿Es que Aragón no puede ser considerado como territorio foral? ¿No hubo históricamente en Aragón un régimen foral completo, público y privado, más antiguo, general, reconocible, consolidado y menos subordinado que el de las provincias vascongadas? ¿Acaso puede el Tribunal Constitucional legislar a través de sus sentencias, al modo de la interpretación de Carl Schmitt? Y, en concreto, hacerlo además en el plano normativo del bloque de la constitucionalidad, especialmente en relación con los denominados “compromisos dilatorios”? ¿No resulta sorprendente que en ninguna de sus sentencias sobre el asunto el Tribunal haya detenido su atención en el tenor de la Disposición Adicional Tercera EAAR?

En tercer lugar, defendiendo la reserva de la potencialidad de los derechos históricos contenida en la reiteradamente citada disposición adicional, cualquier

actualización de tales derechos históricos ha de ceñirse a los principios rectores dispuestos en la DAP de la Constitución, a la que remite la adicional estatutaria. Pues bien, la pretendida actualización llevada a cabo a través de la Ley 8/2018, de las Cortes de Aragón, no cumple con los parámetros mínimos exigibles a dicha delicada labor jurídica. De nuevo aquí, es prioritaria y decisiva la invocación de la jurisprudencia constitucional, que ya desde la temprana STC 76/1988, identifica, con apoyo en el propio texto de la DAP, al Estatuto de Autonomía como “el elemento más decisivo de actualización de los regímenes forales”. Y la Ley 8/2018 ha querido utilizar un atajo para alcanzar el fin pretendido, lo que por sí solo permite cuestionar su constitucionalidad, al resultar inexcusable una reforma estatutaria para ello. Pero hay más, en el articulado de la Ley florecen preceptos que mediatizan mandatos de la propia Constitución y que, por otra parte, introducen alteraciones en normas del propio Estatuto de Autonomía, en perjuicio de su validez jurídica. Finalmente, la Ley, en su conglomerado pretendidamente regulador de aspectos muy diversos y variados, presenta también, quizás por la suma de todas las razones apuntadas con anterioridad, una factura técnica defectuosa, olvidando con ello que una norma jurídica, y más si se trata de una norma trascendental en atención a los valores cuya consecución se propugna, debe tener un nivel de precisión y perfección, no solo lógica sino también lingüísticamente, en su formulación como norma aislada y en su función como pieza del conjunto normativo en el que se integra.

Por último, cabe expresar que el juego que pueda dar en el futuro la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Autonomía de Aragón, reconocida su constitucionalidad y fuerza normativa, y actuadas en su caso las potencialidades que encierra, conforme a la Constitución y al propio Estatuto, no es inseparable, en último término, de las vicisitudes que, en hipótesis, pueden afectar a la organización territorial de España, incluso a través de una eventual reforma de la Constitución (en clave de profundización federal, como técnica de reequilibrio entre unidad y autonomía...?), en la que deberá respetarse la identidad propia de Aragón, parte constitutiva y constituyente de España.

Por lo demás, como ha dicho el Rey Felipe VI, en acto institucional con ocasión del 40 aniversario de la Constitución: “Una vocación integradora (la de la Constitución) que no supone uniformidad, ni significa olvidar o suprimir la diversidad territorial, ni negar la pluralidad, sino asumir y reconocer a todas ellas en una realidad nacional común en la que caben diferentes modos de pensar, de comprender y de sentir. Una España, en fin, que es de todos, construida por todos, y sentida y compartida por todos”. En definitiva, ello significa conjugar el respeto a la existencia de una nación común y a la diversidad que la conforma y enriquece.

He dicho.

## DISCURSO DE CONTESTACIÓN

A cargo del

Excmo. Sr. D. Manuel Pizarro Moreno

Compañeros académicos,

Señoras y señores.

Me resulta muy grato asumir la tarea de contestar, en nombre de la corporación, el discurso de ingreso de Don Juan Antonio García Toledo y con ello darle la bienvenida como nuevo académico de número.

Quisiera comenzar mis palabras resaltando el honor que supone para mí intervenir en este acto y lo feliz que me siento cumpliendo el encargo que se me ha confiado.

Mi relación con Juan Antonio García Toledo se remonta a muchos años atrás y puedo dar fiel testimonio de su gran calidad humana y profesional y de los muchos merecimientos que adornan su persona.

Trabajador infatigable, cordialísimo y elegante en el trato, tuve la inmensa suerte de compartir con él momentos inolvidables y muchos proyectos e ilusiones en la etapa precursora de la autonomía aragonesa. Entonces lo descubrí como jurista: escuchaba con atención, preguntaba con curiosidad, respondía juiciosamente y guardaba silencio con discreción cuando había que hacerlo, con la conciencia de que la verdadera meta que se debe pretender en la vida es la de tratar siempre de ayudar a los demás y la de conocerse mejor a uno mismo.

Con el transcurso de los años he podido confirmar aquellas primeras impresiones: Juan Antonio García Toledo ha hecho gala en cada circunstancia de su vida profesional, tanto en la labor desarrollada en las instituciones públicas como en la empresa privada, de una insobornable vocación de entrega, dedicación y servicio. Todo ello envuelto en su amor e interés por Aragón y Zaragoza, la ciudad que le vio nacer un 17 de diciembre de 1950.

Y he de decir que en esta brillante y ya larga trayectoria ha contado siempre con el inestimable apoyo de Marimí, su mujer, aquí presente, quien le ha proporcionado el valor de lo auténtico y el gran regalo de la serenidad, la simpatía y el ánimo constantes. Sería injusto no subrayarlo públicamente.

La tradición académica exige que mis palabras de contestación se ajusten a un esquema expositivo diferenciado. En la primera parte, debe hacerse una breve sinopsis de la biografía y méritos del recipiendario. En la segunda, una glosa, igualmente breve, de la entraña de su discurso.

La envergadura intelectual de Juan Antonio García Toledo es incuestionable. Tras cursar el Bachillerato en el Colegio del Salvador, de los P. P. Jesuitas, realizó los estudios de Derecho en la Universidad de Zaragoza, licenciándose, con Premio Extraordinario, en el año 1972. Por su expediente universitario recibió el Premio Nacional D. José Calvo Sotelo y los Premios de la Academia General Militar y del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza.

En junio de 1976, a los 25 años de edad, ingresó por oposición en el Cuerpo de Abogados del Estado, siendo destinado a la Delegación de Hacienda y Tribunales de Lérida, en cuya Facultad de Derecho fue Profesor Encargado de la asignatura de Derecho Civil durante los cursos académicos 1978 a 1982, ambos inclusive.

En enero de 1982 se incorpora, en comisión de servicio, a la Diputación General de Aragón, siendo nombrado Jefe de la Asesoría Jurídica (desde 1987, Director General de los Servicios Jurídicos), con participación activa en la organización de la Comunidad Autónoma y colaborando en los pasos iniciales de las Cortes de Aragón como primer Letrado Mayor en funciones.

Como Director General de los Servicios Jurídicos, intervino en asuntos relacionados con la preparación de proyectos de ley sobre materias institucionales y de régimen administrativo, la estructura de la Administración Autonómica y la defensa de los intereses de la Comunidad Autónoma ante diversas instancias jurisdiccionales, especialmente el Tribunal Constitucional (en recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia).

Fue, asimismo, miembro de la Comisión Mixta de Transferencias de la Administración General del Estado a la Diputación General de Aragón y Secretario de la Comisión Asesora sobre el Derecho Civil Aragonés, creada por Decreto 24/1984, que trabajó principalmente sobre el anteproyecto de ley de adopción e integración de la Compilación de Derecho Civil de Aragón en el ordenamiento jurídico aragonés.

En marzo de 1990 solicita la excedencia voluntaria como Abogado del Estado, incorporándose de inmediato a la Caja de Ahorros de la Inmaculada, entidad

en la que ha desempeñado la Dirección del Servicio Jurídico, habiendo sido nombrado sucesivamente Subdirector (1992), Subdirector General (2006) y Director General Adjunto (2008), hasta su prejubilación en noviembre de 2011. Desde su constitución, hasta diciembre de 2012 fue Secretario del Consejo de Administración del Banco Grupo Cajatres, S. A.

Particular significación merece su nombramiento como Presidente de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, supremo órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, desde enero de 1996, siendo reelegido en 1999, en 2002 y en 2005. Tras la aprobación de la Ley 1/2009, del Consejo Consultivo de Aragón (en sustitución de la Comisión Jurídica Asesora), fue nombrado Presidente del mismo, puesto ejercido hasta el mes de julio de 2013.

Entre sus publicaciones cabe destacar “El Delegado del Gobierno”, en las actas de las I Jornadas sobre Administración Autonómica (Diputación General de Aragón, 1982), “La Administración Consultiva. Especial referencia a la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón”, en la obra colectiva *Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas* (El Justicia de Aragón, 2001) y “Semblanza de D. José Lorente Sanz”, en *Homenaje a Lorente Sanz* (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, 2002). Además, su participación en el equipo redactor del Libro Blanco sobre las repercusiones en Aragón de la integración de España en la Comunidad Económica Europea (Diputación General de Aragón, 1985).

Ha desempeñado el cargo de consejero o secretario de diversas sociedades mercantiles y pronunciado innumerables conferencias sobre temas relacionados principalmente con el Derecho Civil Aragonés, el Derecho Administrativo y el Derecho de las Comunidades Autónomas.

Después de la lectura de tan espléndido *cursus honorum*, comprenderán ustedes que nadie mejor que Don Juan Antonio García Toledo para abordar un asunto tan complejo y controvertido como es el de los derechos históricos y su específica relación con la Constitución española y nuestra tierra aragonesa.

No es fácil precisar la naturaleza de estos “*Derechos Históricos*” reconocidos y amparados por la Constitución, determinar su significado o concretar su marcado carácter identitario y hay que admitir que los esfuerzos realizados hasta ahora por los exégetas del texto constitucional para lograr tales propósitos han dado escasos resultados.

Digamos, como punto de partida, que las constituciones políticas resultan incomprensibles si ignoramos la realidad en la que están insertas. Esta realidad opera como contrapunto de la fría normatividad y se compone de principios, va-

lores y referencias sobre la libertad, la igualdad, la dignidad de las personas, la seguridad jurídica y el pluralismo político, se inspira en planteamientos culturales e ideológicos y en concepciones del mundo y de la existencia, en postulados socioeconómicos y, en el caso de la Constitución española de 1978, recibe el influjo historicista, como se evidencia en el Título II que regula la Corona y, muy especialmente, en su Disposición Adicional Primera, que “*ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales*”, precisando que su actualización habrá de llevarse a cabo “*en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía*”.

La apreciación de las fuentes estimativas extralegales en la doctrina del método jurídico tiene en el estudio de “*Derechos Históricos*” un paradigma incuestionable. La polémica entre el formalismo y el antiformalismo del Derecho, -que tuvo su apogeo en la década de los sesenta del pasado siglo-, subyace en cuantos juristas se han aproximado a dicho estudio.

La consecuencia de identificar la juridicidad con la positividad ha supuesto muchas veces la reducción del horizonte mental del jurista a un conjunto de enunciados meramente normativos, asumiendo un cierto fetichismo legal, a tenor del cual la tarea del estudioso, investigador o aplicador del Derecho comienza y termina en la letra impresa de las normas y las leyes.

Como antídoto a este riesgo, cabe apelar a la valiosa contribución que ofrecen los valores éticos y las enseñanzas filosóficas, históricas, psicológicas, sociológicas y económicas correctamente impartidas y enfocadas para, de este modo, insertar el Derecho en el entorno del que nace y para el que nace. Esta superación de la idea del Derecho como un cuerpo de reglas dotado de autonomía, plenitud y sistematicidad, autosuficiente respecto del sistema social, es la tarea que recorre toda la producción científica de dos grandes juristas alemanes: Rudolf Smend (1882-1975) y su discípulo Peter Häberle (1934).

Los planteamientos de estos dos doctrinarios sobre la dimensión simbólico-material del Estado constitucional y las constituciones europeas como fuente de consenso emocional, a través de los símbolos, banderas e himnos nacionales, lengua, ceremonias oficiales, el territorio y referencias históricas diversas, han tenido un insoslayable ascendente sobre la doctrina española.

Para Smend, el Estado contemporáneo no es simplemente una persona jurídica dotada de derechos y obligaciones, “*cuya única expresión externa consista en expedir leyes, acuerdos diplomáticos, sentencias o actos administrativos*”, tal y como postulan los partidarios de un concepto jurídico del Estado puramente normativo. Si queremos que el Estado despliegue con eficacia sus cometidos -nos



dice- no puede desvincularse del conjunto de valores que son interiorizados y compartidos por los ciudadanos, que tienen su correspondencia en los símbolos estatales que materializan el contenido axiológico del Estado, y hacen sencillo su conocimiento, y también con determinadas invocaciones religiosas, culturales e históricas que suelen plasmarse en los preámbulos de algunas constituciones. Como ha precisado Pablo Lucas Verdú, la teoría de la integración de Smend “*sirve para amortiguar la administrativización del Derecho constitucional*”.

Haberle, por su parte, señala cómo dentro de los textos constitucionales resulta posible reconocer aspectos que tienen que ver con esa vertiente del ser humano como ser racional en la que se apoya el Estado constitucional: sin ir más lejos, el principio de separación de poderes, los derechos fundamentales como derechos de los demás o la creación y garantía del Derecho Constitucional y del Estado de Derecho. Pero, al mismo tiempo, no faltan en las constituciones esos otros elementos que “*tocan a la estructura emocional que también tienen los seres humanos*”, y que “*pueden clasificarse como cláusulas de reconocimiento, simbólicas y de valores fundamentales*”.

Por consiguiente, entre los preceptos llamados a captar la condición humana desde el lado de los sentimientos y fidelidades hemos de incluir los artículos de las constituciones relativos a las monarquías, el idioma, la bandera y otros símbolos políticos y, en el caso español, su Disposición Adicional Primera que da carta de naturaleza a los derechos históricos de los territorios forales.

En este contexto, y teniendo en cuenta que, como exponen Smend y Haberle, las normas constitucionales requieren una interpretación en clave cultural, espiritual e integradora, Juan Antonio García Toledo nos ha ofrecido en su discurso una apretada y equilibrada síntesis de la génesis, ámbito y alcance de tal Disposición Adicional Primera de la Constitución de 1978, abordando tres aspectos: el significado que le atribuyen algunos de los tratadistas y estudiosos más relevantes en la materia, la inestable jurisprudencia dictada al respecto por el Tribunal Constitucional y la posición de Aragón con respecto a la misma, puesta a su vez en relación con la Disposición Adicional Tercera de su Estatuto de Autonomía.

Entre los juristas españoles existen, resumidamente, tres posicionamientos respecto a los “*Derechos históricos*” reconocidos por la Constitución. Una abiertamente crítica, que incluso sugiere la inconstitucionalidad de la propia Disposición Adicional Primera, enfrentando la *legitimidad democrática o racional* a la *legitimidad histórica*, de modo que los derechos históricos serían una categoría incompatible con el orden material de valores que la Constitución reconoce. Otra centrista o moderada, liderada por Miguel Herrero de Miñón, que sostiene que

los derechos históricos son derechos previos a la armazón constitucional pero cuyo desarrollo debe hacerse en todo caso en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, en conexión con el artículo 149.1.8 de la propia Carta Magna, que trata de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales por aquellas comunidades autónomas donde existan. Y una tercera expansiva o maximalista, vinculada a las ideologías nacionalistas, vasca y catalana principalmente, cuyos promotores tratan de consolidar la idea de que las autonomías vasca, navarra y catalana tienen un fundamento distinto a las demás, por encima del poder constituyente esto es, diferente a la voluntad y soberanía del pueblo español.

García Toledo se muestra más próximo a la posición intermedia y nos recuerda cómo uno de los más destacados esfuerzos dogmáticos para desentrañar la noción de “*Derechos históricos*” se debe, precisamente, a Miguel Herrero de Miñón.

Herrero ha dedicado reflexiones muy perspicaces a la foralidad en el Estado constitucional, a los derechos forales como signos identificatorios de determinadas Comunidades Autónomas y a la recuperación de una plenitud foral debidamente actualizada. Su tesis es que los “*Derechos históricos*” remiten a una identidad política, anterior a la propia Constitución, no a un haber competencial. De ello no debe, sin embargo, desprenderse que la fuerza de obligar de tales derechos derive de una coyuntura puramente histórica; bien al contrario, la legitimidad de esos derechos dimanaría de la propia norma suprema que los ampara y reconoce.

Ahora bien, la Disposición adicional primera se refiere a los “*Derechos históricos*” de los territorios forales, pero no los relaciona nominalmente. Tampoco establece límite temporal alguno para la consideración de la foralidad, aunque es forzoso reconocer que entre las posiciones doctrinales que se han ocupado del asunto son muy mayoritarias las que limitan su ámbito a las tres provincias vascas y a Navarra.

En cualquier caso, tras escuchar los abundantes y dispares testimonios de los tratadistas y exégetas de la Constitución sobre los Derechos históricos y sus diferentes tomas de postura, -que García Toledo ha resumido admirablemente-, podemos llegar a dos conclusiones. Primera, que los “*Derechos Históricos*” no tienen sencillo acomodo en una concepción lógico-racional-normativa de nuestra Carta Magna. Segunda, que para medir el verdadero alcance de esta cláusula constitucional no nos queda más remedio que elevar nuestra mirada hacia el Tribunal Constitucional para que, como intérprete supremo de la Constitución, nos arroje un poco de luz sobre el asunto.

García Toledo ha examinado con minuciosidad la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que puede considerarse insuficiente y, en algunos aspectos, contradictoria.

Así, en su sentencia 11/1984, el juez de la Constitución, tras apuntar que las fuentes de las que nacen las competencias de los territorios históricos, por un lado, y de las Comunidades Autónomas, por otro, son necesariamente distintas, señalaba que: *“Los territorios forales son titulares de “derechos Históricos” respetados, amparados y sujetos a actualización en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, en virtud de lo dispuesto por la Disposición Adicional primera de la Constitución”*. Y de ello el Tribunal Constitucional concluye que la delimitación de las competencias de tales territorios podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales derechos, mientras que las competencias de las Comunidades Autónomas son las que éstas, dentro del marco establecido por la Constitución, hayan asumido en sus Estatutos de Autonomía.

En su sentencia 123/1984, el Tribunal matiza su doctrina, pues si en la anterior sentencia se inclinaba por la tesis de que los derechos históricos pueden derivar unas determinadas competencias cuya concreción exige de una específica investigación histórica, ahora el alto tribunal es rotundo al significar que la idea de *“Derechos históricos”* de las comunidades y territorios forales no puede considerarse como un título autónomo del que puedan invocarse competencias específicas.

Por su parte, en la sentencia 76/1988, dictada en el recurso de inconstitucionalidad presentado frente a determinados artículos de la Ley 27/1983, del Parlamento Vasco, de Territorios Históricos, el Alto Tribunal dejó claro que no es la Historia sino el Poder Constituyente el que otorga vigencia a los mencionados derechos: *«La Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones ‘históricas’ anteriores”*.

El siguiente paso de la evolución jurisprudencial viene significado por la sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, que reconoce la especificidad jurídica de la Disposición Adicional, en cuanto atributiva a los regímenes forales de un contenido sustantivo, con un plus competencial respecto del régimen general, de modo que los *“Derechos históricos”* constituyen un título de suficiente potencia y virtualidad jurídicas como para desplazar la aplicación, en un ámbito territorial foral, de normas estatales de carácter básico. Pero en su sentencia 140/1990 el Tribunal Constitucional retornó a su primera jurisprudencia, entendiendo de

nuevo que el concepto de “*Derecho histórico*” apela a un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la institución foral y reconocido por el Estado.

El Tribunal afirma, por tanto, que el fundamento de la validez de los derechos históricos reside en la propia Adicional Primera y no en su legitimidad histórica pero, como Juan Antonio García Toledo ha subrayado con agudeza en su intervención, el constituyente no estaba obligado a reconocer la categoría de “*Derechos históricos*” y, puesto que sí lo hizo, tales derechos históricos se fundamentan también en la legitimidad democrática de la Constitución. De este modo, el Tribunal Constitucional reconoce, por una parte, la vigencia del principio de legitimidad histórica en el marco constitucional y, por otra, la supremacía normativa de la Constitución, con lo cual el dilema de fondo sigue sin resolverse del todo.

Tras toda esta titubeante jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida a los derechos históricos de los territorios forales de la Comunidades Autónomas del País Vasco y de Navarra, García Toledo presta atención también a la sentencia 31/2010 de 28 de junio que dictó el Tribunal Constitucional en relación con la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que examina la ecuación Cataluña-derechos históricos y que niega la virtualidad de los derechos históricos para ser considerados como fundamento del Estatuto, cualificación que solo corresponde a la Constitución.

En definitiva, las líneas básicas del tratamiento de los “*Derechos históricos*” en la Constitución, según el parecer del Tribunal Constitucional, podrían reconducirse a dos: la conceptualización de la Disposición Adicional Primera como cláusula de garantía constitucional del régimen foral propio de cada territorio histórico y el carácter preferente de los Estatutos de Autonomía como herramientas para la actualización de los regímenes forales, regímenes que obtienen su fuerza jurídica de la Constitución y no directamente de su legitimidad histórica.

Cabe advertir que el Tribunal Constitucional nunca se ha pronunciado, ni siquiera *obiter dicta*, sobre el caso de Aragón, asunto al que García Toledo dedica la tercera parte de su discurso y, siendo este en su conjunto muy meritorio, nos parece que constituye su aportación más valiosa, teniendo en cuenta que el nuevo académico ha tenido el valor de adentrarse por caminos hasta ahora prácticamente inexplorados por la doctrina.

Lo primero que destaca García Toledo es que, aun admitiendo, como ya se ha dicho, que el constituyente pensara que los titulares de los derechos históricos amparados por la Constitución eran únicamente las Provincias Vascas y Navarra, nada impide que la categoría conceptual “Derechos históricos de los territorios

forales” pueda ampliarse a otros espacios geográficos que pudieran compartir su caracterización.

Sobre esta premisa, García Toledo pone en valor el tenor de la Disposición Adicional Quinta del Estatuto de Autonomía de Aragón, -aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, luego Disposición Adicional Tercera en el texto resultante de la reforma del Estatuto llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre-, destacando que nos encontramos ante una verdadera norma jurídica, que contiene un mandato preceptivo, directo y vinculante, no meramente simbólico, y que su incorporación a la Ley Orgánica por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Aragón implica, sin duda alguna, la consideración de Aragón como territorio foral.

En efecto, siempre que se ha utilizado la expresión “*foral*” para contraponer un régimen especial a otro general se ha incluido de un modo natural y pacífico a Aragón. Los juristas más acreditados, historiadores o civilistas, han subrayado desde tiempos remotos las singularidades de las instituciones regnícolas. En nuestros días, los profesores José Antonio Escudero y Jesús Delgado Echeverría, han dejado escritas reflexiones muy atinadas sobre el impacto de los Decretos de Nueva Planta y la formación y desarrollo del Derecho civil aragonés.

Además, Juan Antonio García Toledo enfatiza el acierto de que la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Aragón anude la actualización de los derechos que al pueblo aragonés “*le hubieran podido corresponder en virtud de su historia*” a la Disposición Adicional Primera de la Constitución y sostiene, a mi juicio de manera muy razonada, que los “*Derechos históricos*” de esta Disposición y los “*Derechos civiles forales o especiales*” a los que se refiere el art. 149.1.8ª de la Constitución son manifestaciones de un mismo fenómeno, el de penetración de la historia en el texto constitucional.

Se distancia en este punto de Herrero de Miñón, que considera que los derechos civiles forales son derechos históricos únicamente en aquellas Comunidades Autónomas que tengan reconocida en la Constitución la condición de histórica (y así la foralidad civil en Aragón será foralidad pero no derecho histórico), conclusión muy forzada, difícilmente asumible.

En el tramo final de su discurso Juan Antonio García Toledo ha escudriñado con ojo crítico las iniciativas legislativas presentadas en las Cortes de Aragón sobre la cuestión que estamos examinando, en particular la Ley 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón.

Nuestro ponente de esta tarde llega a unas muy importantes conclusiones que, se esté en acuerdo o desacuerdo con ellas, bien merecen la atención de nues-

tros políticos y gobernantes. La Ley 8/2018 no es el instrumento normativo idóneo -nos dice- para llevar a cabo la actualización de los derechos históricos aragoneses. O dicho de otro modo, resultaría indispensable el impulso de una reforma estatutaria para incorporar el reconocimiento y la actualización de los derechos históricos, sin que tal objetivo pueda llevarse a cabo directamente a través de una ley ordinaria como la Ley 8/2018.

Tras un detenido análisis de su preámbulo y articulado, García Toledo llega al convencimiento de que la caracterización de los derechos históricos aragoneses que hace la Ley colisiona con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se ha reseñado, con la legalidad ordinaria, como es el artículo que dispone la exhibición de la bandera de Aragón con carácter preferente, o con determinados preceptos estatutarios, lo que constituye una alteración improcedente del propio Estatuto aragonés. La noción de sentimiento jurídico, con ser relevante, no podemos exagerarla sin correr el riesgo de quebrantar el principio de seguridad jurídica.

Como es sabido, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso ha recurrido la Ley 8/2018 ante el Tribunal Constitucional, lo que significa que el intérprete supremo de la Carta Magna acabará pronunciándose sobre su constitucionalidad y, casi seguro, sobre la de la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Autonomía de Aragón. No hay mal que por bien no venga y confiamos que de este modo se ponga fin a la actual sensación de incertidumbre que sobrevuela sobre algunos aspectos de la foralidad aragonesa.

La foralidad ha ofrecido históricamente una gran elasticidad para reconstruir grandes espacios en los que poder entablar cómodamente relaciones humanas y jurídicas, coexistiendo, sin escollos insalvables, con la frecuente cerrazón de las estructuras estatales. Como muy bien señala Juan Antonio García Toledo, para que los derechos históricos desempeñen el juego constitucionalmente previsto, es necesario un proceso de actualización que sintonice bien con la naturaleza de la foralidad, caracterizada por las notas de flexibilidad y adaptación a las circunstancias cambiantes de cada tiempo, viviendo sucesivas transformaciones de sus instituciones, de sus competencias y de sus diversos regímenes políticos y administrativos.

Sin embargo, no puede ignorarse que el historicismo ha sido reforzado en algunos Estatutos de Autonomía con cláusulas de dudoso encaje constitucional. No han faltado tampoco ocasiones para la instrumentalización política del Derecho Civil como elemento identitario. Y la apelación a los “*Derechos históricos*” no debiera ser excusa para reclamar o exigir nuevas y continuas «actualizaciones»

que permitan en cada nueva legislatura alejar la «foralidad» del régimen autonómico general. Constitucionalismo y foralidad, normatividad e historicidad, son realidades que pueden y deben conciliarse.

Las razonables y ponderadas propuestas de Juan Antonio García Toledo nos dejan, al menos a mí me lo parece, bastante confortados. Su discurso constituye una auténtica guía de orientación para conducir las legítimas aspiraciones “foralistas” de los aragoneses por senderos transitables en los que prime el sentido común, el respeto a nuestra historia y la lealtad constitucional.

En nombre de la corporación, doy mi más sincera enhorabuena al nuevo académico, en la certeza de que seguirá aportándonos en el futuro trabajos tan sugerentes y meritorios como el que hemos tenido el placer de escuchar esta tarde.





# LA SUCESIÓN POR TESTAMENTO MANCOMUNADO O DE HERMANDAD EN EL DERECHO CIVIL VASCO

Excmo. Sr. D. Isaac Tena Piazuelo

*Excelentísimo Sr. presidente de la Academia,  
excelentísimos señoras y señores académicos,  
excelentísimas e ilustrísimas autoridades,  
señoras y señores,*

## **PROEMIO**

Es justo, no solamente por lo que los usos establecen, que exprese sinceramente mi gratitud a la Institución que hoy me acoge y las personas que la encarnan. Entre tantos, permítanme que singularice la mención del presidente (el Excmo. Sr. D. José Luis Merino Hernández) y del secretario de la Academia (el Excmo. Sr. D. Francisco Mata Rivas) quienes de una manera tan considerada me han abierto las puertas de un colegio de juristas del que nunca hubiera atrevido a soñar que formaría parte. Por eso mismo les confieso que no me resulta natural la idea de compartir familiaridad académica con mujeres y hombres que constituyen la más granada representación de esta tierra de derechos, a quienes profeso simpatía y el respeto intelectual que me aboca a una cierta distancia pues quedo muy lejos de ellos.

Me siento también especialmente afortunado, por comparecer ante ustedes precisamente en este hermoso salón de juntas del Ilustre Colegio Notarial de Aragón. Y ello es por dos razones en particular. Una primera de carácter sentimental, si se puede llamar así: profeso un especial cariño a la función notarial. El notario

es el “amigo de las familias”, el custodio de los derechos de los particulares, y el rigor de sus cometidos no está exento de un cierto romanticismo. Los notarios aragoneses han merecido, a lo largo de la historia, la consideración de grandes juristas. Me habría gustado ser uno de ustedes.

Otra razón por la que esta sala tiene ahora una especial connotación para mí tiene que ver con el propio tema al que se refiere mi discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia. Ya que me ocupo de una institución foránea, el testamento mancomunado del Derecho vasco, como una suerte de reivindicación del carácter universal de la curiosidad de los juristas. Que me permite recordar también la exigente formación de los notarios españoles, tan distinta de los reduccionismos característicos de los actuales planes de estudios de las facultades de Derecho. En esta sede notarial, cómo no recordar los programas de oposiciones a notarías y registros que han exigido a los esforzados candidatos saber con igual certeza que es el *any de plor*, los *muiños de herdeiros*, o el derecho de escaliar. En este sentido quiero reivindicar la libertad del jurista para estudiar el Derecho, sin determinados peajes que algunos tal vez pretendan, sin que pueda considerarse como bien peculiar de unos u otros que se apropian de la condición de propios y encasquetan a los demás -a la fuerza- la de foráneos. Me resulta muy sugerente lo que explica (en un contexto aparentemente distinto) Zygmunt BAUMAN a propósito de la sustitución (que dice haberse producido en el mundo contemporáneo) de la «identidad compartida» por los «intereses compartidos»: “la fraternidad basada en la identidad se convertiría -advertía Sennett- «en la empatía por un grupo selecto de gente aliada por medio del rechazo de aquellos que no se hallaban dentro del círculo local». «Ajenos, desconocidos, diferentes se convierten en criaturas a las que se les hará un vacío»”<sup>1</sup>.

Es este momento oportuno para tener presente a mi maestro, el Dr. García Cantero -que es vasco por cierto-, tal vez uno de los últimos grandes juristas de una época dorada del Derecho civil, un universitario sabio y un hombre muy bueno. Su planteamiento epistemológico descansa (pues, a día de hoy, sigue trabajando disciplinadamente y con gusto) en el valor positivo de la persona, como centro del Derecho, y en la estrategia transversal de la investigación, que no debe encastillarse entre los muros de las especialidades o del Derecho que consideremos más propio. En ocasiones se han construido abismos entre los juristas que se

---

<sup>1</sup> BAUMAN, Z., *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2011, pp. 50-51. Se refiere a SENNETT, R., *El declive del hombre público*, Península, Barcelona, 1978.

tilda de “teóricos” o “prácticos”, entre ciencia y técnica, entre Universidad y mercado jurídico. Como universitario que soy (tras estudiar en nuestra Facultad, ya hace de treinta años que *profeso* en ella el Derecho civil), me parece provechoso recordar las palabras de ORTEGA Y GASSET: “Si la cultura y las profesiones quedaran aisladas en la Universidad, sin contacto con la incesante fermentación de la ciencia, de la investigación, se anquilosarían muy pronto en sarmentoso escolasticismo”<sup>2</sup>.

Una última cuestión de estos preliminares: la dedicatoria. Me gustaría hacer doble dedicatoria del trabajo que luego glosaré: una dedicatoria *formal*, y otra *informal*. Informal, por exigencias de la familiaridad pero plena de sentimiento, ha de ser la que dirijo a mi hija Rocío cuya madurez de juicio en tantas ocasiones me presta ayuda en la investigación jurídica. La dedicatoria formal la dirijo a un entrañable jurista aragonés, D. Francisco de Asís Sancho Rebullida.

Los Estatutos de esta Academia, establecen en su art. 12. 2 que “*Todo Académico de Número tendrá derecho a ocupar un sillón en las reuniones de la Academia, el cual estará identificado por un signo que le singularizará del resto de los sillones*”. De tal modo, con el permiso de este colegio académico, me gustaría nominar así el que tan honrosamente se me concede: Francisco de Asís Sancho Rebullida, pues su figura me resulta especialmente entrañable. Aunque un perfil más extendido de esta relevante personalidad del Derecho deba quedar para otro momento, sí quisiera retratarlo brevemente. D. Francisco, nació en esta ciudad el 10 de julio de 1921 y falleció en la de Pamplona a finales de octubre de 1995. Era un hombre menudo (al menos cuando lo conocí de manera circunstancial) pero de talla enorme como profesor, como investigador, y con una categoría humana cuya huella todavía perdura entre quienes lo trataron. La metonimia “Lacruz-Sancho”, que designa uno de los manuales más prestigiosos del Derecho civil español, no haría precisas más explicaciones. De alguna manera representa cierto prototipo del jurista aragonés que esta tierra, tan rica en sentimientos y no siempre tanto en oportunidades, acaba exportando a las regiones circunvecinas. Cuántos valiosos profesionales con nuestra idiosincrasia no se han esparcido generosamente por otros lugares desde los que siguen contribuyendo a la causa común del Derecho y la Justicia. D. Francisco Sancho mantuvo sus orígenes, enraizados en el bajo Aragón, durante toda su vida. En el homenaje que se le tributó en la Universi-

---

<sup>2</sup> Cfr: ORTEGA Y GASSET, J., *Misión de la Universidad*, FORTUÑO LLORENS, S., (ed.), Cátedra, Madrid, 2015, pp. 116.

dad de Navarra por los veinticinco años de Cátedra universitaria, otro grande del Derecho -el prof. Álvaro D'Ors- comenzaba su alocución destacando que “Aunque haya pasado ya muchos años plenamente integrado en Navarra y en esta Universidad, él ha conservado siempre con gran autenticidad su carácter aragonés”.

*He realizado un comentario sistemático de los preceptos que, en el nuevo Derecho civil vasco, se refieren al testamento en común<sup>3</sup>. Con la venia de la presidencia, me gustaría hacer un resumen del texto amplio que tendrán luego a su disposición.*

## I. CONTEXTO NORMATIVO

La Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco de 2015 (Ley 5/2015, de 25 junio -BO del País Vasco, de 3 julio 2015, nº 124; BOE nº 176, de 24 de julio de 2015-) entró en vigor el 3 de octubre de 2015. Dedicó media docena de preceptos específicos del testamento mancomunado o de hermandad, de que me propongo tratar. Sin perjuicio del estudio de otros aspectos de carácter general contenidos en el articulado de la LDCV y que no puedo compendiar, en este momento son necesarias algunas precisiones preliminares que guardan especial relación con aquella modalidad testatoria<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Como podrá verse, la exposición del nuevo Derecho civil vasco se contrasta de manera regular con el de los otros territorios forales en que también se admite el testamento mancomunado. Se trata de una metodología que podría calificarse de *sinóptica*. Pero, precisamente por esa finalidad de comprobación o contraste, y siendo el tema principal cual es, no he intentado (ni habría podido, en los términos de lo que ahora pretendo) conceder la misma extensión al tratamiento del Derecho positivo, de las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales, de otras comunidades autónomas. Aunque en ocasiones el apego a lo propio pueda más, no sería tan útil una especie de “derbi” entre el testamento de hermandad vasco y el testamento mancomunado aragonés.

<sup>4</sup> Como matiza URRUTIA, no resulta en absoluto circunstancial el encabezamiento de la sección 3ª (*De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad*), del capítulo I (*De la sucesión testada*), del título II (*De las sucesiones*) pues –de manera semejante a como sucede con el testamento por comisario- la mención concreta *De la sucesión...*, excede de lo puramente *formal*, se trata de una cuestión de *fondo*: la sucesión realizada a través del testamento mancomunado toca a efectos fundamentales de la sucesión (como la apertura, la delación hereditaria, la revocación o modificación del contenido de la sucesión patrimonial recogida en aquel testamento). Cfr: URRUTIA BADIOLA, A., “La sucesión mortis causa en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, en Derecho civil vasco y los testamentos en particular”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Vitoria, 2016, p. 323. Como veremos

## 1. El criterio general prohibitivo del testamento mancomunado en el Código civil español

El Código civil español<sup>5</sup> parte de la regla general prohibitiva (que, justamente, tiene excepciones en algunos Derechos territoriales<sup>6</sup>) de los pactos sucesorios y testamentos mancomunados, tanto de los otorgados en nuestro país (*cfi*:

---

más adelante, la calificación del otorgamiento del testamento mancomunado como una cuestión de *fondo*, y no de *forma*, tiene múltiples implicaciones.

<sup>5</sup> Aunque me ocupo del testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco (LDCV, en lo sucesivo), y no del estudio general de la testamentificación conjunta en los Derechos españoles, para entender las características del que está previsto en el País Vasco resulta necesario situar un marco de referencia o de contraste con lo previsto al respecto en el Derecho común (y sin dejar de hacer lo mismo con algunos Derechos territoriales). Existe una sólida doctrina científica (resulta ociosa su referencia) que se ha ocupado, desde hace tiempo, del estudio del testamento mancomunado. Entre los trabajos relativamente recientes, téngase en cuenta: CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil”, *Revista jurídica del notariado*, 39/2001, pp. 35-53; GARCÍA VICENTE, J. R., “El testamento mancomunado. Razones para la derogación del Artículo 669 del Código Civil”, *Derecho de sucesiones: presente y futuro. XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 289-298; VERDERA IZQUIERDO, B., “Reflexiones sobre la prohibición del testamento mancomunado en el Código”, *RJIB. Revista jurídica de les Illes Balears*, 8/2010, pp. 43-70; CAÑIZARES LASO, A., “Artículo 669. Prohibición de testamento mancomunado”, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. *et al.* (Dir.), *Código civil comentado*, Vol. II (arts. 609-1087 CC), 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 290-293; CASTELLANOS RUIZ, E., “Artículo 733. Testamento mancomunado realizado en el extranjero”, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. *et al.* (Dir.), *Código civil comentado*, Vol. II, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 531-570.

<sup>6</sup> Sin olvidar las previsiones similares en otros Derechos extranjeros (extremo que, como veremos, puede tener una específica trascendencia, tanto a la hora de testar fuera de España, como cuando uno de los otorgantes del testamento mancomunado no sea de nacionalidad española). Así como refiere incidentalmente la STS de 8 octubre 2010 (RJ 2010\8009): “El testamento mancomunado, no admitido en el Código Civil español (artículo 669: no podrán testar dos o más personas mancomunadamente...) aunque sí en derechos propios de algunas Comunidades Autónomas (Cataluña, Aragón y Navarra) se produce cuando las personas, necesariamente cónyuges en el B.G.B. testan en común, en un solo documento público o en un documento privado, como testamento ológrafo. Muy discutida su conveniencia, ha sido admitido en el derecho alemán desde la época medieval y se ha mantenido en el B.G.B. / En éste, es trascendente el efecto vincular del estamento mancomunado en las disposiciones recíprocas, que excluye la revocación unilateral y, tras la muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente sólo puede revocarlo si renuncia a lo que le había atribuido el premuerto” (Fº Dº primero).

art. 669<sup>7</sup> CC), como los otorgados en el extranjero (*cf.* art. 733<sup>8</sup> CC). De algún modo se trata de una reacción debida a la suspicacia de que tales posibilidades de testar puedan alentar la maquinación fraudulenta, o la captación de voluntad de alguno de los que las utilizan. Al margen de la mayor o menor justicia de tal apreciación, la prevención frente a lo mancomunado también es consecuencia de la afirmación positiva (que resulta del Código) de que el testamento es un acto unipersonal (personalísimo, *cf.* 670 CC) que debe ser realizado por una sola persona, para asegurar la libre formación de la voluntad testamentaria, y esencialmente revocable (*cf.* art. 737 ss. CC)<sup>9</sup>. La jurisprudencia no hace sino reiterar tales principios, en el ámbito en que tienen aplicación (sin menoscabo de las posibilidades de testar mancomunadamente, reconocidas en algunas CCAA). Otra razón, que no con menor peso, justificó que el Código prohibiese el testamento mutuo fue la de asegurar la revocabilidad unilateral del testamento<sup>10</sup>. De tal modo que, como afirma GARCÍA VICENTE, las razones que justificarían la eventual derogación de lo dispuesto en el art. 669 CC podrían limitarse a rebatir los argu-

---

<sup>7</sup> “No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”. Tenor prohibitivo que debe ponerse en relación con las consecuencias previstas en el art. 6.-3 CC, nulidad de pleno derecho de los actos de contravención.

<sup>8</sup> “No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado”. Tratándose de una norma prohibitiva, dice CAÑIZARES LASO, (*cf.* *loc. cit.*, p. 292), la consecuencia no puede ser otra que la que establece el art. 6.-3 CC.

<sup>9</sup> *Cfr.* CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, p. 291. *Vid.* el análisis de situación que hace, respecto de las reticencias hacia el testamento mancomunado, GARCÍA VICENTE, J. R., “El testamento mancomunado. Razones para la derogación del Artículo 669 del Código Civil”, *cit.*, pp. 291 ss. Concluye el autor que la prohibición legal de tal clase de testamento se ha tomado como un mecanismo dirigido a salvaguardar la libertad de formación de la voluntad testamentaria, excluyendo los vicios que le afectan (*cf.* art. 674 CC).

CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J. (*cf.* *loc. cit.*, pp. 37 ss.), hace un análisis detallado de los inconvenientes que cabría reprochar al testamento mancomunado, y que pueden influir en su proscripción en el Derecho común, y también se ocupa de su refutación, para acabar proponiendo “superar la napoleónica y trasnochada prohibición del testamento mancomunado e ‘importar’ de las regiones forales una figura de la que resulta imposible negar, después de lo que queda dicho y probado, su increíble arraigo popular” (*cf.* *loc. cit.*, p. 53); aunque el autor encarece las ventajas del mismo cuando existe entre los otorgantes del testamento mancomunado un vínculo de carácter matrimonial.

<sup>10</sup> *Cfr.* GARCÍA VICENTE, *loc. cit.*, *ibidem*. Los riesgos en contra de la revocabilidad se manifiestan de diversa manera, tanto en vida de los otorgantes (en virtud del eventual desconocimiento de la revocación unilateral de la otra parte), como cuando muere uno de ellos y el superviviente queda en condición de revocar sus propias disposiciones, frustrando las expectativas del fallecido en orden al mantenimiento de las disposiciones correspondientes.

mentos (equivocadamente) sostenidos como fundamento de la prohibición, aunque sin duda cabe añadir otros que –en algún caso- aquel autor fundamenta en el propio texto constitucional<sup>11</sup>.

Al margen de la argumentación que debiera propiciar que se modifique o suprima en el futuro<sup>12</sup>, la prohibición contenida actualmente en el art. 669 CC no deja de resultar problemática (lo sería claramente desde el propio momento en que algunos ordenamientos como el gallego, navarro, aragonés, o vasco no precisan de ella), junto con las razones que desvirtúan su utilidad práctica. Sin olvidar, además, que cierta doctrina interpreta el tenor literal del art. 669 CC no como un precepto prohibitivo, sino como una norma que contempla una acción (testar mancomunadamente) que no lograría ordenar la sucesión<sup>13</sup>.

Es característico del testamento mancomunado que la voluntad testatoria de varias personas se exprese en un único documento, pero también que exista una mutua dependencia o condicionalidad entre las disposiciones de cada uno de los otorgantes cuya voluntad concurre en aquel testamento<sup>14</sup>. Lo que lleva a privar

---

<sup>11</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, *loc. cit.*, pp. 293 ss. Lo que no impide reconocer que también el régimen jurídico del testamento mancomunado plantea algunos problemas, *cfr. loc. cit.*, pp. 296 ss.

<sup>12</sup> Tal vez no se trata de una mera fabulación, en una época en que se reclama la puesta al día de algunos principios tradicionales de nuestro Derecho sucesorio como una de las nuevas coordenadas del Derecho civil contemporáneo.

<sup>13</sup> Cfr. CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, *ibidem.*, que refiere la opinión de DELGADO ECHEVERRÍA (“Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, *Derecho de sucesiones: presente y futuro: XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2006).

<sup>14</sup> Cfr. CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, p. 291. Resulta significativo el argumento de una STS ya antigua, de 29 enero 1960 (RJ 1960\894) que se refiere a un testamento ológrafo que, a pesar de haberse redactado por uno solo de los esposos, el Tribunal acaba calificando (tras interpretar el sentido de sus disposiciones, y ratificando la sentencia recurrida) como un testamento mancomunado prohibido por el Código civil: “Que si bien el discutido documento fue fechado, firmado y escrito en su totalidad por el marido de la demandada, es lo cierto, que después de consignarse en él los nombres de ambos cónyuges y su condición de tales, se declara textualmente que, «de acuerdo los dos... y si por la muerte sorprende hacen este documento, quedándose el uno al otro para hacer y deshacer», y a continuación, uno y otro separadamente, refuerzan esta rotunda, conjunta e inequívoca manifestación de voluntad, dejándose recíprocamente sus bienes «habidos y por haber para hacer y deshacer» y, tras enumerar cuáles sean éstos, concluyen repitiendo, «nos los quedamos el uno al otro para hacer deshacer», sin que parte alguna del lacónico documento exista nada que permita suponer que marido y mujer se propusieron cosa distinta que la de manera tan diáfana expresada, instituirse recíprocamente herederos, lo que en esencia no es, sino el otorgamiento de un testamento mancomunado, en su modalidad de mutuo con unidad de acto y documento, en el que las respectivas declaraciones de voluntad se ligan de tal suerte, que lo querido y dispuesto por uno de los otorgantes, se halla supeditado a lo ordenado y querido por el otro, constituyendo esta con-

de tal carácter a algunas fórmulas testamentarias que presentan alguna semejanza (como el denominado usualmente *testamento del uno para el otro*<sup>15</sup>) pero que no constituyen propiamente un único testamento de carácter mancomunado.

---

cordancia en el propósito, la entraña del negocio jurídico, que no permite disociar la intervención de las partes, ni conceder virtualidad a una sola de ellas, por ser causa de cada una la de la recíproca; lo que no es admitido por la Sala sentenciadora, ya que estima que cumplidos por el marido de la demandada, todos los requisitos que el artículo 668 del Código Civil exige para la validez de los testamentos ológrafos, como tal ha de conceptuarse el documento de 28 de septiembre de 1950, fundándose para entenderlo así -prescindiendo de la intervención de la mujer por no concurrir en ella dichos requisitos-, en que no puede atribuírsele carácter de testamento mancomunado, no obstante la conjunción y propósito de testar de ambos cónyuges, porque la Ley prohíbe los de esta naturaleza, cuando precisamente esta prohibición es la que prevé la posibilidad de su existencia, que al producirse, dicha terminante e insoslayable prohibición determina su nulidad radical, así como la imposibilidad de una disposición de esta índole, pueda convertirse fragmentariamente y por sólo valorarse defectos formales, haciendo caso omiso de los esenciales, en negocio jurídico válido y eficaz, pues que ello no puede producirse en derecho, cuando ha de proceder necesariamente una declaración de nulidad por ilicitud integral de lo realizado” (segundo Considerando).

En cuanto a la doctrina jurisdiccional, puede verse la SAP de Guipúzcoa, Sección 3ª, de 10 junio 2011 (JUR 2014\178140), aun sin dejar de advertir que -en virtud del concepto propio de testamento mancomunado que se afirma de manera pacífica- resulta cuestionable cierto razonamiento contenido en esta resolución: “En el art 669 del C. Civil se prohíbe el testamento mancomunado, preceptuando que no podrán testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.

El testamento mancomunado no está admitido en el C. Civil, aunque sí en algunos derechos propios como Cataluña, Aragón y Navarra y se produce cuando dos personas testan en común en un sólo documento público o en documento privado (T.S. sentencia de 8 de octubre de 2.010).

El testamento mancomunado es aquel que contiene en un sólo acto o instrumento las declaraciones de voluntad de dos personas, caracterizado por su unidad instrumental, no por su contenido.

En el supuesto de autos se halla escrito por el Sr. José Francisco, pero se hace mención expresa ‘estas son nuestras últimas voluntades’, posteriormente se señala también ‘es nuestra voluntad que no se publiquen esquelas’ etc y se halla firmado por los dos.

Por lo que nos hallamos, en esencia, ante un testamento mancomunado con las respectivas declaraciones de voluntad de dos personas, ya que una de las características esenciales del testamento es la unilateralidad, art 667 del C. Civil, es un acto personalísimo, art. 670 del C. Civil, no cabe que sea otorgado por más de una persona, por lo que la prohibición se extiende a la posibilidad de que dos o más personas otorguen en un sólo testamento la disposición de sus bienes.

En consecuencia, el citado testamento ológrafo al integrar un testamento mancomunado no era válido *ab initio*, era nulo de pleno derecho sin virtualidad alguna para revocar el anterior que resulta vigente, por lo que debe estimarse el recurso de apelación” (Fº Dº cuarto).

Debe tenerse en cuenta que, dado el carácter incontrovertido de la prohibición que aparece en el art. 669 CC, no resulta fácil hallar jurisprudencia (en sentido propio, pero lo mismo sucede con la *jurisprudencia menor*) relativa a la ocasional nulidad por ese motivo de algún testamento notarial. Tal posibilidad resulta más factible cuando los testadores utilizan la modalidad ológrafa de testar.

<sup>15</sup> Que puede asociarse a la denominada “cautela socini”.



## 2. La previsión del testamento mancomunado en la Ley del Derecho civil vasco

La Ley del Derecho civil vasco de 2015 derogó (*cf.*: Disposición Derogatoria) las leyes 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, y 3/1999, 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa. Y se sustituye un modelo normativo que aparecía separado o especializado por razón del territorio (el Libro I contenía el Fuero Civil de Bizkaia, el de Álava aparecía en el Libro II, y en el Libro III el Fuero Civil de Gipuzkoa), y que ahora puede decirse que se ha unificado<sup>16</sup>. Igualmente resulta importante tener en cuenta (*cf.*: art. 3) que la Ley de Derecho civil del País Vasco mantiene la referencia del Código civil español como Derecho supletorio (aspecto significativo, aunque en cuanto al testamento mancomunado sea de utilidad relativa, dado el criterio general prohibitivo de esa modalidad testamentaria en el ámbito del Derecho común<sup>17</sup>). Tampoco cabe olvidar la conexión cada vez más actual de los Derechos nacionales con el Derecho comunitario europeo<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Así, art. 8 Ley 5/2015: “La presente ley se aplicará en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, salvo aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto”.

Sobre “La unificación (relativa) en la Ley 5/2015...”, *vid.* GIL RODRÍGUEZ, J. (dir.), GALICIA AIZPURUA, G. (coord.), *Manual de Derecho civil vasco*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 38-39. Y sobre la fragmentación precedente (en el ámbito concreto de los ordenamientos sucesorios), *vid.* GIL RODRÍGUEZ, J., “El testamento mancomunado vasco, en perspectiva de unificación”, en BLASCO GASÓ, F. DE P., *et al.* (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, tomo I, Valencia, 2011, pp. 1209 ss.

Sobre las particularidades en Araba y Gipuzkoa, *vid.*, respectivamente: TAPIA PARREÑO, J. J., “El fenómeno sucesorio en Araba”, pp. 342-364 y ELICEGUI MENDIZÁBAL, L., “El fenómeno sucesorio en Gipuzkoa: una perspectiva de futuro”, pp. 365-383, *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Vitoria, 2016.

<sup>17</sup> “El Código Civil veta expresamente el testamento mancomunado, inspirándose en la dura prohibición del Código alemán, pero los recelos que inspiraba se van reduciendo en las leyes modernas. El Fuero de Bizkaia y la ley vasca de 1992 mantienen su vigencia, aunque solamente entre cónyuges” (*cf.*: Exposición de Motivos de la Ley 5/2015, IV).

<sup>18</sup> “Asimismo, a la hora de interpretar esta ley debe tenerse también en cuenta el derecho comunitario aplicable, en la medida en que afecta también de manera incipiente pero creciente al derecho privado, y por tanto también a las materias reguladas tradicionalmente por el Derecho foral. Tal es el caso del Reglamento 650/2012 del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea, de 4 de julio, 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” (*cf.*: Exposición de Motivos de la Ley 5/2015, I).

Correlativamente con la atenuación del punto de conexión territorial (ya que no desaparece por completo, es compatible con algunas particularidades locales), la nueva Ley de Derecho civil vasco revaloriza la importancia de la vecindad civil: *el Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aplica a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca*<sup>19</sup>.

Una de las novedades más llamativas de la Ley de 2015, y que es consecuencia del referido criterio unificador, es que instituciones como el testamento mancomunado se contemplan como aplicables en el Derecho civil vasco en general, no se trata de peculiaridades en ámbitos territoriales concretos. Efectivamente, el testamento de hermandad o mancomunado que la Ley 1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco refería al territorio de Bizkaia<sup>20</sup> (*cf.* Libro I (*Derecho civil foral de Bizkaia*), Título III (*De las sucesiones*), capítulo I (*Del testamento mancomunado o de hermandad*), sección 4ª, arts. 49-52<sup>21</sup>), con la reforma de 2015 ha obtenido una extensión que –según se explica en la Exposición de Motivos de la Ley 5/2015– puede justificarse con algunos precedentes históricos<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Artículo 10. Ámbito de aplicación personal

“1.– El Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aplica a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca.

2.– La vecindad civil vasca o la vecindad civil local cuando sea preciso aplicarla, se adquieren, se conservan y se pierden conforme a las normas contenidas en el Código Civil, sin perjuicio del principio de territorialidad en materia de bienes troncales.

3.– Las normas de Derecho civil de esta ley que rigen con carácter especial en el territorio histórico de Bizkaia y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio se aplicarán a quienes tengan vecindad civil local, aforada o no, en dichos territorios”.

<sup>20</sup> Y que con la Ley 3/1992, de 26 de noviembre, que modifica el Libro III (*Del fuero civil de Gipuzkoa*) se extiende también a Gipuzkoa; *vid.* arts. 172 a 178.

<sup>21</sup> Artículo 49. “Los cónyuges podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un solo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad.

Este testamento sólo podrá ser otorgado ante Notario”.

Artículo 50. “El testamento mancomunado podrá ser revocado o modificado conjuntamente por ambos cónyuges, mediante otro testamento o pacto sucesorio posterior otorgado ante Notario”.

Artículo 51. “También podrá ser revocado unilateralmente el testamento de hermandad por cualquiera de los cónyuges, siempre que notifique al otro en forma auténtica la revocación, sin cuyo requisito ésta no surtirá efecto.

La revocación unilateral del testamento mancomunado, o de cualquiera de sus cláusulas, hará ineficaces todas sus disposiciones”.

Artículo 52. “Si uno de los cónyuges fallece dentro del año siguiente a la fecha en que otorgaron el testamento de hermandad, el sobreviviente no podrá revocar las disposiciones que recayeren sobre los bienes comunes”.

<sup>22</sup> “...los viejos documentos atestiguan que se aplicaron normas muy similares en los tres territorios históricos y que incluso los poderes testatorios y el testamento mancomunado se usaron

### 3. Antecedentes de la regulación actual

En cuanto al origen del testamento mancomunado en el País Vasco y sus precedentes (dejando ahora la evolución de la figura en otros territorios históricos), la doctrina ha puesto de manifiesto cómo la idea común de que se trata de una modalidad utilizada de manera natural en toda época, resulta más compleja de precisar en relación con un momento y un régimen jurídico concretos<sup>23</sup>. Pues, aunque pueden situarse referencias -de diverso alcance- en los Fueros Viejo (1452) y Nuevo (1526) de Bizkaia, y es constatable el interés por mantener la figura por parte de la comisión redactora del Proyecto de Apéndice (1900) al Código y en el informe del Colegio de Abogados de Bizkaia de 1928<sup>24</sup>, lo cierto es que la Compilación (Ley 32/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava) prescindió de ella<sup>25</sup>.

---

con frecuencia fuera de Bizkaia. Por esta razón, se establece una redacción única, acompañada de las normas especiales para Bizkaia y Ayala, ampliándose de esta forma la libertad del testador” (cfr: EM, IV).

En realidad, la referida ampliación del ámbito de aplicación del testamento de hermandad no se refiere únicamente a la cuestión del territorio en que ahora tiene vigencia pues, tal como veremos, algo parecido ha sucedido en cuanto a los sujetos que tienen a su disposición aquella modalidad testamentaria anteriormente limitada a los cónyuges.

<sup>23</sup> Como explica GIL RODRÍGUEZ, siguen sin conocerse los orígenes remotos. Lo que a veces ha podido propiciar alguna confusión con instituciones más o menos equivalentes a ciertos pactos sucesorios. Al margen de esta cuestión, suele admitirse que el testamento mancomunado “se practicó desde muy antiguo en todas las regiones de España, primero como evolución de la disposición conjunta por parte de los cónyuges (donaciones *post obitum*), hasta que, a partir de la edad moderna, se extiende la testamentifacción mancomunada a toda clase de personas”. Cfr: GIL RODRÍGUEZ, J. (dir.), GALICIA AIZPURUA, G. (coord.), *Manual de Derecho civil vasco*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 322-323 en donde, además, se añaden algunas precisiones en cuanto al Derecho propio del País.

<sup>24</sup> Cfr: MARTÍNEZ DE BUTRÓN MARTÍNEZ, M., “Sección tercera. De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad (Artículos 24 a 29)”, *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, URRUTIA BADIOLA, A. (dir./coord.), Academia Vasca de Derecho, Bilbao, 2016, p. 63.

<sup>25</sup> Casi al final de la parte expositiva, que precede al articulado, se refiere: “...se abandonan aquellas instituciones que no responden a los principios inspiradores del Fuero, en base a lo cual se prescinde del testamento mancomunado y se someten a las normas del Código Civil la revocación de las donaciones, la prescripción y las distancias fundiarias”.

#### 4. Testamentos mancomunados en otras Comunidades Autónomas

El testamento mutuo está reconocido, con particularidades respecto del vasco, también en otras Comunidades Autónomas<sup>26</sup>. En la de Galicia<sup>27</sup>, debe considerarse su Ley 2/2006, de 14 junio de Derecho civil de Galicia (LDCG), arts. 187-195. Como características básicas del testamento mancomunado gallego, este requiere una pluralidad de partes otorgantes (dos o más) que deben concurrir en un mismo instrumento; como exigencia de fondo, sus disposiciones deben proceder de una voluntad común; como requisito de forma, solamente puede utilizarse para el testamento mancomunado la notarial abierta<sup>28</sup>.

En Navarra, la Ley 1/1973, de 1 marzo, Fuero Nuevo de Navarra (FNN), dedica las leyes 199-205 al testamento de hermandad (algunas de estas normas fueron objeto de reforma por la Ley Foral núm. 21/2019, de 4 de abril)<sup>29</sup>. Configurándolo de una manea especialmente flexible, en cuanto que pueden servirse de esta posibilidad como otorgantes dos o más personas, utilizando cualquier forma testamentaria admitida por aquella Ley, y si se tratase de la especialidad de (“testamento ante párroco”, “testamento ante testigos”) testamento en peligro de muerte, bastaría que esa circunstancia concudiese al menos respecto de uno

---

<sup>26</sup> Lo que, además, supone que puede establecerse un marco comparativo de semejanzas, diferencias y -en su caso- de auxilio de interpretaciones. Pero que, por otra parte, puede tener concretas consecuencias prácticas como la posibilidad -a que luego me referiré- de que los vascos otorguen testamento mancomunado con personas que tengan la vecindad civil correspondiente a alguno de esos territorios en que también se permite testar en mancomún.

<sup>27</sup> Para su estudio téngase en cuenta, junto a otros trabajos más específicos, a BUSTO LAGO, J. M. (dir.), ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Curso de Derecho Civil de Galicia*, Atelier, Barcelona, 2015; vid. LÓPEZ-SUÁREZ, M. A., *El testamento mancomunado en la Ley de derecho civil de Galicia*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

<sup>28</sup> Cfr: BUSTO LAGO, *et al.*, *op. cit.*, pp. 376-377. Vid. LÓPEZ-SUÁREZ, M. A., “El testamento mancomunado ante la reforma de la ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia”, *Foro galego: revista xurídica*, 191/2003, pp. 396-417.

<sup>29</sup> Para su estudio, vid. el extenso comentario sistemático de GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., “Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ALBALADEJO (coord.), EDERSA, Vol. 37, Tomo 1, 1998, págs. 509 ss.; HUALDE MANSO, M<sup>a</sup> T y NANCLARES VALLE, J., “Testamento de hermandad, testamento ante párroco y testamento ante testigos en Navarra”, GETE-ALONSO CALERA, M<sup>a</sup> C. (dir.), SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra*, Vol. 1, 2011, pp. 531-570; POU AMPUERO, F., “Ineficacia sobrevenida del testamento de hermandad”, *Revista jurídica del notariado*, 67/2008, pp. 495-516; CILVETI en SABATER BAYLE, E. y CILVETI GUBÍA, B., *Derecho civil navarro. Tomo II, Familia, donaciones y sucesión mortis causa (con jurisprudencia)*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 276-296.

de los testadores (*cfr.* leyes 189, 190 y 199). El testamento conjunto navarro responde a las características que son comunes para esta modalidad en otros territorios forales, también a la interdependencia de las disposiciones *mortis causa* de los otorgantes que concurren en un único testamento (aunque no se haga constar tal rasgo en la ley 199), ya que si fuera distinta la voluntad testamentaria resultaría más práctico conservar la voluntad revocatoria sin restricciones, utilizando otra posibilidad de disponer *mortis causa* (consideración que, evidentemente, no es exclusiva del testamento de hermandad navarro)<sup>30</sup>.

En Aragón, tal como regula el testamento mancomunado su Código del Derecho Foral de Aragón (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 (CDFA), arts. 417-422), puede decirse que “es el que otorgan dos personas en un mismo instrumento, cualquiera que sea el sentido de sus disposiciones y la dependencia o independencia entre ellas”<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Sin perjuicio de la autonomía de libertad que otorga el principio de *paramiento fuero vienze*, para que varias personas testen en un mismo instrumento de manera independiente, y sin originar un testamento de hermandad. *Cfr.* CILVETI GUBÍA, B., *op. cit.*, p. 277.

<sup>31</sup> *Cfr.* SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., “El testamento mancomunado aragonés”, *Revista de derecho civil aragonés*, 18/2012, p. 124.

La bibliografía a tener en cuenta puede resultar muy amplia, sin perjuicio de las referencias concretas que iré dando, y no me resisto a una reseña: *vid.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Aragón y su Derecho*, Guara, Zaragoza, 1978, (pp. 115 ss., testamento mancomunado); ZABALO ESCUDERO, M<sup>a</sup> E., “El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés”, *Revista General de Derecho*, vol. 1, 1989, pp. 6351-6370; ENCISO SÁNCHEZ, J. M., “El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que desean instituirse herederos el uno al otro”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2/1996, pp. 113-128; respecto de la Compilación de Derecho civil de 1967 (Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del Derecho civil de Aragón) GARCÍA VICENTE, Fernando, “comentario a los arts. 94 a 98”, en LACRUZ y DELGADO (dir.), *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. 3<sup>o</sup>, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2002, pp. 166-260; y BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. y R. M., LATORRE GUTIÉRREZ DE BAROJA, E., MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Comentario arts. 89 a 118 de la Compilación de Aragón”, tomo XXXIV, vol. 1., en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, EDESA, Madrid, 1987; ya en relación con la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (vigente hasta el 23 de abril de 2011): MERINO HERNÁNDEZ, J. L., MATA RIVAS, F., POZUELO ANTONI, F. de A., MURILLO GARCÍA-ATANCE, M., GIL NOGUERAS, L. LATORRE GUTIÉRREZ DE BAROJA, E., “Comentario arts. 1 a 148 de la Ley de Sucesiones Aragonesa”, tomo XXXIV, vol. 1., en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, EDESA, Madrid, 2002; MERINO HERNÁNDEZ, J. L. (coord.), MATA RIVAS, F., POZUELO ANTONI, F. de A., MURILLO GARCÍA-ATANCE, M., GIL NOGUERAS, L. LATORRE GUTIÉRREZ DE BAROJA, E., ESCUDERO RANERA, P. ARTERO DE FELIPE, J. L., *Manual de Dere-*

## 5. Utilidad práctica del otorgamiento mancomunado de la voluntad testamentaria

Resulta objetivamente complicado que se puedan establecer ventajas comparativas entre las diferentes modalidades que tienen a su disposición los testadores, pues en último término se trata de encontrar la que mejor acomoda unas circunstancias concretas que concurren tanto sobre el causante -o causantes-, como sobre sus herederos, sin descartar motivaciones de mero gusto (individual, o de la idiosincrasia colectiva de ciertos territorios o regiones). Y, aun superando la dificultad anterior, sería igualmente arduo distinguir en último término una utilidad práctica, sobre las características conceptuales o teóricas que son propias de una modalidad u otra de testamentifacción.

Con todo, las ventajas teóricas que se asocian al testamento en mancomún con frecuencia tienen que ver con el reforzamiento de los vínculos (una solidaridad genérica) y de la seguridad entre los propios otorgantes, o la conservación del patrimonio familiar, aun en mérito de las incertidumbres que (como reverso) tal vez se ocasionen así para quienes tienen la expectativa de ser llamados a la herencia correspondiente. Además, como contrapartida de la seguridad o estabilidad que proporciona a los testadores, puede comportar los inconvenientes derivados de la dificultad de modificación del testamento una vez fallecido uno de sus otorgantes o (lo que es lo mismo) de adaptación a las circunstancias personales, familiares, o patrimoniales que vayan aconteciendo con posterioridad<sup>32</sup>.

---

*cho sucesorio aragonés*, Sonlibros, Zaragoza, 2006 (MERINO se ocupa de las cuestiones formales del testamento mancomunado en pp. 275 ss. y de manera general en pp. 297 ss.); ARTERO DE FELIPE, J. L., “Naturaleza y forma del testamento mancomunado aragonés (resumen)”, *Anuario 2002-2003-2004*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2008, pp. 421-448; MERINO HERNÁNDEZ, J. L. (coord.), MATA RIVAS, F., GIL NOGUERAS, L., *Derecho foral de Aragón*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011 (se ocupan de la sucesión testamentaria en pp. 3200 ss.); SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A. y TRIGO GARCÍA, M<sup>a</sup> B., “Testamento mancomunado aragonés y otras formas testamentarias en Galicia”, GETE-ALONSO CALERA, M<sup>a</sup> C. (dir.), SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra*, Vol. 1, 2011, pp. 471-530; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., “Testamento mancomunado”, en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (dir.), *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón*, ed. Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, 2015, pp. 614 ss.

<sup>32</sup> Como argumenta el notario José A. HEBRERO HERNÁNDEZ (*cf.*: “Cómo hacer testamento en el País Vasco”, <https://tuguialegal.com/2015/08/26/como-hacer-testamento-en-el-pais-vasco/> [acceso: 1 julio 2019]), cuando se refiere a que con el testamento mancomunado se origina una cierta *fossilización* del testamento una vez fallezca uno de los otorgantes, ya que el supérstite tendrán limitadas sus facultades para modificarlo –incluso en lo que respecta a sus propios bienes– si las disposiciones fueron correspectivas, con lo que en definitiva se impide que aquel testamento

Desde el punto de vista de la realidad práctica (aunque resulte complicado ofrecer datos estadísticos detallados<sup>33</sup>), parecen especialmente significativas las opiniones de los notarios (en tanto en cuanto que los testamentos mancomunados corresponden a la modalidad de testamentos notariales abiertos). Hay quienes opinan que la regulación del testamento mancomunado en el Derecho del País Vasco ha sido poco fructífera, en la medida en que se trata de una modalidad testamentaria escasamente utilizada (en términos no solamente relativos)<sup>34</sup>.

---

pueda adaptarse a las circunstancias sobrevenidas, que tal vez resulten radicalmente distintas a las que se tuvieron en cuenta al otorgarlo.

<sup>33</sup> Durante el año 2018 se otorgaron en España 634.872 testamentos unipersonales abiertos, y (en las regiones en que se admite) 8.055 testamentos mancomunados (*cf.*: Centro de Información Estadística del Notariado, <http://www.notariado.org/liferay/web/cien/inicio> [acceso: 1 julio 2019]). Aunque solamente de manera muy relativa se puedan inferir algunas consecuencias de esos datos (que, por otra parte, son semejantes a las estadísticas de períodos precedentes). Además, téngase en cuenta en los criterios del cómputo estadístico que, en la modalidad mancomunada, los testadores son personas distintas pero se valen de un único instrumento para ordenar la sucesión.

<sup>34</sup> GIL RODRÍGUEZ, J., en el Prólogo a BARRUETABEÑA ZENEKORTA, M., *El testamento mancomunado o de hermandad en el derecho civil del país vasco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 18, refiere al mérito de la autora “explorar una institución que acumula tanta penuria normativa en los textos históricos y que se halla tan ayuna de tratamiento doctrinal en el entorno vasco”.

Resulta muy explícito lo que escribe MARTÍNEZ DE BUTRÓN (en su momento, Decano del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco): “La regulación ha sido un fracaso total. Es evidente que se ha utilizado más papel para estudiar sobre él que para formalizar testamentos”; afirmación que pondera en virtud de su propia experiencia profesional. *Cfr.*: MARTÍNEZ DE BUTRÓN MARTÍNEZ, M., “Sección tercera. De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad (Artículos 24 a 29)”, *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, URRUTIA BADIOLA, A. (dir./coord.), Academia Vasca de Derecho, Bilbao, 2016, p. 63. Resulta interesante la tabla comparativa de actos jurídicos, en relación con el fenómeno sucesorio, que proporciona URRUTIA BADIOLA, A., “La sucesión mortis causa en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, en Derecho civil vasco y los testamentos en particular”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Vitoria, 2016, pp. 328 ss.

Precisamente la regulación extensa del testamento mancomunado, como verdadero mecanismo de transmisión sucesoria, se lleva a cabo “con un claro objetivo de política legislativa en el sentido de promover su escaso uso actual en la Comunidad Autónoma del País Vasco, a diferencia de lo que ocurre en otras realidades como Aragón o Navarra. *Cfr.*: URRUTIA BADIOLA, A. M., “Un nuevo espacio jurídico para el País Vasco”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 64/2015, pp. 54-57.

## II. CONCEPTO Y CARACTERES DE TESTAMENTO MANCOMUNADO

Artículo 24. “El testamento mancomunado

- 1.- Se considera mancomunado el testamento siempre que dos personas, tengan o no relación de convivencia o parentesco, dispongan en un solo instrumento y para después de su muerte de todos o parte de sus bienes.
- 2.- Se reputa igualmente mancomunado el testamento conjunto en el que uno o los dos testadores designan comisario a la misma o distinta persona, para que, tras su muerte, ordene la sucesión correspondiente.
- 3.- Quienes ostenten vecindad civil en el País Vasco pueden testar de mancomún aun fuera de esta Comunidad Autónoma.
- 4.- También podrán testar mancomunadamente, dentro o fuera de su comunidad autónoma, en unión con otro causante cuya ley personal no le prohíba hacerlo en mancomún.
- 5.- Para que el testamento de hermandad sea válido, ambos testadores tienen que hallarse emancipados en el momento del otorgamiento.
- 6.- El testamento mancomunado sólo podrá revestir forma abierta, y deberá otorgarse, en todo caso, ante notario”.

El testamento de hermandad o mancomunado es un tipo de testamento alternativo al testamento unipersonal. Autores como GIL RODRÍGUEZ destacan dos características inmediatas que cierta doctrina ha gustado en atribuir: que se trata de un heredamiento mutuo, y su excepcionalidad (lo que hoy resulta especialmente cuestionable teniendo en cuenta, precisamente, la supresión de ciertas limitaciones)<sup>35</sup>; ciertamente se trata de un testamento que debe relacionarse con el principio de libertad civil, con el que se persigue ofrecer a los otorgantes una pluralidad de alternativas instrumentales, de tal modo que la característica más definitoria es la *conjunción formal*, es decir, la expresión *mere simultanea* de dos voluntades en un mismo instrumento<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. *Manual de Derecho civil vasco, cit.*, pp. 323-324.

Sobre los aspectos históricos, anteriores a la vigente LDCV, vid. BARRUETABEÑA ZENEKORTA, M., *El testamento mancomunado o de hermandad en el derecho civil del país vasco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 26-45.

<sup>36</sup> ASUA GONZÁLEZ, C. I., GALICIA AIZPURUA, G., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J. J., IMAZ ZUBIAUR, L., *Estudio sobre Derecho sucesorio vasco. Bases para un nuevo régimen*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011, p. 30.



También podría tenerse en cuenta el art. 669 CC, por exclusión, para intentar una definición negativa del testamento mancomunado en general<sup>37</sup>. En tal sentido cabría definirlo como un único instrumento que permite la disposición por parte de varias personas “de sus bienes y demás últimas voluntades, para después de su muerte, tanto en provecho recíproco de los testadores como en beneficio de terceros”<sup>38</sup>; como aspecto mínimo, supone la unión (o asociación de decisiones

---

El art. 3 del Reglamento (UE) 650/2012 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) se abona a este estilo de conceptos bien escuetos. “Definiciones. 1. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: ...c) «testamento mancomunado»: el testamento otorgado en un acto por dos o más personas”.

<sup>37</sup> Aunque constituya una cuestión de trascendencia autónoma, debe tenerse en cuenta el régimen de Derecho supletorio previsto en la LDCV para cuestiones como las formas testamentarias (art. 22: “En la Comunidad Autónoma del País Vasco rigen todas las formas de testar reguladas en el Código Civil y además el testamento llamado «hilburuko» o en peligro de muerte”). Su art. 3 (*El derecho supletorio*), dispone: “1.- En defecto de ley o de costumbre foral aplicable, regirá como supletorio el Código Civil y las demás disposiciones generales. 2.- Las futuras modificaciones de estas leyes se aplicarán cuando no sean contrarias a los principios inspiradores del Derecho civil vasco”. Normas que deben ponerse en relación con las que resultan del art. 149.-3 CE (“Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”) y el art. 21 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre (“El Derecho emanado del País Vasco en las materias de su competencia exclusiva es el aplicable con preferencia a cualquier otro y sólo en su defecto será de aplicación supletoria el Derecho del Estado”). Al margen de otras consecuencias que comporta este sistema de supletoriedad, se configura un tipo de remisiones estáticas peculiar: efectivamente los reenvíos se presumen estáticos (es decir, en contraposición a los de carácter dinámico, que pueden referirse también a las sucesivas modificaciones del Derecho supletorio a que juega la remisión), pero exclusivamente para el caso eventual de que una nueva redacción de los preceptos de destino contrariase algún principio inspirador del Derecho civil vasco. “La opción preceptuada en el artículo 3.-2 conduce a considerar *presuntamente estáticas* varias remisiones incorporadas a la Ley 5/2015..., y que, sin aquélla, pudieran parecer naturalmente dinámicas, en cuanto hechas a *instituciones completas*, como las formas de testar (art. 22) ...”. Cfr: GIL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho civil vasco, cit.*, p. 64.

<sup>38</sup> Cfr. BARRUETABEÑA ZENEKORTA, M., *El testamento mancomunado o de hermandad en el derecho civil del país vasco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 48-49, y la doctrina que cita. Explica esta autora que tal concepción, considerada por algunos como “escéptica”, ha sido respaldada por una jurisprudencia de que resulta significativa la STS de 13 febrero 1984 (RJ 1984\648), cuando destaca en el primero de sus considerandos: “...se olvida por el recurrente que el testamento mancomunado prohibido por el mencionado art. 669 del C. Civ. es aquel que contiene en un solo

*mortis causa*) en un mismo instrumento de los testamentos de varios testadores, una unidad instrumental. Sin embargo, matiza BARRUETABEÑA ZENEKORTA, con esa modalidad testamentaria no solamente se asegura una unidad instrumental, también puede buscarse una unidad de contenido: los otorgantes del mancomunado interesan por lo general cierto grado de vinculación entre sus determinaciones, al pretender la disposición conjunta de sus bienes. Lo que, por otra parte, tampoco debe significar necesariamente que todo el contenido testamentario otorgado conjuntamente responda a una voluntad unitaria, con cláusulas correspectivas o recíprocas tan solo<sup>39</sup>.

Correlativamente de los conceptos (ya sintéticos, ya más extensos) que pueden ofrecerse, cabe atribuir al testamento mancomunado algunos caracteres especialmente definitorios: la dualidad de sujetos y la unidad de acto en el

---

*acto o instrumento las declaraciones de última voluntad de dos personas, y caracterizado, por tanto, por su unidad instrumental, no por su contenido, situación que no se da en el caso de litis, pues, por una parte, el testamento abierto de 13 marzo 1967 es otorgado única y exclusivamente por el señor M., sin que pierda su carácter individual por el hecho de que manifieste el «acuerdo con su consorte» respecto a la división o adjudicación de ciertos bienes, entre ellos el que tenía en proindiviso con su esposa; y, por otra parte, las llamadas notas, codicilos o memorias testamentarias -a las que la sentencia atribuye naturaleza distributiva y no dispositiva y el recurrente carácter de disposición mortis-causa- están escritas y firmadas únicamente por el señor M. y en ellas se contiene única y exclusivamente su unilateral declaración de voluntad, sin que tal carácter individual y unilateral se pierda por la circunstancia de que a continuación, pero en acto o diligencia independiente, estén aceptadas por su esposa, lo que impide considerar el acto como mancomunado, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de tales notas”.*

<sup>39</sup> Cfr. BARRUETABEÑA ZENEKORTA, M., *op. cit.*, pp. 49-55. La unidad de contenido es más fácil de apreciar en la medida en que exista una clara vinculación entre los otorgantes (así cuando se trata de cónyuges, o de personas unidas por una relación de afectividad), que tampoco quiera romperse en las previsiones sucesorias. Quedando más patente si cabe que el testamento de hermandad no es una mera yuxtaposición o unión formal de declaraciones de voluntad. A partir de argumentos semejantes, la autora apunta una conclusión –que no resulta pacífica– en cuanto a la naturaleza jurídica del testamento mancomunado: “entendemos que todo testamento de hermandad comparte la misma naturaleza, esto es, podemos determinarlo como acto por el cual se dispone para después de la muerte de los causantes; concretamente, nos enfrentamos a un negocio jurídico *mortis causa* (art. 667 CC)”. Aunque reconoce que estas precisiones están dificultadas por la propia especificidad (respecto de los demás testamentos, que se basan en la unipersonalidad) del testamento conjunto, de tal modo que suele encontrar predicamento la idea de que los mancomunados son contratos sucesorios. Concluyendo que, aunque el testamento mancomunado no comparta la naturaleza contractual (los otorgantes no están vinculados contractualmente entre sí), alguna de sus características sí coinciden con las de los pactos sucesorios, desde la propia finalidad de ordenar la sucesión *mortis causa*, o la plurilateralidad (aunque no deba entenderse el otorgamiento mancomunado como significativo de un contrato, de la existencia de dos voluntades contrapuestas, sino de la suma de voluntades coincidentes, yuxtapuestas).

otorgamiento (en un mismo instrumento, lo que constituye una diferencia del testamento de hermandad respecto de los testamentos unipersonales, y también de aquellas situaciones en que no concurre simultáneamente la voluntad de dos testadores, sino que uno asuma como propia la disposición realizada por otro)<sup>40</sup>.

En definitiva, teniendo en cuenta lo que luego se dirá de él -en particular en cuanto a sus otorgantes- puede ofrecerse una definición bastante amplia: “se conoce con la denominación de testamento mancomunado o testamento de hermandad a aquel acto o disposición de últimas voluntades en virtud del cual dos personas ordenan en un instrumento único y para después de su muerte, el destino de todos o parte de sus bienes”<sup>41</sup>.

Los demás Derechos autonómicos que contemplan el testamento mancomunado o de hermandad suelen recoger definiciones que, a pesar de la eventual diferencia de requisitos, coinciden en lo sustancial. En Navarra, ley 199 FNN: *Concepto* “Es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas”. En Galicia, art. 187 LDCG: “1. Es mancomunado el testamento cuando se otorga por dos o más personas en un único instrumento notarial”. En Aragón, art. 406 CDFA: *Tipos de testamento* “1. El testamento puede ser unipersonal o mancomunado. 2. El testamento unipersonal es el acto unilateral y esencialmente revocable por el cual una persona ordena, para después de su muerte, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos. 3. El testamento mancomunado es el acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento, para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspectivas, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos”.

---

<sup>40</sup> Cfr: BARRUETABEÑA, *op. cit.*, pp. 58-59. En virtud de las características teóricas que aprecia en el testamento mancomunado, concluye el acierto del legislador aragonés al definirlo (tal como veremos a continuación). Sobre la unidad de acto en el otorgamiento, *vid., op. cit.*, pp. 98-103.

<sup>41</sup> Cfr: GIL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho civil vasco, cit.*, p. 324.

Así, de manera muy sintética, lo describe MARTÍNEZ DE BUTRÓN: “es un testamento en el que dos o más personas disponen en un solo instrumento para después de su muerte, de todos o parte de sus bienes” (cfr: “Comentarios breves...”, *cit.*, p. 64).

### III. SUJETOS OTORGANTES DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO, Y CAPACIDAD PARA HACERLO

El precedente (en la Ley 3/1992) del artículo 24 de la Ley 5/2015, limitaba este testamento a los *cónyuges*, lo que suponía que los otorgantes debían estar unidos, entre sí, por un vínculo matrimonial subsistente, y con efectos civiles reconocidos<sup>42</sup>. Artículo 49 (ley 3/1992): “Los cónyuges podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un solo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad. Este testamento sólo podrá ser otorgado ante Notario”.

En la actualidad, el tenor literal del art. 24 de la Ley de Derecho civil vasco no deja lugar a la duda<sup>43</sup> sobre si es necesario que los otorgantes tengan algún vínculo familiar, matrimonial, afectivo o de convivencia. Cualesquiera personas podrán escoger esta forma de disponer de sus bienes tengan o no entre sí algún género de relación previa<sup>44</sup>. De tal modo que se han superado el concepto y la finalidad tradicional del testamento mancomunado que hacían referencia al reconocimiento de una comunidad de vida de los consortes (o los convivientes), que se aspiraba conservar de algún modo tras la muerte<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Aunque, con la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho se extendió aquella posibilidad a las parejas de hecho registradas. Artículo 9. *Régimen sucesorio*: “A los efectos de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, las parejas de hecho tendrán la misma consideración que las casadas. Así, en relación con el régimen sucesorio y en función del Derecho Civil foral aplicable en cada caso: ...2.- Podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un solo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad, pudiendo ser revocado o modificado por los miembros de la pareja. ...”.

<sup>43</sup> Que si pudieron plantearse al amparo del texto del anteproyecto de Ley de 2007, en la medida en que el art. 24 previsto se refería a “Dos personas, unidas por vínculos de parentesco o convivencia...”. Limitación que generó algunas críticas, como la del Grupo de Estudio de Derecho Civil Foral del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia (cfr: “Notas, reflexiones y propuestas al anteproyecto de la ley civil vasca”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, 21/2011, pp. 67), proponiéndose en cambio que se siguiera el modelo del Fuero Nuevo de Navarra (cfr: ley 199). Con el siguiente argumento: si el testamento mancomunado se basa en la confianza, “no tiene sentido limitar los otorgantes y exigir la existencia de vínculos de parentesco o convivencia, excluyendo la amistad o el ser socios de un mismo proyecto o empresa ¿Servirá la convivencia entre dos estudiantes, dos trabajadores, dos monjas o dos monjes,...y de dos presos?”.

<sup>44</sup> Lo que llevado al extremo (pej. cuando se tratase de personas que de modo manifiesto resultasen completamente ajenas o extrañas) probablemente debería excitar el celo del notario autorizante, a la hora de cerciorarse de la idoneidad del consentimiento (y de la concurrencia de los demás requisitos propios del acto testamentario) de quienes solicitan aquella forma de otorgamiento.

<sup>45</sup> Cfr: MARTÍNEZ DE BUTRÓN, *loc. cit.*, *ibídem*.

Correlativamente de que ha desaparecido el requisito de que los disponentes sean matrimonio

En definitiva, la configuración del testamento de hermandad en el Derecho civil vasco presenta semejanzas y diferencias con las previsiones correspondientes que se hacen en los Derechos gallego (LDCG, Ley 2/2006, arts. 187-195), navarro (FNN, Ley 1/1973, leyes 199-205) y aragonés (CDFA, D. Legislativo 1/2011, arts. 417-422)<sup>46</sup>. Pues en Navarra, según la Ley 199 del FNN, los otorgantes del testamento de hermandad pueden ser más de dos personas: “Es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento *por dos o más personas*”. Igual que en Galicia, el art. 187 del DCG refiere que “1. Es mancomunado el testamento cuando se otorga por *dos o más personas* en un único instrumento Notarial”; aunque la previsión concreta (que se hace en normas posteriores) de que sean matrimonio los otorgantes tiene consecuencias específicas en ambos ordenamientos jurídicos. En cambio, en Aragón el testamento mancomunado se otorga por dos testadores, con independencia de los vínculos existentes entre ambos: art. 406.-3 CDFA: “El testamento mancomunado es el acto naturalmente revocable por el cual *dos personas ordenan* en un mismo instrumento...”. Y el art. 417 CDFA. *Testadores* “1. Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes,

---

o convivientes de hecho, resulta ocioso (al menos, en cuanto a las consecuencias sobre el propio testamento) buscar consecuencias de la ineficacia o de la ruptura de la pareja. Probablemente tampoco las había antes (*cf.*: BARRUETABEÑA, *op. cit.*, pp. 161-189).

<sup>46</sup> Aún podría añadirse a la comparación lo que sucede, en el Derecho alemán, en el art. 2265 BGB que reserva a los cónyuges la posibilidad de expresar una voluntad conjunta a la hora de testar; que en 2001 la *Lebenspartnerschaftsgesetz* extiende a las parejas de hecho registradas. Como recuerda la STS de 8 octubre 2010 (RJ 2010\8009): “Ante todo, hay que partir de la norma de derecho internacional sita en el artículo 9.1 del Código Civil que dispone que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad y que dicha ley rige, entre otros extremos, la sucesión por causa de muerte, norma a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 2004. En consecuencia, al presente caso es aplicable el Derecho alemán, ya que de tal nacionalidad es el causante de la herencia cuyos testamentos se discuten y deben aplicarse al B.G.B. (Bürgerliches Gesetzbuch=Código Civil) que contempla el testamento mancomunado en los §2265 a 2273, el primero de los cuales dispone que un testamento mancomunados solo puede ser otorgado por cónyuges. El §2269 contempla la institución recíproca en el testamento mancomunado, caso presente, y dispone en el apartado primero que si los cónyuges han establecido en un testamento mancomunado, por el que se instituyen recíprocamente herederos, que al fallecer el superviviente el caudal relicto de ambos debe corresponder a un tercero, en caso de duda, se entiende que el tercero está instituido heredero de todo causal relicto del cónyuge que fallece en último lugar” (Fº Dº primero).

En cuanto al afianzamiento del testamento mancomunado en Derecho alemán, puede verse una explicación sintética en FONTANELLAS I MORELL, J. Mª, “El testamento mancomunado en el reglamento 650/2012 relativo a las sucesiones por causa de muerte”, FORNER I DELAYGUA, J. J., *et. al.* (coord.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 408-409.

pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón. 2. Si *uno de los dos testadores* es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón”.

En cuanto a la capacidad de los testadores mancomunados, hay dos precisiones en el art. 24 LDCV. Se exige como requisito de validez que *ambos se hallen emancipados* (de tal manera que, obviamente, no bastaría con que lo esté uno solo de los testadores)<sup>47</sup>. Y en cuanto al momento en que debe apreciarse dicha capacidad, *en el momento del otorgamiento* (cfr. art. 25.-4 LDCV<sup>48</sup>). En la medida en que, como he dicho, este testamento ya no está reservado a los cónyuges pueden obviarse las cuestiones de capacidad para contraer matrimonio. De tal modo que deberán considerarse los supuestos y requisitos previstos para la emancipación en general, en el Derecho común<sup>49</sup>. Cuando la Ley viene a exigir, para otorgar

---

<sup>47</sup> Aunque la exigencia positiva de emancipación prive a los no emancipados de la posibilidad de testar en mancomún, el agravio es relativo en la medida en que (teniendo catorce años cumplidos) podrían otorgar testamento unipersonal. Los argumentos que se han dado en pro de exigir un plus de capacidad para el testamento mancomunado, sin que baste la edad general para testar, tienen que ver con las dificultades que puede ofrecer la revocación de aquel: sin desconocer el carácter esencialmente revocable de los testamentos, en el mancomunado “la revocación será más dificultosa que en el testamento individual, amén de que pueda considerarse excluida en el ámbito de la corresponsividad tras el fallecimiento del cotestador. De ahí que se haya venido al convencimiento de que, para emitir responsablemente esa voluntad con mengua de su revocabilidad, no ha de bastar con la capacidad testamentaria general...” (cfr. ASUA GONZÁLEZ, C. I., GALICIA AIZPURUA, G., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J. J., IMAZ ZUBIAUR, L., *Estudio sobre Derecho sucesorio vasco. Bases para un nuevo régimen*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011, pp. 32-33).

<sup>48</sup> Criterio que concuerda con el del art. 666 CC.

En realidad, se ha alentado la discusión en torno la naturaleza de la falta de *validez* del testamento otorgado por persona o personas que no tengan la capacidad legalmente prevista (pero sí buena fe), propiciando que pudiera aplicarse un criterio de *conservación* de la voluntad testamentaria, con arreglo al principio de *favor testamentii*. Lo que resultaría complicado tanto por el sentido del derecho positivo (así art. 6.-3 CC, o el art. 687 CC en cuanto al defecto de formalidades), como por la jurisprudencia. Cfr. BUSTO LAGO, J. M. (dir.), ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Curso de Derecho Civil de Galicia*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 382-383.

<sup>49</sup> Aunque haya cuestiones colaterales muy interesantes -respecto del tema principal que abordo- no pueden explicarse aquí. Pero, al menos, puedo consignar una breve mención. Entre las reformas legales recientes, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (que ha afectado -al margen de otros cuerpos legales- a casi un centenar de artículos del Código civil -sobre capacidad y dispensa de impedimentos para contraer matrimonio, la forma de su celebración, o funcionarios intervinientes- ha producido importantes modificaciones de los estados civiles, en cuanto a la emancipación en particular, y sus consecuencias jurídicas. A su vez se ha alterado la correlación que (antes de la reforma de 2015) existía entre matrimonio y emancipación. En el Código civil español, previamente a la reforma operada por la LJVol., la edad núbil se establecía a los 18 años. Sin embargo, el art. 48 CC contemplaba la posibilidad (hoy suprimida) de que pudiera obtenerse

testamento mancomunado, el estado civil de emancipación ello significa que no basta con la capacidad general para testar que el Código civil reconoce a partir de los catorce años: art. 663 CC “Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo”.

#### IV. FORMAS ADMITIDAS PARA OTORGAR TESTAMENTO

La única forma admitida<sup>50</sup> para otorgar testamento mancomunado o de hermandad es la de testamento notarial abierto<sup>51</sup> (que, por otra parte, es en la práctica la forma más común por las ventajas que proporciona la propia intervención notarial). Lo que supone, por exclusión de lo que se incluye expresamente, que para testar en mancomún los vascos no cabrá que utilicen el testamento verbal (*hilburuko*, *cf.*: arts. 23 y 24 LDCV), ni el notarial cerrado<sup>52</sup> (modalidad que, como tal, en realidad ya resulta muy poco utilizada en la testamentifacción), ni tampoco el ológrafo<sup>53</sup>, ni valdrían los testamentos *especiales* en que no inter venga notario<sup>54</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de que los vascos otorguen testamento mancomunado en el extranjero, ha de tenerse en cuenta que *quienes ostenten vecindad civil en el País Vasco pueden testar de mancomún aun fuera de esta*

---

una dispensa del correspondiente impedimento de edad a partir de los 14 años. Al haber desaparecido tal dispensa de edad a los 14 años (48.-2 CC), y al haberse suprimido el matrimonio como supuesto de emancipación (al derogarse el art. 316 CC), solo es posible contraerlo a los que estén emancipados por otra vía (*cf.*: art. 317, 320, 321 CC). Y, teniendo en cuenta que en los supuestos de emancipación solamente puede obtenerse a partir de los 16 años, ahí queda ya fijada la edad mínima a la que puede contraerse válidamente el matrimonio civil en España.

<sup>50</sup> La insistencia de la norma en los términos imperativos resulta redundante, pero inequívocamente clara: *sólo podrá* revestir forma abierta, y *deberá otorgarse*, en todo caso, ante notario

<sup>51</sup> *Cf.*: art. 715-705 CC.

En cuanto al detalle de la intervención del notario, *vid.* BARRUETABEÑA ZENEKORTA, M., *El testamento mancomunado o de hermandad en el derecho civil del país vasco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 226-231.

<sup>52</sup> *Cf.*: art. 706-715 CC.

<sup>53</sup> *Cf.*: art. 688-693 CC.

<sup>54</sup> Según el Código civil los testamentos pueden ser comunes (abierto, cerrado, ológrafo), o especiales (*cf.*: art. 676 CC) cuando solamente pueden ser otorgados por determinadas personas, que se encuentran en circunstancias peculiares, y con requisitos propios. Dentro de estos últimos, se consideran especiales el testamento militar –art. 716-721 CC–, el marítimo –art. 722-731 CC–, y los otorgados en país extranjero en los términos previstos en los art. 732-736.

*Comunidad Autónoma, y que también podrán testar mancomunadamente, dentro o fuera de su comunidad autónoma, en unión con otro causante cuya ley personal no le prohíba hacerlo en mancomún (cfr: art. 24.-3 y.4 LDCV). De tal modo que se soslayaría (y lo mismo para quienes tengan otra vecindad civil que permita otorgar mancomunadamente) lo dispuesto en el art. 733 CC: “No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado”.*

## V. VECINDAD O NACIONALIDAD DISTINTA DE LOS OTORGANTES

Como he apuntado anteriormente, una de las novedades más significativas del Derecho civil vasco tras la Ley 5/2015 fue la trascendencia otorgada a la vecindad civil como criterio de conexión determinante de la aplicabilidad de aquel ordenamiento<sup>55</sup>. Lo que supone, en el ámbito que examino, que el testamento mancomunado puede utilizarse por los vascos, dentro o fuera del territorio de la CA del País Vasco: art. 24.-3 LDCV “Quienes ostenten vecindad civil en el País Vasco pueden testar de mancomún aun fuera de esta Comunidad Autónoma”<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Cfr: art. 10 LDCV: Ámbito de aplicación personal 1.– “El Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aplica a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca”. En cuanto a la constancia de la vecindad civil, *vid.* art. 11. Con esta medida se ha logrado algo más importante que establecer un criterio de aplicación subjetiva del Derecho de aquella Comunidad Autónoma, se ha logrado más bien definir mejor la identidad de ese Derecho, unificándolo, superando un fraccionamiento territorial que lastraba su cumplimiento y consiguientemente su afianzamiento en la realidad práctica.

Como en otros aspectos, también en el que se trata ahora, resulta sumamente interesante la explicación de ASUA GONZÁLEZ, *et al.*, *Estudio sobre Derecho sucesorio vasco. Bases para un nuevo régimen*, *cit.* cfr: pp. 33-35.

<sup>56</sup> Criterio expresado de manera muy similar a la propia de Aragón: art. 417 CDFA. *Testadores* “1. Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón. 2. Si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón”.

*Vid.* el planteamiento del testamento mancomunado en el derecho conflictual europeo, en FONTANELLAS I MORELL, J. M<sup>a</sup>, “El testamento mancomunado en el reglamento 650/2012 relativo a las sucesiones por causa de muerte”, FORNER I DELAYGUA, J. J., *et. al.* (coord.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 410 ss. Desde luego la cuestión resulta ciertamente compleja, desde el momento en que no solo varían en los diferentes países los criterios particulares sobre la admisión o no del testamento mancomunado,



En la hipótesis<sup>57</sup> de que solamente alguno de los otorgantes tenga vecindad civil vasca, la solución que adopta la LDCV es reconocer igualmente la posibilidad de otorgamiento conjunto, siempre que la ley personal del otro testador

---

también son variables los requisitos que deben concurrir en él, en los casos en que se admite. Las dificultades comienzan en el plano conceptual (recuérdese lo que he dicho anteriormente, al intentar definir el testamento de hermandad, su naturaleza propia no se contiene exclusivamente en la característica de la unidad de otorgamiento): la testamentifacción mancomunada, constituye una clase de testamento, con sustantividad propia, ¿o bien se trata de una mera especialidad formal? Además, sin perjuicio de las soluciones que proporciona actualmente el Derecho europeo con carácter uniforme, la doctrina científica y el derecho positivo de cada país han optado por criterios de solución de conflictos que no siempre se avienen con facilidad. Así -explica aquel autor- que en Alemania (donde se ha prestado una extraordinaria atención a estas cuestiones) la teoría dominante postula una calificación *ex lege fori*, partiendo de la cual habrá que buscar en el Derecho extranjero concernido la causa formal, o de fondo, de la proscripción de los testamentos mancomunados, para determinar así el concreto régimen conflictual; sin embargo, califica esta solución de complicada y un tanto incoherente (salvo que se añada a este criterio alguna precisión más, como enseguida se dirá). También, entre otras soluciones, se ha propuesto una calificación *ex lege causae*, que no resulta más convincente. Por lo que propone, como más práctico, que se opte por una calificación *ex lege fori* ya formal, o ya sustantiva. “La doctrina y la jurisprudencia alemanas que han preferido esta vía se han decantado por una conceptualización de fondo, que remite la solución a la *lex successionis*”. “En países como Francia e Italia, cuyo Derecho veta el testamento mancomunado, se ha seguido este mismo camino, centrándose la discusión, por tanto, en si la prohibición de esta clase de testamentos era cuestión formal o sustantiva”. Estas incertidumbres no son ajenas a países -como el nuestro- en que haya una concreta disposición legal del estilo del art. 733 CC: se discute si se trata de una norma de forma, o de fondo. Aquí, la doctrina patria ha adoptado posiciones distintas: para algunos, tal precepto constituye una excepción al juego de conexiones alternativas del art. 11.-1 CC; otros, relacionan aquella prohibición de testar con el art. 9.-1 CC al tratarse de una cuestión de capacidad o de estatuto personal; y también hay quienes consideran que se trata de una cuestión de disponibilidad testamentaria sometida a la *lex hereditatis*.

Sobre si el otorgamiento del testamento mancomunado merece ser calificado como una cuestión meramente formal o bien de fondo, y sus consecuencias, *vid.* ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., “El reglamento UE nº 650/2012 y la ordenación de la sucesión ‘Mortis Causa’ de los españoles de vecindad civil común mediante testamento mancomunado: breves notas sobre el tema”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 31/2013, p. 317 ss. Especifica el autor que tanto la ley aplicable al testamento, como la ley aplicable al contenido de la sucesión son cuestiones de fondo, pero resultan a su vez distintas. La segunda se ocupa del contenido material de la sucesión y de sus límites (legítimas, reservas, sustituciones, *etc.*). En cuanto al régimen aplicable al contenido de la sucesión, lo dispuesto en el art. 9.-8 CC lleva a concluir -con la doctrina que cita- que cada testador mancomunado estará sometido a su propia ley.

<sup>57</sup> Más natural de lo que pudiera parecer, teniendo en cuenta que los sucesivos cambios de residencia pueden provocar (*cf.*: art. 14.-5.2º CC) que, sin mayor advertencia, se pierda la vecindad que se ostentaba originariamente y se adquiera la del nuevo territorio.

Como cuestión aparte, pero relacionada con lo antedicho, la reforma de la regulación actual de los procedimientos de atribución de la vecindad civil hace tiempo que suscita un renovado interés. Así, *vgr.*, *vid.* Proposición de Ley (presentada por las Cortes de Aragón) por la que se modifica el Código Civil en relación con el estatuto personal y vecindad civil (números de expediente 125/000017 de la X Legislatura, y 125/000001 de la XI Legislatura).

no lo prohíba: art. 24.-4. “También podrán testar mancomunadamente, dentro o fuera de su comunidad autónoma, en unión con otro causante cuya ley personal no le prohíba hacerlo en mancomún”<sup>58</sup>. Lo que supone que los vascos podrán testar en mancomún con personas de vecindad navarra, gallega<sup>59</sup> o aragonesa (cuyos Derechos propios prevén efectivamente esa modalidad testamentaria)<sup>60</sup>. A su vez tal eventualidad puede plantear problemas en cuanto a la forma testamentaria escogida, y en cuanto a la revocación<sup>61</sup> de las disposiciones del testamento

---

<sup>58</sup> Precepto semejante al art. 417.-2 CDFa: “Si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón”. Resulta interesante advertir que algunos autores han interpretado literalmente tal prescripción, entendiendo que no se aplicará a los testadores cuyo derecho propio no prohíba el testamento conjunto. Algunos otros han considerado aquel precepto como inconstitucional, en cuanto pretenda regular la capacidad de quien carezca de vecindad aragonesa y sujeción a este Derecho para testar en común, ya que supondría invadir la competencia normativa reservada al Estado por el artículo 149.1.8ª CE. Ante lo que concluye SÁNCHEZ-RUBIO: “Puesto que el derecho civil de Aragón no puede regular el régimen legal del testamento de un otorgante que no ostenta vecindad aragonesa, es patente que el precepto que nos ocupa no puede tener a este testador como destinatario, quedando su alcance limitado a regular los requisitos y condiciones del otorgamiento del testador aragonés...”. Conclusión que probablemente, como pienso, también podría referirse al art. art. 24.-4 LDCV. Cfr: SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., “El testamento mancomunado aragonés”, *Revista de derecho civil aragonés*, 18/2012, pp. 134. Además, como este mismo autor advierte (cfr: *loc. cit.*, p. 135) el precepto aragonés puede producir un resultado exactamente contrario al perseguido, en vez de ampliar las posibilidades de testar en mancomún acabaría restringiéndolas: cuando el cotesador no aragonés tenga prohibido el mancomunado por el Derecho que le sea propio, sucederá que tampoco podrá llevarlo a cabo el vecino aragonés, y si lo hiciera se produciría un testamento nulo.

En los comentarios a la ley de sucesiones aragonesa, ya MERINO HERÁNDEZ advertía como la previsión que positivamente se hizo (y que luego ha pasado al CDFa, al refundirse la legislación foral aragonesa) podía anticiparse en virtud de ciertos argumentos. *Vid.* “Comentario arts. 1 a 148 de la Ley de Sucesiones Aragonesa”, tomo XXXIV, vol. 1., en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, Madrid, 2002, pp. 720-722.

<sup>59</sup> En el Derecho gallego, resulta similar el art. 188 LDCG. Del que, en definitiva, resulta que el estatuto personal excluye el principio *locus regit actum* (que –dicen los autores luego citados– es el que debería aplicarse, con arreglo a lo dispuesto en el art. 11 CC y el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, si se tratase de cuestiones meramente formales y no de fondo). Aunque cuando el testamento mancomunado otorgado con arreglo a la Ley del Derecho civil de Galicia, solamente sería posible cuando ambos otorgantes tuviesen la vecindad civil correspondiente a la CA gallega. Cfr: BUSTO LAGO, J. M. (dir.), ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Curso de Derecho Civil de Galicia*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 379.

<sup>60</sup> Sin olvidar las *normas de derecho internacional privado* contenidas en los art. 8 a 12 CC, a que remite el art. 16 CC para resolver no solamente conflictos de ese ámbito, también de orden interregional: “1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 1ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil. ...”.

<sup>61</sup> Cuestión difícil de remediar en la medida en que falten pautas de Derecho positivo, y que

mancomunado, en la medida en que existe una diversidad de posibilidades que hacen contrastar el Derecho Vasco con el de otras Comunidades Autónomas. Así los vascos (como los gallegos<sup>62</sup>), para testar en mancomún, solamente pueden utilizar el testamento notarial abierto (*cf.* art. 24.-6 LDCV); mientras que para los navarros, *con excepción de la forma ológrafa, el testamento de hermandad puede revestir cualquier otra forma admitida en la Compilación, en tanto se cumplan todos los requisitos establecidos para cada una de ellas*<sup>63</sup>. El Derecho aragonés resulta en esta cuestión muy flexible, permite incluso la modalidad ológrafa, o el testamento cerrado: “1. El testamento mancomunado, en tanto sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellas, y el unipersonal pueden revestir cualquier forma, común, especial o excepcional, admitida por la ley. 2. Basta que concurren en uno de los testadores las circunstancias requeridas por cualquier forma especial o excepcional de testamento para que se pueda otorgar mancomunadamente” (art. 409 CDFA<sup>64</sup>, *Forma de los testamentos*).

Como criterios rectores para resolver la compatibilidad de las formas testamentarias previstas por las distintas leyes personales de los otorgantes, cabe considerar (además de lo dispuesto en el art. 11.-1 CC<sup>65</sup>) los contenidos en el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias. Teniendo en cuenta, en particular, el principio de *favor testamenti* cabría concluir que el testamento mancomunado podrá otorgarse con arreglo a las formalidades previstas en la regulación interna que guarde alguna conexión con cualquiera de los otorgantes<sup>66</sup>.

---

puede admitir soluciones distintas según se trate de revocación conjunta o individual. *Vid.* GIL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho civil vasco, cit.*, p. 327.

<sup>62</sup> *Cf.* art. 189 Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia: “El testamento mancomunado habrá de otorgarse en forma abierta notarial”.

<sup>63</sup> *Cf.* ley 199 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

<sup>64</sup> El Código del Derecho Foral de Aragón, además del capítulo que dedica específicamente a regular el testamento mancomunado, también le dedica otras disposiciones como las relativas a las modalidades en que ese testamento puede otorgarse, que aparecen en los artículos 409, 410, 411 CFDA.

<sup>65</sup> Que ofrece un repertorio -realmente amplio- de criterios que permiten determinar las formas a que deben acomodarse los testamentos, comenzando por la regla *locum regit actum*. Pero reconociendo, a renglón seguido, *la validez de los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que estos radiquen*.

<sup>66</sup> *Cf.* GIL RODRÍGUEZ (*Manual de Derecho civil vasco, cit.*, pp. 326-327), que apunta los art. 1 y 4 de aquel Convenio. Este autor todavía aborda otro posible problema, derivado del cambio

Situación particular, que de alguna manera resulta también comprendida en la norma referida del art. 24.-4 LDCV, sería aquella en que uno de los otorgantes no solamente carezca de la vecindad civil vasca, sino que sea extranjero. En tal caso la situación que se originaría puede contemplarse a la luz del sistema de solución de conflictos previsto en el Reglamento (UE) 650/2012 de 4 de julio de 2012<sup>67</sup>. Novedad que, sin embargo, no trasciende a los conflictos interregionales

---

de nacionalidad o vecindad civil del causante que se produzca entre el otorgamiento y la apertura de la sucesión, y que deberá resolverse recurriendo a lo que establece el art. 9.-8 CC. Por lo que concluye: “serán válidos los testamentos y pactos sucesorios aunque las expectativas legitimarias y los derechos del cónyuge superviviente deban ajustarse, las primeras, a la ley personal del *de cuius* al momento del fallecimiento, y la situación del segundo a la reguladora de los efectos del matrimonio”. *Vid.* los interesantes contrastes que hacen BUSTO LAGO, ÁLVAREZ LATA, y PEÑA LÓPEZ, sobre la aplicación del citado Convenio (*cf.* *Curso de Derecho Civil de Galicia, cit.*, pp. 380-381).

Sin embargo, autores como FONTANELLAS I MORELL (*cf.* *loc. cit.*, pp. 412-413) cuestionan la utilidad real del Convenio de la Haya de 1961 para resolver aquellas dificultades, que quedarán en cada caso a disposición de los jueces que deban conocer de ellas.

<sup>67</sup> El 27 de julio de 2012 se publicó en el DOUE el Reglamento (UE) 650/2012 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; entró en vigor el 17 de agosto de 2015. Con esta norma comunitaria (cuando sea aplicable, y salvo países como Dinamarca, Irlanda, e Inglaterra en que no tiene lugar), se somete la totalidad de la sucesión del causante a un único procedimiento que, con carácter general, se tramitará ante los tribunales del Estado de su última residencia habitual y aplicando ese mismo derecho sustantivo -*cf.* art. 4 y 21- (sin perjuicio de que también se reconoce, limitadamente, la voluntad del causante -*cf.* art. 20 ss.-, y puede excluir expresamente en su testamento aquel criterio) con independencia tanto de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes incluidos en la masa hereditaria, como del lugar en que radiquen. En cuanto a sus principales características, *vid.* HEREDIA CERVANTES, I., “El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones”, *Diario La Ley*, 7933, Sección Tribuna, 28 de Setiembre de 2012.

*Vid.* FONTANELLAS I MORELL, *loc. cit.*, pp. 414-415.

El Reglamento europeo también tiene aspectos un tanto oscuros en relación con la posibilidad de los testamentos en mancomún. “La aparente flexibilidad introducida por el Reglamento al permitir que los distintos sujetos del pacto sucesorio o del testamento mancomunado, en su caso, tomen parte en él pese al distinto régimen legal a que se pudiera *prima facie* sujetar la validez material del pacto o testamento mancomunado; quiebra cuando opera la ley sucesoria que corresponde a cada uno de los firmantes, pues ésta, a diferencia de lo que sucede respecto de la ley sucesoria anticipada, que se puede concordar (art. 25), es individual para cada potencial *de cujus*, por lo que puede que la finalidad perseguida con el negocio dispositivo se frustrate cuando entren en conflicto las leyes sucesorias correspondientes a cada uno de los firmantes, cuando no sean las mismas o estén inspiradas en principios distintos... Con lo que, tal vez, se pone al intérprete sobre el tapete una de las grandes falacias del Reglamento, cual es el hecho de que el principio de planificación sucesoria al que se apela de forma reiterada es meramente formal”. *Cfr.* RIPOLL SOLER, A., “La *professio iuris*: pieza angular del sistema sucesorio europeo”, *Revista de Derecho civil*, vol. 3, n° 2, 2016, pp. 34-35.

– como advierte GALICIA AIZPURUA- pues el art. 38 del Reglamento así lo establece claramente, que los Estados con plurilegislación no están obligados a aplicar a los conflictos internos las soluciones de aquel: “Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales”<sup>68</sup>.

## VI. CONTENIDO DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO

El art. 25 LDCV se refiere al “Contenido del testamento mancomunado.

1.- El testamento conjuntamente otorgado puede contener, o no, liberalidades mutuas, solamente o junto con disposiciones a favor de tercero.

---

Téngase en cuenta: FONT I SEGURA, A., “Los pactos sucesorios en el reglamento sucesorio europeo: dos cuestiones relevantes”, en GINEBRA MOLINS, M<sup>a</sup> E. y TARABAL BOSCH, J. (coord.), *El reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegi Notarial de Catalunya=Marcial Pons, Barcelona, 2016, pp. 161-192; y RENTERÍA AROCENA, A., “La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, y el Reglamento UE 650/2012, de 4 de julio: los conflictos de leyes y el certificado sucesorio”, en VVAA, *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Eusko Legebiltzarra / Parlamento Vasco, Vitoria, 2016, pp. 187-236.

Si los otorgantes no tuvieran el mismo lugar de residencia, considera MARTÍNEZ DE BUTRÓN, (*cf. loc. cit.*, pp. 64) que “el principio de *favor testamenti* que impulsa la doctrina y la legislación europea conduciría a admitir la validez de las formas de testamento previstas por cualquiera de las legislaciones de los testadores, pero un principio de cautela aconseja buscar los puntos comunes entre ambas para resolver cuestiones que excedan la de la simple forma como el problema de los conflictos móviles de testamentos con disposiciones revocables o no según la legislación que se aplique al abrir la sucesión (art. 25.4 LDCV)”. Una cuestión distinta, pero relacionada con la anterior, sería la consecuencia de que alguno de los testadores pierda -con posterioridad- la vecindad vasca que tuviera al tiempo del otorgamiento del testamento. La LDCV no resuelve expresamente esta cuestión, aunque se inclina aquel autor por conservar la validez del testamento en tal caso.

<sup>68</sup> Aunque el autor añade que, en opinión de autorizada doctrina, tal conclusión no resulta tan obvia. *Cfr.* GALICIA AIZPURUA, G., “El Reglamento europeo de sucesiones y el carácter plurilegislativo del ordenamiento civil español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 536-537; *vid.* las referencias bibliográficas que toma en consideración, y los argumentos que emplea para combatir ciertas opiniones.

*Vid.* ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., “El reglamento UE nº 650/2012 y la ordenación de la sucesión ‘Mortis Causa’ de los españoles de vecindad civil común mediante testamento mancomunado: breves notas sobre el tema”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 31/2013, pp. 315-328.

- 2.- Puede igualmente designarse a los terceros a calidad de sucesores del premoriente y sustitutos del supérstite.
- 3.- Se considerarán correspectivas entre sí las cláusulas testamentarias de contenido patrimonial que traigan causa de las disposiciones del testador, con independencia de que unas y otras favorecieren a dicho otorgante o a tercero. La vinculación correspectiva no se presume, aunque puede acreditarse que fue implícitamente establecida por los testadores.
- 4.- La nulidad o anulación de una disposición testamentaria mancomunada produce la ineficacia total de cualquier otra del mismo testamento que se acredite correspectiva. Sin embargo, la ineficacia sobrevinida de una disposición, inicialmente válida, no produce la de su correspectiva, que desde luego dejará de tener ese carácter”.

El art. 25 LDCV contiene normas diversas que tienen por denominador común referirse genéricamente al contenido del testamento mancomunado, y que incluso permiten insistir en el concepto amplio (basado en una unidad instrumental) que antes pude enunciar: se puede dar el testamento de hermandad, aunque ni siquiera hubiera liberalidades entre los propios otorgantes<sup>69</sup>. El testamento conjunto (como los testamentos unilaterales) no supone una restricción de las posibilidades de ordenar la sucesión<sup>70</sup>: con él se realizan liberalidades mutuas, con disposiciones a favor de tercero, se nombran herederos, o sustitutos, o tal vez comisario, *etc.* Si acaso lo peculiar de aquel se produce respecto de las disposiciones correspectivas que hubieran previsto los cotestadores (aunque no son imprescindibles, pues puede haber en el testamento solamente disposiciones de ambos testadores, pero independientes entre sí) y que aparezcan inequívocamente como tales (aunque no necesariamente mediante una manifestación expresa, también pueden resultar de manera implícita), ya que no pueden presumirse.

Como se sabe las clasificaciones (fuera de los casos, no demasiado comunes, en que las suministran las leyes) suelen ser arbitrarias, cuando no persiguen una

---

<sup>69</sup> Aunque lo natural sea que el testamento mancomunado se integre, precisamente, con cláusulas que establezcan una correspondencia o correspectividad de atribuciones. *Cfr.* ASUA GONZÁLEZ, *et. al.*, *loc. cit.*, pp. 36-37.

<sup>70</sup> Ni tampoco se dispensa de las limitaciones que impone a la capacidad de testar el Capítulo segundo del Título II LDCV, “es decir respetando las legítimas (con la salvedad de quienes conservan la vecindad civil ayalesa) y respetando los derechos de los parientes tronqueros”. *Cfr.* MARTÍNEZ DE BUTRÓN, *loc. cit.*, p. 65.

utilidad meramente *pedagógica*. Pueden intentarse algunas respecto del contenido posible del testamento mancomunado (tal como lo refiere el art. 25 LDCV). Si nos fijamos (*cf.* art. 25.-1,-2) en quién resulta heredero en el otorgamiento del testamento, cabe distinguir entre testamento *mancomunado mutuo* y testamento *mancomunado conjunto*. En el primero, ambos otorgantes disponen uno a favor del otro. En el mancomunado conjunto, en cambio, ambos testadores nombran como herederos a una o más personas distintas<sup>71</sup>. Y si se trata de la relación entre las disposiciones de los otorgantes, las hay de carácter meramente simultáneo, en virtud de la coincidencia en el mismo instrumento testatorio, y también las hay interrelacionadas<sup>72</sup>; dentro de esta última categoría se sitúan las disposiciones correspectivas, es decir, aquellas que están enlazadas causalmente, tienen una dependencia generatriz de tal modo que unas se justifican con las otras (aunque no es necesario que el beneficiado sea el otro testador, puede tratarse de un ter-

---

<sup>71</sup> *Cfr.* BARRUETABEÑA, *op. cit.*, pp. 61-62.

Una clasificación semejante a la que planteo (distinguiendo entre testamentos meramente simultáneos, recíprocos o mutuos, y correspectivos) puede formularse, no solamente en el Derecho español, también en Derecho alemán. *Vid.* FONTANELLAS I MORELL, J. M<sup>a</sup>, “El testamento mancomunado en el reglamento 650/2012 relativo a las sucesiones por causa de muerte”, FORNER I DELAYGUA, J. J., *et. al.* (coord.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 407, y la referencia bibliográfica de nt. 6.

GIL RODRÍGUEZ viene a añadir otro criterio clasificatorio para comprender lo que denomina testamento mancomunado “sustancialmente mixto”, cuando el mismo instrumento reúna disposiciones recíprocas y conjuntas, como sucede cuando los otorgantes se favorecen uno al otro y además a un tercero. *Cfr.* “El testamento mancomunado vasco, en perspectiva de unificación”, *cit.*, p. 1217, o *Manual de Derecho civil vasco, cit.*, pp. 330-331.

<sup>72</sup> *Cfr.* BARRUETABEÑA, *op. cit.*, *ibidem*. Más adelante (*cf.* pp. 253 ss.) la autora distingue entre “disposiciones meramente simultáneas” y “disposiciones interrelacionadas”; dentro de esta categoría se ocupa de diferenciar la conjunción en sentido estricto, de la reciprocidad (“las disposiciones de un testamento serán recíprocas cuando unan la voluntad sucesoria mortis causa de los testadores, y ‘se orienten en el sentido de ordenar atribuciones recíprocas de uno a otro’; por lo tanto, los testadores se adjudican mutuamente ciertos derechos respecto a la sucesión a cada uno” -*cf.* *loc. cit.*, pp. 261-262 y la doctrina aquí referenciada-), y de la correspectividad. A pesar de la proximidad de estas dos últimas nociones, pueden especificarse una sobre la otra: la reciprocidad supone una atribución mutua entre los cotestadores; mientras que la correspectividad supone una vinculación mayor: la decisión de uno no se tomaría si faltase una precisa voluntad del otro cotestador (*cf.* *loc. cit.*, p. 274). Al tiempo, las disposiciones correspectivas pueden clasificarse en virtud de diversos criterios, cabría distinguir -como hace la autora- entre correspectividad bilateral o unilateral, perfecta e imperfecta, expresa o tácita (*cf.* p. 277).

GIL RODRÍGUEZ advierte que no puede estimarse que haya correspectividad en caso de un testamento individual (que se consideraría captatorio, y nulo) en que se designe heredero bajo condición de que aquel testador fuera instituido recíprocamente por el favorecido. *Cfr.* *Manual de Derecho civil vasco, cit.*, p. 333.

cero): *se considerarán correspectivas entre sí las cláusulas testamentarias de contenido patrimonial que traigan causa de las disposiciones del testador, de tal manera que la nulidad o anulación de una disposición testamentaria mancomunada produce la ineficacia total de cualquier otra del mismo testamento que se acredite correspectiva*<sup>73</sup>.

La correspectividad en el testamento de hermandad resulta relevante (incluso suele asociarse como característica de los testamentos mutuos<sup>74</sup>), tanto por la importante consecuencia de que llegue a producir el efecto que en esas cláusulas se contempla, como por las cautelas para cuando se frustrate (con la posibilidad de revocación), por lo que se prevé con cierto detalle<sup>75</sup>. Dicho con mayor acierto, la

---

<sup>73</sup> En contraste con las previsiones sobre contenido de los otros Derechos territoriales en que se admite el testamento mancomunado o de hermandad sucede que -una vez más- existe una coincidencia básica, y al tiempo algunas diferencias como diré.

<sup>74</sup> Aunque, en realidad, las disposiciones correspectivas no son exclusivas de los testamentos mancomunados, pues también pueden darse en los pactos sucesorios. Sin embargo, donde no tendrán lugar es en los testamentos unipersonales ya que, en el Código civil tropezarían con lo dispuesto en el art. 794 (*cf.* BARRUETABEÑA, *loc. cit.*, p. 276).

<sup>75</sup> En Galicia, se contempla la correspectividad a favor de otorgantes que sean esposos: 187.-2 LDCG: “Los otorgantes que fueran esposos podrán, además, establecer en el testamento mancomunado disposiciones correspectivas. / Son correspectivas las disposiciones de contenido patrimonial cuya eficacia estuviera recíprocamente condicionada por voluntad expresa de los otorgantes. La correspectividad no se presume”.

En Navarra (además de otras referencias aisladas que aparecen en las leyes 202 y 204) se preveía en la ley 201 (antes de la modificación operada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril) la posibilidad de que siendo esposos los otorgantes del mancomunado, la sentencia de nulidad, separación o divorcio que en su caso pudiera dictarse produciría *la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tenga su causa en las disposiciones del otro*; actualmente dispone la ley 201: “a) Revocación en vida de todos los otorgantes. En vida de todos los otorgantes el testamento de hermandad podrá revocarse: 1. Por todos ellos conjuntamente. 2. Por cualquiera de ellos separadamente; en este caso, la revocación no surtirá efecto hasta que constare el conocimiento de todos los demás en forma fehaciente.... En ambos casos, la revocación dejará sin efecto la totalidad de las disposiciones contenidas en el testamento, salvo que en este se hubiere previsto otra cosa”.

En la previsión de que *el testamento contuviere institución recíproca y designación de heredero común*, la prohibición de enajenar que se hubiera establecido se limitará a los bienes del testador premuerto (*cf.* ley 203, *in fine*).

En Aragón se detalla que la correspectividad se refiere a disposiciones de contenido patrimonial (como en art. 25.-3 LDCV), y también es llamativa la coincidencia (entre el Derecho aragonés y el vasco) de las previsiones sobre ineficacia: art. 420. *Disposiciones correspectivas* “1. Son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, *por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio*, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero. La correspectividad no se pre-



correspectividad “constituye el núcleo de la institución y la franja testamentaria colindante al compromiso o pacto sucesorio propiamente dicho”<sup>76</sup>. El art. 25.-3 LDCV precisa que *se consideran correspectivas las cláusulas testamentarias de contenido patrimonial*. Lo que, *a contrario*, supone que las que tengan otro contenido (no patrimonial) quedan al margen de las consecuencias del supuesto de hecho normativamente previsto en aquel precepto, de modo que no actuarán en cuanto a ellas las restricciones a la libre revocabilidad que sí se establecen en cuanto a las disposiciones correspectivas que tengan contenido patrimonial (*vid.* art. 28 LDCV). En suma, tales restricciones al efecto vinculante de la correspectividad operan de varios modos, como resulta del art. 25 LDCV. En primer lugar, se limita la vinculación (o, correlativamente, la restricción de la revocabilidad) a las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. En segundo lugar, con el principio (que aparece en el apartado 3 de aquel precepto) de que *la vinculación correspectiva no se presume*, lo que acaba atribuyendo una mayor autonomía al causante en cuanto a las posibilidades de revocación individual; al mismo tiempo se matizan las consecuencias del principio de no presunción, o la exigencia de prueba (pues no se requiere que sea explícita) de que sí existe una vinculación correspectiva, cuando se añade “...aunque puede acreditarse que fue *implícitamente* establecida por los testadores”<sup>77</sup>.

Al interpretar la nulidad o anulación a que se refiere el último apartado del art. 25 LDCV cabría tropezar con las consabidas dificultades para asignar a esas situaciones de ineficacia negocial un significado propio e inequívoco. Sin embargo, no parece ser el caso, pues con independencia de la distinción entre nuli-

---

sume. 2. La nulidad o anulación de una disposición produce la ineficacia total de la correspectiva. Sin embargo, la ineficacia sobrevenida de una disposición no produce la de su correspectiva, que dejará de tener ese carácter”. Resultan interesantes las aclaraciones que sobre la correspectividad, su origen y función, aporta MERINO. *Vid.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., MATA RIVAS, F., POZUELO ANTONI, F. de A., MURILLO GARCÍA-ATANCE, M., GIL NOGUERAS, L. LATORRE GUTIÉRREZ DE BAROJA, E., “Comentario arts. 1 a 148 de la Ley de Sucesiones Aragonesa”, tomo XXXIV, vol. 1. en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, EDESA, Madrid, 2002, pp. 733 ss.

<sup>76</sup> Cfr. ASUA GONZÁLEZ, *et al.*, *loc. cit.*, p. 38.

<sup>77</sup> Cfr. ASUA GONZÁLEZ, *et al.*, *loc. cit.*, *ibídem*. Aquí se apunta que quedarían fuera de la exigencia de contenido patrimonial ciertas disposiciones testamentarias de contenido no netamente patrimonial o propiamente sucesorias, como la designación de tutor, o la ordenación de la sucesión por comisario. La suficiencia de una prueba implícita, sobre la existencia de una disposición correspectiva, responde a un criterio más flexible que el que utiliza el legislador aragonés en el art. 420.-1 al exigir una declaración de voluntad de ambos testadores. *Vid.* GIL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho civil vasco, cit.*, pp. 332-333.

dad y anulación (o tal vez la sinonimia que pudiera pretenderse), la consecuencia prescrita es la misma: “la nulidad o anulación de una disposición testamentaria mancomunada produce la ineficacia total de cualquier otra del mismo testamento que se acredite correspondiente”. En este primer inciso parece aludirse a un defecto originario de una disposición testamentaria, que provocaría -no solamente- su ineficacia (*total*), y además que esta afectase o se propagase a las disposiciones correspondientes del otro testador que dependan de aquella, que sean correspondientes. Mientras que el segundo inciso (“Sin embargo, la *ineficacia sobrevinida* de una disposición, inicialmente válida...”) refiere expresamente el supuesto de hecho a otra manifestación de ineficacia, a una disposición testamentaria originariamente válida que no alcanza en efecto el resultado previsto. Con la consecuencia jurídica de que no se propagará la ineficacia a la disposición correspondiente, aunque esta dejará de tener tal carácter<sup>78</sup>.

## VII. REVOCACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL MANCOMUNADO

Artículo 26. “Revocación o modificación conjunta

El testamento mancomunado podrá ser revocado o modificado conjuntamente por los propios otorgantes observando las mismas formalidades que se exigen para su otorgamiento o mediante pacto sucesorio en el que ambos intervengan”.

Artículo 27. “Revocación o modificación unilateral en vida del testador

1.- La revocación o modificación unilateral, en vida del testador, deberá hacerse también mediante testamento abierto otorgado ante notario o

---

<sup>78</sup> Cfr: GIL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho civil vasco, cit.*, p. 333.

Planteamiento similar al que se sigue por el Derecho aragonés en el art. 420.- CDFA, respecto del cual comenta BELLOD que la ineficacia sobrevinida puede acontecer cuando se tratase de una disposición correspondiente consistente en la atribución de un legado, si el legatario lo repudiase: en tal caso la disposición deviene ineficaz, pero no se anula, simplemente deja de tener carácter correspondiente. Cfr: BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., “Testamento mancomunado”, en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (dir.), *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón*, ed. Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, 2015, p. 619.

Aunque se trate de una cuestión a la que ha de reconocerse su autonomía, no está demás apuntar alguna idea sobre la problemática distinción entre *invalidéz* e *ineficacia* negociales. La de *ineficacia* es una noción amplia o general, una categoría, que consiste en la carencia de efectos jurídicos del contrato -si de esta clase de acto se trata-, acordes con lo querido por quienes lo celebran; *invalidéz* es una forma de ineficacia que depende de su adecuación, en su formación y contenido, a las normas que lo regulan. Cfr: DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> A., “*Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*”, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 15 ss.

mediante pacto sucesorio, debiendo notificarse fehacientemente a aquél. La notificación se practicará por el notario autorizante, dentro de los diez días sucesivos y en el domicilio señalado por el compareciente, además de hacerlo asimismo, si fuera distinto, en el que se hubiere hecho constar en el testamento revocado o modificado.

2.- Sin embargo y abstracción hecha de las responsabilidades en que se hubiere podido incurrir, la falsedad u ocultación del otorgante sobre el paradero de su cotestador así como la falta de la notificación requerida no afectarán a la eficacia de la revocación o modificación solemnemente realizada.

3.- Por la revocación o modificación unilateral del testamento devendrán ineficaces todas las cláusulas del testamento revocado”.

Aunque tanto el art. 26 LDCV como el 27 se refieren de manera común a la revocación o modificación del testamento mancomunado, cada uno de ellos precisa de manera distinta el origen de tales sucesos (lo que se ha visto con cierto agrado por parte de la doctrina científica<sup>79</sup>). El primero de los preceptos citados se refiere a la revocación o modificación conjunta, mientras que el art. 27 refiere la revocación o modificación unilateral. A pesar de lo que sugiere el enunciado literal de aquellos artículos, que alude a los actos de *revocación o modificación*, no se añaden aquí más detalles sobre cómo puede tener lugar la modificación propiamente dicha (*no extintiva, o no revocatoria*) de las disposiciones de un testamento, o la revocación parcial del mismo<sup>80</sup>.

El punto de partida del art. 26 LDCV, al igual como sucede con las formas de testar unipersonales, es la revocabilidad natural del testamento mancomunado<sup>81</sup>. Esta característica, sin embargo, resulta modalizada o excepcionada en virtud de la posible existencia en los testamentos de disposiciones correspondientes (que, a su vez, son características de los testamentos conjuntos, como ya se ha visto). Pues en tal caso la libre revocación (o la modificación) quedará limitada en virtud de las diferentes situaciones que contempla aquel artículo y los inmediatamente posteriores, según se trate de revocación conjunta o unilateral. La revocación o modificación no plantea dificultades si se realiza de manera conjunta por sus otorgantes (evidentemente, mientras estén vivos ambos), utilizando las mismas

---

<sup>79</sup> Cfr. GIL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho civil vasco*, cit., p. 336.

<sup>80</sup> Cfr. GIL RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 338.

<sup>81</sup> Sin obviar que la voluntad revocatoria debe corresponderse con la que se deroga, subjetiva y formalmente. Cfr. ASUA GONZÁLEZ, *et al.*, loc. cit., p. 40.

formalidades que serían suficientes para su otorgamiento (es decir, las propias del testamento abierto notarial, *cf.* art. 24.-6 LDCV), o mediante pacto sucesorio común<sup>82</sup>. Correlativamente pueden originarse, con diverso alcance, situaciones de irrevocabilidad de disposiciones correspectivas en los términos previstos en el art. 28 LDCV que luego comentaré.

Cuando la revocación unilateral reúna los requisitos formales y sustanciales preceptivos, la consecuencia que se producirá (prevista en el último apartado del art. 27 LDCV) es que *deventrán ineficaces todas las cláusulas del testamento revocado*. Lo que supone que, a pesar de que pueda limitarse la modificación o revocación a alguna o algunas disposiciones, se acoge la solución de propagar una suerte de ineficacia a todo el testamento<sup>83</sup>.

Ya tenga lugar la revocación mediante testamento abierto o bien mediante pacto sucesorio ante notario, será necesario que además se notifique posteriormente<sup>84</sup> de manera *fehaciente* (no valdría cualquier forma de aviso que careciera de esa exigencia de constancia fidedigna<sup>85</sup>) al cotestador. Dicha notificación no es un requisito de validez (o una *conditio iuris*) de la revocación o modificación (sin perjuicio de las consecuencias de otro orden que pueda producir<sup>86</sup>): “la efectiva

---

<sup>82</sup> *Vid.* art. 100 ss. LDCV. El art. 101.-1 compendia la eficacia de los pactos sucesorios, *dejan sin efecto cualquier disposición testamentaria anterior sobre los bienes comprendidos en el pacto*. En cuanto a los requisitos formales, *los pactos habrán de otorgarse necesariamente en escritura pública* (*cf.* art. 100.-4 LDCV).

<sup>83</sup> Lo que en la práctica (como dice GIL RODRÍGUEZ, *cf.* *Manual de Derecho civil vasco, cit.*, p. 337-338) obligará al notario autorizante a preguntar al otorgante sobre la subsistencia del mancomunado previamente existente, advirtiéndole en su caso de que va a provocar una revocación unilateral, y que con ello se originará por disposición de la ley (tal vez más allá de lo que pretenda el particular) una suerte de ineficacia refleja (el autor utiliza la expresión “ultraeficacia corrosiva” de todo el diseño *mortis causa*) de otras cláusulas que tal vez querrían mantenerse.

<sup>84</sup> Se ha discutido si la notificación debía ser previa al acto de revocación, pero cabe considerar como más razonable que se haga con posterioridad. *Cfr.* MARTÍNEZ DE BUTRÓN, *loc. cit.*, pp. 65. En cualquier caso, la omisión de la notificación puede provocar una responsabilidad del notario autorizante, y tal vez del testador que la haya dificultado o impedido (*cf.* art. 27.-2 LDCV).

<sup>85</sup> *Cfr.* MARTÍNEZ DE BUTRÓN, *loc. cit.*, pp. 65-66. En cuanto a los procedimientos notariales para llevar a cabo la notificación *fehaciente* de la revocación o modificación, indica que puede recurrirse a un acta de notificación, o un acta de remisión de carta por correo, o bien por simple diligencia.

<sup>86</sup> Pues la notificación tiene como objetivo principal alertar al cotestador, para que esté en condiciones de tomar –si lo desea– las determinaciones oportunas para hacer frente al desequilibrio originado entre las prestaciones correspectivas. Por eso, advierte BELLOD (comentando el art. 421 CDFa, que guarda similitud con lo que ahora examinamos) que lo que la norma protege imponiendo la necesidad de notificación, no es el testamento mancomunado en sí, sino la lealtad entre

notificación no cursa propiamente como condición de eficacia de la revocación o modificación unilateralmente consumada<sup>87</sup>. Es decir, las deficiencias o la ausencia de notificación no afectan a la eficacia de los actos a que se refiere, ya que el único requisito imprescindible es la solemnidad de la intervención notarial en el testamento abierto o pacto sucesorio con que se modifique o revoque un testamento mancomunado precedente<sup>88</sup>.

La notificación se llevará a cabo por el notario autorizante del propio instrumento en que se produzca la revocación, dentro de los diez días siguientes, y en el domicilio del cotestador que figure en el testamento (y, en su caso, también en otro domicilio que quisiera indicar el testador que revoque, tal como especifica el art. 27.-1 LDCV). Si consigue llevarse a cabo con los requisitos necesarios, en tiempo y forma, producirá su efecto de manera retroactiva desde la fecha del otorgamiento del instrumento con el que se pretenda la revocación o modificación unilateral del testamento mancomunado<sup>89</sup>.

El artículo 28 LDCV se refiere a la revocación o modificación a la muerte del cotestador.

- “1.-Fallecido uno de los otorgantes, el otro no podrá revocar ni modificar las disposiciones que hubiere otorgado sobre su propia herencia si trajeren causa de las disposiciones del premuerto.
- 2.- Salvo que otra cosa estableciera el testamento, el supérstite no podrá disponer a título gratuito de los bienes que se hayan señalado como objeto de las disposiciones correspondientes, como no fuera en favor de la persona o

---

los testadores. Probablemente la consecuencia más general de omitir la referida notificación es que habrá que indemnizar los daños y perjuicios así ocasionados, aunque resulte difícil precisar en qué pueden consistir, y quiénes podrían reclamar tal resarcimiento. *Cfr. loc. cit.* p. 621.

¿Cabría un pacto de irrevocabilidad? MERINO, en relación con el Derecho aragonés, sugería su admisibilidad y alguna de las finalidades prácticas que podrían justificarlo: “en base una vez más -dice el autor- al principio de libertad civil aragonés, podrán configurarlo ambos testadores en la forma que tengan por conveniente”. Dando lugar así a un “pacto sucesorio insito en un testamento mancomunado” o a un “instrumento sucesorio mixto”: en parte testamento, y en parte contrato sucesorio. *Cfr. Vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Comentario arts. 1 a 148 de la Ley de Sucesiones Aragonesa”, cit., p. 746.*

<sup>87</sup> *Cfr. ASUA GONZÁLEZ, et al., loc. cit., p. 41-42.* Estos autores refieren la influencia del modelo revocatorio aragonés, similar al gallego.

<sup>88</sup> *Cfr. GIL RODRÍGUEZ, Manual de Derecho civil vasco, cit., p. 337.*

<sup>89</sup> *Vid. BUSTO LAGO, et al., op. cit., p. 389,* en cuanto al Derecho gallego.

personas que se hubieren designado como beneficiaria o beneficiarias de las mismas en el testamento mancomunado. De otro modo, podrá el perjudicado, durante dos años a contar de la muerte del disponente, reclamar a los donatarios el valor actualizado de dichos bienes.

- 3.- Las sentencias de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges o la extinción de la pareja de hecho en vida de los miembros de la misma, salvo en el caso de contraer matrimonio entre éstos, dejarán sin efecto todas sus disposiciones, excepto las correspectivas a favor de un hijo menor de edad o discapacitado”.

Aquí se consagra una característica de importancia en el testamento mancomunado pues, si existen prestaciones correspectivas, el fallecimiento de uno de los testadores actúa limitando o excluyendo la posibilidad de revocación de tales disposiciones<sup>90</sup>. El artículo 28 LDCV lleva una rúbrica que sitúa en el contexto de la muerte de un cotestador los supuestos de hecho a que se refiere. Y, efectivamente, a eso aluden las prescripciones contenidas en los dos primeros apartados lo que hace que resulte más llamativo el contenido del tercero.

Cuando se afirma que no podrán revocarse ni modificarse las disposiciones que un testador hubiere otorgado sobre su propia herencia si trajeren causa de las disposiciones del premuerto, aunque sea mediante una perífrasis, se está refiriendo la Ley a las prestaciones correspectivas. Lo que, por exclusión, permite entender que no estarán dentro de la consecuencia jurídica de la inmodificabilidad aquellas disposiciones contenidas en el testamento mancomunado que no tengan carácter correspectivo (dicho de otro modo: en cuanto a aquellas no actuará la limitación relativa de las facultades de disposición)<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> Como vimos al caracterizar en general el testamento mancomunado en España, precisamente las restricciones a la libre revocabilidad de la voluntad testamentaria han fundado históricamente alguno de los argumentos en contra de la admisión de aquel testamento.

Como señalan los autores en la propuesta de las “Bases...”, “Es en el momento del fallecimiento del cotestador cuando adquiere verdadera relevancia el tipo y contenido del testamento simultáneamente otorgado”. Se trata de “la inalterabilidad de las propias disposiciones interconectadas con las del premuerto”. Y en donde, en relación con las disposiciones correspectivas, se puede apreciar una de las diferencias entre aquel testamento y el que es meramente simultáneo. *Cfr*: ASUA GONZÁLEZ, *et al.*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>91</sup> *Cfr*: MARTÍNEZ DE BUTRÓN, *loc. cit.*, pp. 66. Quien sugiere que también cabría considerar que la irrevocabilidad afecta, no a todas las cláusulas correspectivas, sino las que afecten a la parte de la herencia que el supérstite hubiese recibido del premuerto y como consecuencia de las disposiciones de este. Precisamente, caben opiniones dispares a la hora de interpretar el significado y el ámbito del término *causa*, “que se habrían podido evitar sin el legislador hubiera establecido

El art. 28 LDCV fundamenta una suerte de cautela<sup>92</sup>, la de evitar las maniobras fraudulentas del cotestador superviviente para vaciar de contenido patrimonial la voluntad del otro, mediante ciertos actos intervivos<sup>93</sup>. Lo que se concreta (respectivamente, en los dos primeros párrafos del artículo en cuestión) en la imposibilidad, tras la muerte del contestador, de revocar o modificar las disposiciones correspondientes que hubiese otorgado el sobreviviente, así como en la limitación<sup>94</sup> de sus facultades dispositivas, para disponer a título gratuito de los bienes que se hayan señalado como objeto de las disposiciones correspondientes<sup>95</sup>. De otro modo, la sanción al contravenirse lo preceptuado, es que *podrá el perjudicado, durante dos años a contar de la muerte del disponente, reclamar a los donatarios el valor actualizado de dichos bienes*<sup>96</sup>; término respecto del que se define

---

sin más (como hacen en otras legislaciones) el principio de la irrevocabilidad de las cláusulas correspondientes al fallecimiento de un cotestador”.

<sup>92</sup> O se puede explicar de otro modo: busca un “equilibrio entre la libertad de quien sigue siendo titular de los bienes..., y los legítimos intereses de su contestador y, en ocasiones, beneficiario”. Cfr. ASUA GONZÁLEZ, *et al.*, *loc. cit.*, *ibidem*.

<sup>93</sup> Cfr. BARRETUABEÑA, *op. cit.*, pp. 291-292.

<sup>94</sup> Aunque no sea imperativa o absoluta, ya que puede excluirse por voluntad de los testadores: *salvo que otra cosa estableciera el testamento, el supérstite no podrá disponer...*

<sup>95</sup> Al fallecer uno de los testadores en mancomún, el cotestador solamente podrá disponer libremente de bienes que no estén afectos a cláusulas correspondientes. Respecto de los bienes comprendidos en tales cláusulas, la enajenación de los mismos a título oneroso podría compensarse estimando la existencia de una subrogación real. Pero la que se efectuase a título gratuito, representaría un vaciamiento del propio compromiso salvo que pudiera valorarse como una ejecución anticipada de la indicación testamentaria. Cfr. ASUA GONZÁLEZ, *et al.*, *op. cit.*, p. 45; cfr. GIL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho civil vasco, cit.*, pp. 339-340.

Resulta interesante el matiz que introduce MARTÍNEZ DE BUTRÓN. El principio fundamental a tener en cuenta, también aquí, es que el hermanamiento no afecta a la validez de los actos dispositivos. A pesar de que el supérstite no pueda disponer a título gratuito de determinados bienes, “incluso en estos casos no se sanciona la disposición, sino que se atribuye al perjudicado un derecho de resarcimiento”. Cfr. *loc. cit.*, p. 67.

<sup>96</sup> Los demás Derechos territoriales no solamente tienen diferencias de matiz, también en el planteamiento de partida. En Galicia, el art. 194.-2 LDCG: “Fallecido uno de los cónyuges, el otro *podrá disponer de los bienes comprendidos en una cláusula correspondiente*. En este caso, el beneficiario de la disposición testamentaria podrá reclamar el valor actualizado de los bienes objeto de la disposición con cargo a la herencia del disponente, sin perjuicio de las legítimas. Este derecho *caducará en el plazo de tres años, a contar desde el fallecimiento del disponente*”. En Aragón, el art. 422 CDFA: *Disposición de bienes entre vivos* 1. Aunque el testamento mancomunado contuviere cláusula en contrario, *cada uno de los testadores podrá disponer entre vivos de sus bienes, a título oneroso o gratuito, aun después del fallecimiento del otro, con las únicas excepciones y modalidades contenidas en los apartados siguientes. ...3. Muerto un otorgante, podrá el otro disponer de los bienes comprendidos en una disposición correspondiente. Si lo hiciera por título lucrativo, la*

el *dies a quo*, pero no su naturaleza como plazo de prescripción o de caducidad (tal como sí se concreta en algún Derecho territorial<sup>97</sup>). Tampoco se indica cómo se obtiene el *valor actualizado* de aquellos bienes, por lo que habrá que entender que cuando menos se tendrá en cuenta el interés legal correspondiente, salvo que de manera previsoramente se hubiera incorporado por los testadores algún tipo de acuerdo de estabilización.

El tercer apartado del art. 28 LDCV parece suponer un contraste brusco<sup>98</sup> respecto de los dos apartados anteriores que contemplan el supuesto de la muerte del testador, al referir la crisis de convivencia como causa sobrevenida de ineficacia (*ipso iure*) de las disposiciones correspectivas (por tanto, se trata de una ineficacia parcial). Y plantea dudas sobre su utilidad, lo que lleva a preguntarse a GIL RODRÍGUEZ si lo que significa aquel precepto es que la propia ruptura del matrimonio o de la pareja origina, por virtud de la norma, una vinculación que al margen de ella no tenían<sup>99</sup>. Desde el punto de vista práctico, sin embargo, parece que esta causa de revocación (la ruptura de la convivencia sentimental) está llamada a tener una frecuencia importante, en tanta medida como importancia tiene el creciente fenómeno de las crisis de pareja (matrimonial o no)<sup>100</sup>.

Resulta interesante la equiparación que se hizo entre crisis matrimonial y crisis de la pareja no matrimonial (a pesar de las diferencias, también, en cuanto al modo de extinguirse o alterarse la relación de convivencia<sup>101</sup>), que obviaba esa

---

persona a quien el testamento atribuía dichos bienes podrá, una vez fallecido el disponente, pedir a los donatarios o sus herederos su valor actualizado. Y si la disposición fuera onerosa y supusiera la ineficacia de la disposición correspectiva, podrá, de igual forma, reclamar el valor actualizado, en este caso de los herederos del disponente. *Estos derechos caducan en el plazo de dos años contados desde el fallecimiento del disponente*”.

<sup>97</sup> De cualquier modo, la caducidad parece más conveniente con las exigencias de seguridad jurídica.

<sup>98</sup> Se ha calificado la norma, “cuando menos, sorprendente, imperfecta, y perturbadora”. Si acaso, por intentar buscar su utilidad, cabría pensar que es un corolario del principio de no discriminación de las parejas, y de la exigencia de protección del hijo vulnerable, o que pretende afirmar de alguna manera la equiparación de la unión estable con el matrimonio. Cfr: GIL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho civil vasco, cit.*, pp. 333-334.

<sup>99</sup> Cfr: GIL RODRÍGUEZ, *loc. cit.*, *ibidem*. Lo que no parece razonable, especialmente cuando los testadores hubieran establecido –conforme viene a resultar de los dos primeros apartados del art. 28 LDCV- que cualquiera de ellos pueda modificar y revocar las disposiciones que hubiera otorgado sobre su herencia.

<sup>100</sup> Cfr: MARTÍNEZ DE BUTRÓN, *loc. cit.*, p. 67.

<sup>101</sup> Habrá que tener en cuenta los art. 18 y 19 de la Ley -vasca- 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Algunas de las causas extintivas de la relación convivencial pueden



cuestión que sí podía plantearse en otros Derechos forales<sup>102</sup>, así como la previsión lógica del posterior matrimonio de los convivientes que (al casarse) extingue la relación de hecho. No se especifica si la consecuencia jurídica que refiere -el último apartado del art. 28 LDCV- también se producirá con independencia de que se trate de un testamento de hermandad otorgado antes o después de extinguirse la relación de pareja a que se refiere el supuesto de hecho.

En cuanto a la salvedad contenida en el último inciso del tercer párrafo del art. 28 LDCV (respecto de las disposiciones correspondientes a favor de un hijo menor de edad o discapacitado), una lectura llana de la norma nos lleva a pensar

---

resultar problemáticas de acreditar, pues el *control* que se lleva a cabo mediante la constancia en el registro específico de parejas resulta bastante tenue (ya que la consecuencia inmediata podría limitarse a la imposibilidad transitoria para constituir una nueva relación de convivencia). En cuanto a lo primero, dispone el art. 18 de aquella Ley: *Causas de extinción*. “A los efectos de la presente ley, se considerará extinguida la pareja de hecho por las siguientes causas:

a) De común acuerdo. b) Por decisión unilateral de uno de los miembros de la pareja, comunicada fehacientemente al otro. c) Por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja. d) Por matrimonio entre los propios miembros de la pareja. e) Por matrimonio de cualquiera de los componentes de la pareja”.

En cuanto a la constancia, el art. 19: *Efectos y obligaciones derivados de la extinción*. “1.- Cuando se produzca la extinción de la pareja de hecho, ambos miembros de la pareja, o uno de ellos en los casos de decisión unilateral, deberán instar la cancelación de la inscripción en el correspondiente registro. Ninguna de las partes podrá constituir nueva relación de pareja sometida a esta ley sin la previa cancelación de la anterior. 2.- En aquellos casos en los que se encuentre plenamente acreditado el fallecimiento de uno o de los dos integrantes de la pareja de hecho o el matrimonio de uno o de ambos, podrá practicarse la cancelación de la inscripción de oficio o a instancia de parte interesada”.

<sup>102</sup> Así sucedía en el navarro, al amparo de la versión precedente de la ley 201. Aquí la duda sobre qué trascendencia tenía la sentencia de nulidad, separación, o divorcio de una pareja que otorgó testamento de hermandad antes de casarse, se había resuelto por una parte de la doctrina en el sentido afirmativo de que debía aplicarse igualmente la consecuencia prevista en la ley 201. Sin perjuicio de que la prudencia aconsejaba que, si se desease modificar el testamento, se procurase hacerlo antes de la muerte del testador. *Cfr.* CILVETI GUBÍA, *op. cit.*, pp. 278-279, quien cita la opinión de GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ. Tras la reforma operada en abril de 2019, la ley 200 resulta completamente explícita, al distinguir sendos supuestos de ineficacia: “El testamento de hermandad devendrá ineficaz en todas sus disposiciones en los supuestos siguientes: 1. Cuando hubiera sido otorgado por cónyuges, incluso con anterioridad a contraer matrimonio constituyendo o no pareja estable, por la separación legal, divorcio o nulidad del mismo. La mera interposición de la demanda judicial producirá la ineficacia salvo posterior reconciliación. 2. Cuando hubiera sido otorgado por dos personas constituidas en pareja estable, incluso con anterioridad a su constitución, por la extinción de la misma en vida de sus miembros que conste de modo fehaciente y siempre que sea por causa distinta al posterior matrimonio entre ambos, supuesto en el que, en su caso, tendría lugar la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior”.

que está aludiendo a los hijos de la pareja que pone fin a su ruptura, aunque sigue sin precisarse si ha de tratarse de hijos comunes de ambos<sup>103</sup>.

Además, hay que matizar que no es que no puedan hacerse desaparecer las disposiciones corresponsivas a favor de un hijo menor de edad o discapacitado, sino que este efecto no se producirá de manera automática (como sucede con otras disposiciones distintas) al concurrir el supuesto de hecho previsto en la norma (*las sentencias de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges o la extinción de la pareja de hecho*). Es decir, tras la ruptura de la convivencia, para revocar o modificar aquellas disposiciones habrá que hacerlo de manera directa a través del trámite notarial<sup>104</sup>.

Sí se excluyen del ámbito de la excepción (es decir, se producirá *ipso iure* la ineficacia) las disposiciones que tengan por destinatarios a hijos mayores y capaces.

## VIII. LA APERTURA DE LA SUCESIÓN DE UNO DE LOS COTESTADORES

El artículo 29 es el último que la LDCV dedica, en la Sección específica, al testamento mancomunado o de hermandad:

“Fallecimiento de uno de los testadores.

- 1.- A la muerte de uno de los testadores se abrirá su sucesión y adquirirán eficacia las disposiciones correspondientes a su ordenación.
- 2.- El notario extenderá, a quien acredite interés en dicha sucesión, copia del testamento mancomunado otorgado por el causante fallecido, excepción hecha de las disposiciones que afecten únicamente a la sucesión del otro testador”.

Este precepto podría pasar por innecesario, especialmente en cuando al contenido descriptivo que aparece en el primero de sus apartados (eso sí, de literalidad imperativa). Es evidente que la apertura de una sucesión se va a producir

---

<sup>103</sup> Pregunta tal vez impertinente, desde el punto de vista de un tratamiento ecuánime que no podría discriminarse en virtud de la mera actividad interpretadora, y porque fuese como fuese siempre cabría la posibilidad de modificar expresamente tales disposiciones por voluntad de los otorgantes que ponen fin a su convivencia.

<sup>104</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE BUTRÓN, *loc. cit.*, p. 67.

en cuanto concurra la *conditio iuris* de que muera el causante, del mismo modo que es efecto común en la sucesión unipersonal testamentaria en general: cuando muere el causante se abrirá su sucesión y se cumplirá la voluntad que haya ordenado. Sin embargo, la especialidad que justifica que se reiteren principios generales, y que merece la aclaración y la salvedad que aparecen en el segundo apartado del art. 29 LDCV, es la existencia de una sucesión mutua o plural característica del testamento mancomunado. O la necesidad de combinar los derechos de los interesados en la sucesión que se abra primero, y al mismo tiempo la cautela o reserva sobre la voluntad del otro otorgante. El resultado es que se asegura una publicidad limitada, en cuanto a los interesados que puedan acceder, únicamente, al conocimiento de la propia sucesión que deba abrirse<sup>105</sup>.

## IX. JURISPRUDENCIA

La doctrina jurisdiccional relativa al testamento mancomunado o de hermandad no resulta en realidad abundante<sup>106</sup>. Entre las resoluciones -relativamente- recientes, más significativas, pueden tenerse en cuenta las siguientes.

- SAP Guipúzcoa (2ª) de 26 octubre 2012 (JUR\2014\151457). Se discute sobre la existencia de sendos testamentos de hermandad, otorgados por los cónyuges en la equivocada creencia de que conservaban una vecindad foral navarra. En el primero de sus Fundamentos de Derecho, se describe la situación y sus consecuencias:

---

<sup>105</sup> GIL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho civil vasco, cit.*, pp. 338-339, quien cita el art. 237 del Reglamento Notarial, en el sentido de que los interesados en la sucesión del premuerto podrán obtener una copia parcial de su testamento. Cfr: ASÚA GONZÁLEZ, *et al., op. cit.*, p. 39.

<sup>106</sup> Ni siquiera lo es la jurisprudencia dictada en el ámbito del Derecho común en cuanto a la proscripción del testamento mancomunado. En el ámbito del País Vasco, debe tenerse en cuenta que (además de que el control que proporciona la intervención notarial evita situaciones equívocas, o de otorgamiento improcedente, y en consecuencia los litigios consiguientes) antes de la entrada en vigor de la LDCV, la utilización del testamento de hermandad resultaba territorialmente más limitada. Sin olvidar que, en esta Comunidad Autónoma, tal modalidad testamentaria no se ha popularizado en demasía (incluso relativamente, por contraste con lo que sucede en otras autonomías).

En buena parte de las sentencias que pueden traerse aquí habría que hacer la salvedad de que se resuelven de conformidad al Derecho aplicable antes de la vigencia de la LDCV que, como tuvo ocasión de exponer, supuso una superación del fraccionamiento precedente del Derecho vasco, que se aplicaba haciendo acepciones territoriales concretas.

“Pues bien, con relación a dicho motivo de impugnación debemos precisar que tanto las manifestaciones realizadas por Marino en el momento de otorgar testamento, como la declaración del mismo ante el Juez de Paz de Beasáin en el sentido de tener la vecindad civil navarra y de querer conservar la misma, no pueden tener el efecto que les confiere la parte recurrente, habida cuenta que en aquel momento ninguno de los causantes Sr. Marino y Sra. Estefanía ostentaban la vecindad navarra ya que, como consecuencia de la residencia continuada en territorio de derecho común, habían perdido la citada vecindad.

En efecto, en el presente supuesto no puede mantenerse una vecindad civil amparada en el lugar de nacimiento o en la voluntad de los causantes manifestada en testamento cuando existen documentos públicos y privados que acreditan que el lugar de residencia habitual de los mismos durante más de diez años fue Beasáin (territorio común) y en consecuencia al tiempo de realizar la declaración de voluntad a la que se remite la parte apelante para defender su tesis, en el sentido de expresar el deseo de conservar la vecindad civil navarra, ya había perdido la misma, no habiéndose acreditado la residencia continuada durante más de diez años en territorio navarro”.

- SAP Guipúzcoa (2ª) de 11 mayo 2010 (JUR 2014\176154). Aunque forma parte de la cuestión debatida en la instancia la validez de un testamento de hermandad (otorgado con arreglo a fuero navarro, sin que se ostentase la vecindad correspondiente), el tribunal de apelación no cuestiona este extremo al tratarse de un hecho asumido por ambas partes en sus respectivas pretensiones:

“1.- En cuanto a los pronunciamientos que sobre la vecindad civil del difunto y sobre la de la recurrente se efectúan en la sentencia, los mismos quedaron excluidos de declaración judicial por previa decisión de las partes en virtud del principio dispositivo, en el acto de la audiencia previa en el que ambas partes interesaron la declaración de nulidad del testamento de hermandad al carecer el difunto en ese momento de vecindad civil foral especial” (Fundamento Jurídico primero).

“se planteó demanda en la que ejercitaba acción de nulidad de testamento abierto de hermandad otorgado por el Sr. Milagrosa junto con su esposa por infringir la prohibición de testar dos personas mancomunadamente o en su mismo instrumento y la de privar a los herederos de su legítima por entender que la sujeción al Derecho Civil común o al foral se determina

por la vecindad civil que se adquiere, entre otras formas, por residencia continuada durante dos años manifestando ser ésa la voluntad del interesado y que en el caso que nos ocupa el Sr. Milagrosa nunca adquirió dicha condición civil navarra por no haber residido continuadamente y de forma real en Falces (Navarra) desde el 29/01/98 hasta el 12/05/00, por lo que al ser nulo dicho testamento otorgado bajo el fuero navarro, carece de efecto revocatorio del anterior y en consecuencia solicita igualmente la nulidad de la escritura de liquidación de sociedad de gananciales, aceptación y liquidación de herencia otorgada a consecuencia de dicho testamento por la Sra. María Purificación el 13/06/09"... "La sentencia ahora recurrida señala que existiendo conformidad entre las partes sobre la nulidad del testamento de hermandad otorgado el 17/03/98 por no ostentar el causante en aquella fecha la vecindad foral navarra, no procede mayor argumentación jurídica al respecto para acoger tal petición, centrando la controversia sobre la nulidad de la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, aceptación y división de herencia, efectuándose seguidamente una serie de consideraciones en cuanto a la posibilidad de que el Sr. Milagrosa pudiera optar por la vecindad civil navarra de su esposa" (Fundamento Jurídico segundo).

El Tribunal no entra a revisar cuestiones no discutidas por las partes recurrentes, pero sí toma en cuenta la falta de validez del testamento de hermandad otorgado sin una vecindad que lo permita, al entender que tampoco pueden subsistir de manera independiente determinados actos jurídicos que traen causa de aquel:

"Por otra parte, debemos insistir en el hecho de que la parte demandada se quietó con la declaración de nulidad del testamento abierto de hermandad lo cual conlleva inexorablemente la nulidad de aquellos actos posteriores que traen causa de aquél, sin que la parte recurrente indique de manera expresa qué concreta norma o precepto del derecho foral navarro permite la pervivencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicación y partición de herencia practicada a pesar de no contar con un testamento válido y perfecto otorgado bajo dicha legislación y no tan solo el hecho de contar con dicha vecindad en el momento del fallecimiento, debiendo indicar por último que, la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, aceptación y división de herencia cuya nulidad se insta, comprende, tal y como se ha expuesto, tres actos diferentes, siendo evidente, por las razones explicitadas, que los actos de aceptación y división de herencia son nulos por devenir nulo el testamento abierto de hermandad y si bien no que se ha aportado a la causa la escritura señalada, a fin de conocer el régimen

jurídico vigente en el matrimonio, la nulidad de dichos dos actos conlleva la nulidad de la escritura en su totalidad, ello sin perjuicio de poder instar la liquidación de la sociedad de gananciales según la legislación que corresponda, siendo por todo lo expuesto por lo que el presente motivo de apelación debe ser desestimado” (Fundamento Jurídico cuarto).

- SAP de Guipúzcoa (3ª), de 10 junio 2011 (JUR 2014\178140). Cabe advertir que -en virtud del concepto propio de testamento mancomunado que se afirma de manera pacífica- resulta cuestionable cierto razonamiento contenido en esta resolución. Se discute la validez como testamento mancomunado de los que en el causídico tienen carácter ológrafo.

“En el presente supuesto la oposición se funda sustancialmente en primer lugar en la nulidad del testamento ológrafo, que constituye la base de la pretensión articulada en la demanda y el tratamiento que a la misma confiere el art 408-2 de la L.E.Civil en orden a tramitarse como una reconvencción si lo solicita el actor.

Y en cuanto al motivo de nulidad que se articula gravita en que el mismo, el testamento ológrafo, carece de los requisitos del mismo al hallarnos ante un testamento mancomunado. ...Establecida la validez intrínseca del testamento en cuanto es de puño y letra del testador y habiendo quedado a salvo los derechos de los interesados para impugnarlo, ello se efectúa en la contestación en base a la infracción del art 669 del C.Civil”.

“En el art 669 del C. Civil se prohíbe el testamento mancomunado, preceptuando que no podrán testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero. / El testamento mancomunado no está admitido en el C. Civil, aunque sí en algunos derechos propios como Cataluña, Aragón y Navarra y se produce cuando dos personas testan en común en un sólo documento público o en documento privado (T.S. sentencia de 8 de octubre de 2.010). / El testamento mancomunado es aquel que contiene en un sólo acto o instrumento las declaraciones de voluntad de dos personas, caracterizado por su unidad instrumental, no por su contenido. / En el supuesto de autos se halla escrito por el Sr. José Francisco, pero se hace mención expresa ‘estas son nuestras últimas voluntades’, posteriormente se señala también ‘es nuestra voluntad que no se publiquen esquelas’ etc y se halla firmado por los dos. / Por lo que nos hallamos, en esencia, ante un testamento mancomunado con las respectivas declaraciones de voluntad de dos

personas, ya que una de las características esenciales del testamento es la unilateralidad, art 667 del C. Civil, es un acto personalísimo, art. 670 del C. Civil, no cabe que sea otorgado por más de una persona, por lo que la prohibición se extiende a la posibilidad de que dos o más personas otorguen en un sólo testamento la disposición de sus bienes. / En consecuencia, el citado testamento ológrafo al integrar un testamento mancomunado no era válido *ab initio*, era nulo de pleno derecho sin virtualidad alguna para revocar el anterior que resulta vigente, por lo que debe estimarse el recurso de apelación” (Fundamento de Derecho cuarto).

- SAP de Guipúzcoa (3ª), de 9 febrero 2012 (JUR 2014\146772). En el segundo de sus Fundamentos Jurídicos, hace referencia a la equiparación de la pareja de hecho a la casada a ciertos efectos (como el otorgamiento de testamento mancomunado), así como al carácter constitutivo de la inscripción en el registro especial de la Ley reguladora de Parejas de hecho de 7 de Mayo de 2003 del País Vasco. Es concordante con SAP de Guipúzcoa (3ª), de 28 enero 2013 (JUR 2014\156773), que alude al testamento mancomunado en el cuarto de sus Fundamentos de Derecho.

## X. BIBLIOGRAFÍA

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., “El reglamento UE nº 650/2012 y la ordenación de la sucesión ‘Mortis Causa’ de los españoles de vecindad civil común mediante testamento mancomunado: breves notas sobre el tema”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 31/2013, pp. 315-328.

ARTERO DE FELIPE, J. L., “Naturaleza y forma del testamento mancomunado aragonés (resumen)”, *Anuario 2002-2003-2004*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2008, pp. 421-448.

ASUA GONZÁLEZ, C. I., GALICIA AIZPURUA, G., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J. J., IMAZ ZUBIAUR, L., *Estudio sobre Derecho sucesorio vasco. Bases para un nuevo régimen*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. y R. M., LATORRE GUTIÉRREZ DE BAROJA, E., MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Comentario arts. 89 a 118 de la Compilación de Aragón”, tomo XXXIV, vol. 1., en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, Madrid, 1987.

BARRUETABEÑA ZENEKORTA, M., *El testamento mancomunado o de hermandad en el derecho civil del país vasco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., “Testamento mancomunado”, en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (dir.), *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón*, ed. Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, 2015.

BUSTO LAGO, J. M. (dir.), ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Curso de Derecho Civil de Galicia*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 376-393.

CAÑIZARES LASO, A., “Artículo 669. Prohibición de testamento mancomunado”, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. *et al.* (Dir.), *Código civil comentado*, Vol. II (arts. 609-1087 CC), 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 290-293.

CASTELLANOS RUIZ, E., “Artículo 733. Testamento mancomunado realizado en el extranjero”, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. *et al.* (Dir.), *Código civil comentado*, Vol. II, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 531-570.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil”, *Revista jurídica del notariado*, 39/2001, pp. 35-53.

BUSTO LAGO, J. M. (dir.), *Curso de Derecho Civil de Galicia*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 376-393.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, *Derecho de sucesiones: presente y futuro: XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 13-172.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> A., “*Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*”, Dykinson, Madrid, 2005.

ELICEGUI MENDIZÁBAL, L., “El fenómeno sucesorio en Gipuzkoa: una perspectiva de futuro”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Vitoria, 2016, pp. 365-383.

ENCISO SÁNCHEZ, J. M., “El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que desean instituirse herederos el uno al otro”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2/1996, pp. 113-128

FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. J.,

- *Manual práctico de Derecho civil vasco*, Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 2014.



- “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”, *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, URRUTIA BADIOLA, A. (dir./coord.), Academia Vasca de Derecho, Bilbao, 2016, pp. 68 ss.

FONT I SEGURA, A., “Los pactos sucesorios en el reglamento sucesorio europeo: dos cuestiones relevantes”, en GINEBRA MOLINS, M<sup>a</sup> E. y TARBAL BOSCH, J. (coord.), *El reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegi Notarial de Catalunya=Marcial Pons, Barcelona, 2016, pp. 161-192.

FONTANELLAS I MORELL, J. M<sup>a</sup>, “El testamento mancomunado en el reglamento 650/2012 relativo a las sucesiones por causa de muerte”, FORNER I DELAYGUA, J. J., et. al. (coord.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 405-416.

GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., “Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ALBALADEJO (coord.), EDERSA, Vol. 37, Tomo 1, 1998, págs. 509 ss.

GARCÍA VICENTE, Fernando, “comentario a los arts. 94 a 98”, en LACRUZ y DELGADO (dir.), *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. 3º, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2002, pp. 166-260.

GARCÍA VICENTE, J. R., “El testamento mancomunado. Razones para la derogación del Artículo 669 del Código Civil”, *Derecho de sucesiones: presente y futuro. XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 289-298.

GALICIA AIZPURUA, G., “El Reglamento europeo de sucesiones y el carácter plurilegislativo del ordenamiento civil español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 523-542.

GIL RODRÍGUEZ, J.

- “El testamento mancomunado vasco, en perspectiva de unificación”, en BLASCO GASÓ, F. DE P., et al. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, tomo I, Valencia, 2011, pp. 1209-1237.

- Prólogo a BARRUETABEÑA ZENEKORTA, M., *El testamento mancomunado o de hermandad en el derecho civil del país vasco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

GIL RODRÍGUEZ, J. (dir.), GALICIA AIZPURUA, G. (coord.), *Manual de Derecho civil vasco*, Atelier, Barcelona, 2016.

Grupo de Estudio de Derecho Civil Foral del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, “Notas, reflexiones y propuestas al anteproyecto de la ley civil vasca”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, 21/2011, pp. 53-70.

HEREDIA CERVANTES, I., “El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones”, *Diario La Ley*, 7933, Sección Tribuna, 28 de Septiembre de 2012.

HUALDE MANSO, M<sup>a</sup> T y NANCLARES VALLE, J., “Testamento de hermandad, testamento ante párroco y testamento ante testigos en Navarra”, GETE-ALONSO CALERA, M<sup>a</sup> C. (dir.), SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra*, Vol. 1, 2011, pp. 531-570.

LÓPEZ-SUÁREZ, M. A.

- “El testamento mancomunado o de hermandad otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil”, *Conflictos de leyes en el desarrollo del derecho civil vasco: jornadas de estudio*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 441-459.

- “El testamento mancomunado ante la reforma de la ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia”, *Foro galego: revista xurídica*, 191/2003, pp. 396-417.

- *El testamento mancomunado en la Ley de derecho civil de Galicia*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

MARTÍNEZ DE BUTRÓN MARTÍNEZ, M., “Sección tercera. De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad (Artículos 24 a 29)”, *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, URRUTIA BADIOLA, A. (dir./coord.), Academia Vasca de Derecho, Bilbao, 2016, pp. 53-68.

MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Aragón y su Derecho*, Guara, Zaragoza, 1978, (pp. 115 ss., testamento mancomunado).

MERINO HERNÁNDEZ, J. L., MATA RIVAS, F., POZUELO ANTONI, F. de A., MURILLO GARCÍA-ATANCE, M., GIL NOGUERAS, L. LATORRE GUTIÉRREZ DE BAROJA, E., “Comentario arts. 1 a 148 de la Ley de Sucesiones Aragonesa”, tomo XXXIV, vol. 1., en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, Madrid, 2002.

MERINO HERNÁNDEZ, J. L. (coord.), MATA RIVAS, F., POZUELO ANTONI, F. de A., MURILLO GARCÍA-ATANCE, M., GIL NOGUERAS, L. LATORRE GUTIÉRREZ DE BAROJA, E., ESCUDERO RANERA, P. ARTERO DE FELIPE, J. L., *Manual de Derecho sucesorio aragonés*, Sonlibros, Zaragoza, 2006.

MERINO HERNÁNDEZ, J. L. (coord.), MATA RIVAS, F., GIL NOGUERAS, L., *Derecho foral de Aragón*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011; se ocupan de la sucesión testamentaria en pp. 3200 ss.

POU AMPUERO, F., “Ineficacia sobrevenida del testamento de hermandad”, *Revista jurídica del notariado*, 67/2008, pp. 495-516.

RENTERÍA AROCENA, A., “La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, y el Reglamento UE 650/2012, de 4 de julio: los conflictos de leyes y el certificado sucesorio”, en VVAA, *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Eusko Legebiltzarra / Parlamento Vasco, Vitoria, 2016, pp. 187-236.

RIPOLL SOLER, A., “La *professio iuris*: pieza angular del sistema sucesorio europeo”, *Revista de Derecho civil*, vol. 3, nº 2, 2016, pp. 23-64.

SABATER BAYLE, E. y CILVETI GUBÍA, B., *Derecho civil navarro. Tomo II, Familia, donaciones y sucesión mortis causa (con jurisprudencia)*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 276-296.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A. y TRIGO GARCÍA, M<sup>a</sup> B., “Testamento mancomunado aragonés y otras formas testamentarias en Galicia”, GETE-ALONSO CALERA, M<sup>a</sup> C. (dir.), SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra*, Vol. 1, 2011, pp. 471-530.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., “El testamento mancomunado aragonés”, *Revista de derecho civil aragonés*, 18/2012, pp. 121-162.

TAPIA PARREÑO, J. J., “El fenómeno sucesorio en Araba”, *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Vitoria, 2016, pp. 342-364.

TORRALBA MENDIOLA, E. C., “Comentario STS de 8 de octubre de 2010: Testamento mancomunado. Orden público”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 86/2011, pp. 1225-1236.

URRUTIA BADIOLA, A. M.

- *Diccionario terminológico de Derecho Civil Foral Vasco*, Academia Vasca de Derecho, *Lanbideak Bilduma*, 4/2014.

- “Un nuevo espacio jurídico para el País Vasco”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 64/2015, pp. 54-57.

- “La sucesión mortis causa en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, en Derecho civil vasco y los testamentos en particular”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Vitoria, 2016, pp. 304-341.

VERDERA IZQUIERDO, B., “Reflexiones sobre la prohibición del testamento mancomunado en el Código”, *RJIB. Revista jurídica de les Illes Balears*, 8/2010, pp. 43-70.

VVAA, *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Eusko Legebiltzarra / Parlamento Vasco, Vitoria, 2016.

ZABALO ESCUDERO, M<sup>a</sup> E., “El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés”, *Revista General de Derecho*, vol. 1, 1989, pp. 6351-6370.

## **DISCURSO DE CONTESTACIÓN**

A cargo del

Excmo. Sr. Dr. D. Francisco Mata Rivas

Con la venia del Excmo. Sr. Presidente, para agradecer el alto honor que se me hace y la confianza mostrada al haberme designado para contestar, en nombre de tan ilustre y querida Corporación, al Discurso de ingreso del Excmo. Sr. Dr. D. Isaac Tena Piazuelo,

Todo discurso de contestación al de ingreso de un académico es tradicional que conste de dos partes, bien diferenciadas, según la tradición académica. La primera de ellas consistente en facilitar una nota biográfica, también llamada “*laudatio*” del recipiendario, para en segundo lugar, hacer un comentario sobre el discurso pronunciado por este.

De acuerdo con este orden voy a ocuparme seguidamente de la biografía de D. Isaac Tena Piazuelo.

### **I. EL RECIPIENDARIO**

El hoy Académico recipiendario el profesor doctor Tena Piazuelo, nació en Caspe en 1960, en el Bajo Aragón, dónde vivía su familia, es hijo del que fuera director de banca del desaparecido Banco Hispano Americano, don Isaac Tena y de sus esposa doña Francisca Piazuelo. Comenzó sus estudios primarios en el Colegio de Santa Ana, en “las Anas” Continuando posteriormente las llamadas entonces Escuelas Nacionales.

Las exigencias profesionales de su padre determinaron un primer traslado de domicilio a la localidad de Alcorisa provincia de Teruel una población de pequeñas dimensiones muy marcada por las actividades mineras en las zonas próximas, allí tuvo oportunidad de conocer el Aragón rural en un momento en el que se

compraba directamente el pan en el horno en que se producía y el agua potable había que buscarla en la fuente pública tanto en verano como en los crudos días de invierno.

Para el pre-adolescente Isaac Tena el descubrimiento de la Biblioteca Municipal, fue su lugar ideal en que pasar la mayor parte del tiempo cuando no podía corretear ni tenía que atender sus obligaciones de estudiante, ello ocasionó y provocó su gran afición por las lecturas más diversas disponibles en la biblioteca. En ese mundo rural que le rodeaba tuvo la oportunidad de descubrir las desigualdades sociales en un momento histórico en el que las mismas eran patentes, y la pobreza todavía se evidenciaba en muchos de nuestros perdidos pueblo del Bajo Aragón, marcados por la emigración, hasta la llegada del desarrollismo.

En la década de los setenta un nuevo traslado profesional de su padre ocasionó un traslado ya fuera de los límites de Aragón, a la ciudad navarra de Estella. Donde se encontró con un contexto social y cultural muy distinto, allí llegó a la adolescencia y transcurrieron cinco años de su vida. Destacó entre sus compañeros en ese lustro por sus magníficos resultados académicos, en las aulas del Colegio Diocesano “Nuestra Señora del Puy” que le ofreció oportunidades de desarrollo y crecimiento cultural y humano, conocimiento de otras realidades como la “Ikastola” recién inaugurada en aquél entonces en un aula situada en el frontón municipal, y al que acudía alguno de sus hermanos. Todo ello se unía a la inevitable inquietud y preocupación por el fenómeno del terrorismo, en los años setenta, y sus consecuencias sociales.

Al final de los setenta la familia se traslada de nuevo, esta vez volviendo a Aragón, a la dinámica, ganadera e industrial localidad oscense de Binéfar, coincidiendo con las primeras elecciones democráticas y la que podemos llamar “primavera política”, que tanto ilusionó y motivó a los jóvenes estudiantes, creando grandes expectativas en ello ante la loable transición política.

Fue en Binéfar (Huesca) en su Instituto Nacional de Bachillerato, donde terminó el bachillerato y descubrió su incipiente vocación jurídica, de la que por cierto me culpa a mí el ingresando por la influencia que según él tuvo en ello. Y es que fue en esos años y en mi pueblo natal cuando tuve la oportunidad de conocer y disfrutar de su entrañable amistad y poder compartir con él aficiones comunes como el montañismo, el senderismo en nuestros Pirineos y la pesca de truchas en los ríos altoaragoneses. Amistad que ni el paso del tiempo, cuarenta años han transcurrido, ni la distancia de mis seis años residiendo en Roma han conseguido aminorar.

El último desplazamiento de la familia fue a Zaragoza, en cuyo Instituto Goya cursó los estudios de Orientación Universitaria (COU) representó para él

una etapa decisiva de su vida, su decisión de estudiar “letras”, en lugar de “ciencias” y tuvo la suerte de conocer a magníficos profesores y a la excelencia académica consecuencia del prestigio indiscutible de su profesorado, en asignaturas como latín, Lengua y literatura, filosofía, historia contemporánea, historia del arte, por ejemplo.

Tras superar la Selectividad se inaugura su etapa de universitario que aún hoy continúa, ya no como alumno sino como profesor y catedrático.

Su llegada e ingreso en la histórica Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, se produjo en 1979, recién publicada la Constitución, era en aquel momento como si la facultad esperase con ganas una nueva riada de estudiantes, pues la sucesión del viejo bachillerato por el nuevo BUP había dejado un curso en barbecho y alcanzan la formación universitaria las vanguardias de lo que se llamó “baby-boom”. Probablemente el comienzo de la masificación universitaria, los alumnos de Derecho se reparten en sendos grupos en secuencia alfabética, tan numerosos que tienen que acomodarse en las grandes aulas del edificio “Interfacultades” del campus de la Plaza de San Francisco. Terminando su Licenciatura en 1984.

En cuanto a sus preferencias por las diversas ramas del Derecho fueron las materias de Derecho Privado las que le atrajeron más, comenzando por el Derecho romano, explicado por el inolvidable Dr. Murga Gener y sus ayudantes de cátedra.

Fue en este periodo de su vida, de sus primeros años en la Universidad zaragozana cuando tuvo lugar el hecho para él providencial de conocer a la que luego sería y sigue siendo su esposa y madre de sus hijos.

Al profesor Tena le tocó vivir, en primera persona, como docente las exigencias de los planes de estudios del 1953, del 2000 y del 2010 pero su ocupación docente no ha consistido solamente en explicar derecho, sino también en la preocupación de cómo hacerlo. En este contexto resulta significativa su participación activa en la adaptación al denominado “Proceso de Bolonia” como miembro del Decanato de la Facultad, organizando y participando en reuniones, congresos, jornadas de formación, etc., o aceptando el nombramiento, como Delegado del Rector, en el Proyecto de Diseño del Plan de Estudios de Derecho y del Título de Grado.

En junio de 1996, obtuvo su Doctorado con su Tesis titulada “El concepto de sociedad civil irregular en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1960-1994)”, obteniendo la calificación de Apto Cum Laude por unanimidad del Tribunal. Siendo su Director, el eminente Catedrático Profesor Dr. D. Gabriel García Cantero.

En el curso 1999/2000 obtuvo mediante concurso oposición, su plaza de Profesor Titular de la Universidad de Zaragoza, comenzando a asumir docencia en postgrado y ofreciendo cursos de Doctorado en programas relacionados con sus ámbitos de investigación.

Ha dirigido varias tesis doctorales y numerosos proyectos de fin de carrera, y sus líneas de investigación emprendidas le han permitido impartir y participar en Cursos de Doctorado, Másteres, etc., tanto dentro de nuestro país como en facultades francesas, o Iberoamericanas

(Argentina, Uruguay, Chile, Perú, Venezuela y Colombia).

En el año 2013 obtuvo la acreditación ANECA, como Catedrático de Derecho Civil, en un momento en que las circunstancias económicas y las medidas restrictivas adoptadas por el Gobierno de la Nación vetaban a las universidades la posibilidad de convocar las correspondientes oposiciones.

En 2018 ganó, por concurso oposición, plaza en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, donde sigue desempeñando su actividad docente e investigadora.

Es al mismo tiempo, extensa y apretada la biografía de nuestro nuevo compañero, no porque sean muchos sus años, sino porque han sido múltiples e incesantes sus actividades en diversos campos, como he dicho.

De entrada debo decir que me parece meritorio y no intrascendente el hecho de que el nuevo Académico de Número, que hoy recibimos con gozo en esta ilustre Corporación el Profesor Tena Piazuelo, haya elegido una institución jurídica del Derecho Foral Vasco, como es *“La Sucesión por Testamento Mancomunado o de Hermandad en el Derecho Civil Vasco”* para abordarlo en su Discurso de ingreso solemne.

He calificado de meritorio este hecho, pues hay que reconocerle su originalidad pues es lo cierto que en la trentena de Discursos de ingreso de nuevos Académicos que se han pronunciado en esta Academia desde su refundación por el Real Decreto 2191/1995, de 28 de diciembre de 1995, en estos veinticuatro años, es la primera vez que se presenta un tema de discurso sobre una institución de Derecho civil vasco y que ha sufrido un gran desarrollo legislativo en la Ley vasca Ley 5/2015, de 25 de junio.

He afirmado también que no me parece intrascendente, pues denota y acredita en el nuevo Académico una amplia e intensa voluntad y vocación jurídica no sólo docente sino también investigadora y práctica del Derecho vivo, lo que el nuevo Académico denomina “curiosidad” que no se conforma con el estudio



del Derecho privado de nuestro territorio aragonés, sino que sus horizontes son mucho más amplios como da buena muestra de ello, por otra parte ha tenido la oportunidad de poder añadir a esos campos de trabajo: docencia, investigación y gestión académica, un tercero tan rico como los primeros y desde luego complementario, me refiero a la práctica jurídica como Juez sustituto (durante siete años judiciales), otros en la Junta Arbitral Municipal de Consumo de la ciudad de Zaragoza, y (durante tres años judiciales más), como Magistrado suplente de la Excma. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sala Civil y Penal).

Así puede decirse que el Recipiendario ha cultivado desde cuestiones típicas del Derecho Civil, como otras muy novedosas en su momento a medida que iban surgiendo, tales como la mediación familiar y otros medios de solución de conflictos, la legislación autonómica de protección de menores o la cuestión de la custodia compartida sobre los hijos, o la sociedad civil irregular.

Toda esa intensa actividad jurídica ha quedado plasmada y reflejada en una amplia y rica producción jurídica, bibliográfica no sólo en el territorio nacional sino, también allende los mares, en países como México, Uruguay, Perú y Colombia

Baste señalar que en cuanto a escritos suyos de naturaleza doctrinal, ha publicado más de 40 artículos científicos en importantes y diversas revistas españolas y extranjeras; ha participado también en más de 40 obras colectivas publicadas, y 11 libros o monografías científicas. Dado el escaso tiempo de que disponemos resulta imposible en este momento nombrar todos los títulos de sus libros y de las obras colectivas en las que ha participado con capítulos de las mismas.

El profesor Isaac Tena llega a nuestra Academia con una larga ejecutoria de merecimientos alcanzados mediante la perseverancia en el trabajo al que se ha entregado por entero, sin decaimientos ni intermitencias, siguiendo la línea recta de su constante y tenaz esfuerzo y también la rectitud moral del criterio que ha inspirado siempre su conducta, los fines propuestos y sus realizaciones, siendo indiscutibles los valores de su personalidad y de su propia obra científica.

Este largo y apretado curriculum corresponde a la intensa actividad de una persona en la que ha calado profundamente la afición a los temas jurídicos desde muy joven, lo que le acredita como jurista de renombre y que debe tenerse en cuenta en nuestro ámbito, pero antes de darle la bienvenida a esta Institución Académica, examinemos brevemente el contenido de su discurso.

## II. EL DISCURSO

Del brillante discurso que acabamos de oír sobre el testamento mancomunado o de hermandad vasco podemos destacar varios aspectos, por un lado el nuevo Académico ha realizado un estudio sistemático de una institución de derecho sucesorio vasco, que ya existía y estaba regulada en unas determinadas zonas o áreas de su territorio, pero no en todas; por otro lado tiene aspectos propios de un estudio de derecho comparado, poniendo dicha institución de ordenación voluntaria de la sucesión, principalmente en relación con la similar del Derecho civil foral de Aragón, a la vez que ha tendido “puentes” con otros derechos forales, como el navarro y el gallego, y todos ellos frente al Derecho civil común, en el que se prohíbe expresamente esta forma testamentaria (cfr. arts. 669 y 733 del CC).

El objeto de su estudio es fundamentalmente la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Foral del País Vasco (LDCV), y sus precedentes anteriores, tanto la Compilación de Derecho Civil Foral de Vicaya y Álava, Ley 3/1959, de 30 de julio, que ignoró el testamento de hermandad, como la Ley vasca 3/1992, de 1 de julio, que lo reguló para Bizkaia y los municipios de Llodio y Aramaio, finalmente la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, que fue la norma que redactada por jurista vascos y aprobada por el órgano legislativo vasco después del Fuero de Bizkaia, de 1526, reguló testamento de hermandad, en el Derecho civil vasco.

En cuanto a la estructura del discurso, brevemente reseñar que tras una exposición del contexto normativo, en la primera parte del mismo, comprende desde la prohibición expresa del testamento mancomunado en el Código civil español (cfr. arts. 669 y 733 CC); la previsión del mismo en la Ley del Derecho civil vasco, con expresión de los antecedentes a la regulación actual, anteriormente regulado sólo para el territorio de Bizkaia, arts. 49 a 52 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco; su regulación en otras Comunidades Autónomas, tal es el caso de Galicia, Navarra y Aragón, y termina esta primera parte analizando la utilidad práctica y la teórica del otorgamiento mancomunado de la voluntad testamentaria. Entre dichas diversas regulaciones autonómicas existen más similitudes que diferencias, coincidiendo en lo fundamental.

El segundo bloque del discurso lo ha dedicado a estudiar el concepto y caracteres del testamento mancomunado o de hermandad vasco, como modelo alternativo al testamento unipersonal, destacando acertadamente que el mancomunado tampoco significa necesariamente que todo el contenido testamentado otorgado conjuntamente responda a una voluntad unitaria, con cláusulas corresponsivas tan sólo.

En el tercer capítulo aborda la cuestión de los sujetos otorgantes del testamento mancomunado y la capacidad para hacerlo, resaltando como en su anterior

regulación la Ley vasca 3/1992, limitaba este testamento a los cónyuges, como ocurría en el Derecho civil foral aragonés anterior a la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, arts. 102.1, de donde ha pasado al Código del Derecho Foral de Aragón, de 2011, por lo que ahora ya no es necesario que lo sean, ni que ostenten parentesco alguno sino que cualesquiera personas podrán escoger esta forma de disponer de sus bienes, tengan o no entre sí algún género de relación previa.

En cuanto a la capacidad exige la Ley vasca que ambos testadores estén emancipados, no bastando la capacidad general para testar que el Código civil reconoce a partir de los catorce años (cfr. art. 663 CC).

Seguidamente estudia las formas admitidas para otorgar testamento mancomunado, siendo la única el testamento notarial abierto.

A continuación entra en la consideración de una de las novedades más destacables del Derecho civil vasco, como es la trascendencia otorgada a la vecindad civil como criterio de conexión determinante de la aplicabilidad de su ordenamiento, podrán por lo tanto otorgarlo quienes ostenten la vecindad vasca, dentro o fuera del territorio de la Comunidad Autónoma Vasca, sean ambos vascos o sólo uno de ellos si la otra persona ostenta la vecindad civil gallega, navarra o aragonesa, y en la forma notarial abierto, no ológrafo, ni testamento cerrado.

Trata ampliamente el contenido del testamento mancomunado, modalidad que no supone una restricción de la voluntad de ordenar la sucesión, como pudiera pensarse, sino que queda garantizada la libertad de testar, así cabe concluirlo del contenido del art. 25 LDCV., y ello aunque la correspectividad constituya el núcleo de la institución.

La revocación o su modificación presenta limitaciones cuando se trata de un testamento con disposiciones correspectivas, y se ha producido la muerte de uno de los cotestadores.

Nota el Profesor Tena, con razón, la insuficiencia de regulación en la norma vasca del último apartado del art. 28, LDCV, en cuanto a la salvedad prevista para los casos de disposiciones a favor de un hijo menor de edad o discapacitado al no precisar la norma si se trata de hijos comunes de la pareja, o tan sólo de uno de ellos.

Su trabajo riguroso y brillante lo culmina con una utilísima selección de jurisprudencia vasca reciente atinente a la institución que nos ha presentado, así como la relación bibliográfica que ha tenido en cuenta y buena muestra de su base científica y doctrinal.

Me congratula que en el discurso recién pronunciado, no se haya limitado a analizar las posibles ventajas de esta forma testamentaria y haya abordado tam-

bién, aunque brevemente, cuales puedan ser sus desventajas, que tengo para mí que también las tiene y no pocas, según en que circunstancias se encuentren los sujetos testadores, sobre todo en la actualidad en la que el vínculo matrimonial ha alcanzado grandes grados de volatilidad, y hay mucho empeño, por parte de determinadas ideologías, en que el matrimonio deje de ser la base del Derecho de familia, y no es menor lo que ocurre con las parejas estables no casadas, lo que considero una menor utilidad de la que tenía en décadas anterior.

En este sentido resulta muy significativo lo que opinan los notarios vascos sobre la escasa utilización de esta forma de testamento conjunto en vascongadas. Hasta el punto que el que fuera Decano del Colegio Notarial del País Vasco, Martínez de Butron, afirmaba que la regulación ha sido un fracaso total, siendo evidente que se ha utilizado más papel para estudiar sobre él que para formalizar testamentos mancomunados, algo muy diferente de lo que sucede en Aragón.

La nueva norma legal vasca 5/2015, objeto principal de estudio del discurso, está dictada dentro del marco competencial que el Estatuto de Autonomía del País vasco vigente, en su art. 10, apartado 5, reconoce y atribuye como “competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, para “la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los territorios históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia”. Así esta norma, como se ha dicho, extiende, hace extensiva la regulación de esta forma de ordenación sucesoria voluntaria, a determinados territorios del País Vasco que no tenían Derecho Civil Foral propio.

Ciertamente que esta tendencia expansiva del Derecho Civil Foral vasco, no ha sido única y exclusiva de la nueva norma, la Ley 5/2015, toda vez que ya la Ley vasca 3/1999, de 29 de noviembre, de modificación y ampliación de la anterior Ley 3/1992, de 1 de julio (aprobada siete años antes por el Parlamento Vasco) hizo equivalente en el Derecho Guipuzcoano, a lo que suponía el texto legal de 1992, en los otros dos territorios.

En cuanto a la relación de la propia Ley vasca 5/2015, que ahora nos ocupa, con el Código Civil español, establece expresamente aquella que el Código Civil español no sólo tiene un carácter supletorio de dicha norma vasca, sino que además el propio Texto Foral debe ser interpretado junto al Código Civil español.

Cohonestando con ello, el legislador vasco, en su Exposición de Motivos (EM/I) expresamente afirma y reconoce que su Derecho mantiene como fondo esencial el Derecho castellano y europeo.

No ha sido objeto del discurso todo el alcance normativo de la Ley vasca 5/2015, de 25 de junio, sino tan sólo la regulación que realiza de la sucesión por

testamento mancomunado o de hermandad en sus artículos 24 a 29, dentro del marco de la sucesión testada y acaso, en lo menester, los preceptos que como Disposiciones generales integran la Sección primera, del Capítulo I, de la Sucesión testada, y la interpretación y conclusiones que dicha norma merecen por parte del nuevo Académico.

Algunos interrogantes y dudas pueden sugerirnos su actual regulación, partiendo de la base de que conforme a lo que permite el art. 24 de esta Ley, en su apartado 1, se considera mancomunado el testamento siempre que dos personas, tengan o no relación de convivencia o parentesco, dispongan en su solo instrumento y para después de su muerte de todos o partes de sus bienes, y que según lo dispuesto en el art. 28 (CDCV), regulador, bajo su epígrafe de “*Revocación o modificación a la muerte del cotestador*”, en su apartado 3, determina los efectos que las sentencias de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges o la extinción de la pareja de hecho en vida de los miembros de la misma, dejarán sin efecto todas sus excepciones, excepto aquellas correspondientes a favor de un hijo menor de edad o discapacitado.

La norma transcrita, respecto a los supuestos de hecho y de derecho que contempla nos parece clara y no nos sugiere dudas de interpretación, ahora bien encuentro a faltar la previsión legal de qué sucederá ante un supuesto de que uno de los cotestadores sea condenado, por sentencia firme, y en fecha posterior al fallecimiento de uno de ellos, por la comisión de un delito contra el cotestador fallecido, si las disposiciones del testamento mancomunado quedarán todas sin efecto, o por el contrario tan sólo aquellas disposiciones que sean correspondientes por incurrir en indignidad para suceder, pero y ¿el resto de disposiciones en favor de terceros mantendrían su validez y eficacia respecto de los supuestos que no contempla el apartado 4 del art. 25 (LDCV)?

Las normas de los arts. 756 y 757 del CC que regulan la incapacidad para suceder por causa de indignidad, entiendo que tampoco nos da solución al respecto, en lo referente a la pérdida o no de validez de aquellas disposiciones otorgadas en testamento mancomunado que sean en favor de terceros, que no es el supuesto de concesión de liberalidades mutuas. ¿Podemos concluir que estamos ante un vacío legal, y por aplicación del principio general de “*favor testamenti*” deberían conservar su validez las disposiciones en favor de terceros y ello aunque las demás disposiciones testamentarias pierdan su validez?

Por lo que se refiere a las disposiciones correspondientes las prevé el apartado 4, del art. 25 LDCV disponiendo su nulidad cuando se produzca la ineficacia o anulación de una disposición testamentaria mancomunada.

Efectivamente como afirma el nuevo Académico en su discurso, se ha producido la unificación normativa de lo que hasta la nueva Ley vasca 5/2015, aparecía como un modelo normativo separado o especializado por razón del territorio, de tal modo que el Libro I contenía el Fuero Civil de Bizkaia, el Libro II el de Álava y en el Libro III se contenía el Fuero Civil de Gipuzkoa.

Tal criterio unificador, como bien señala el profesor Tena alcanza de modo decisivo a la institución sucesoria del testamento mancomunado o de hermandad, de tal modo que a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley vasca que comentamos es dable su otorgamiento y su aplicación, en el Derecho civil vasco en general, dejando de ser, desde ese momento, una peculiaridad o especialidad limitada al territorio de Bizcaya. Forma testamentaria ésta que desde entonces puede ser utilizada por aquellas personas que ostenten la vecindad civil vasca.

Como bien ha referido el Prof. Tena, esta forma testamentaria no es exclusiva del País Vasco, tal es el caso de Galicia, regulado por los arts. 187 a 195 de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia; de Navarra, cuyas leyes 199 a 295 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, de Fuero Nuevo de Navarra, reformada por la Ley Foral 21/2019 21/2019, de 4 de abril lo regulan; en Aragón en sus arts. 417 a 422 del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón.

Me cabe augurar muchas y valiosas aportaciones de Tena Piazuolo a esta docta Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación que hoy le recibe en este solemne acto y del que en su nombre le felicito cordialmente por su magnífico y lucido discurso y le doy mi enhorabuena.

**SUCESIONES, HERENCIAS Y TESTAMENTOS  
EN LA HISTORIA DEL CINE.  
UN ESTUDIO DE DERECHO FORAL ARAGONES**

Ilmo. Sr. D. José Luis Artero Felipe

*“La Fuerza está contigo  
pero todavía no eres un Jedi”*  
**“El Imperio Contraataca” (Irvin Kershner, 1.982)**

Excelentísimo Señor Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y  
Legislación

Excelentísimas e Ilustrísimas Autoridades

Excelentísimos Señoras y Señores Académicos

Señoras y Señores

Queridos familia y amigos:

**LIMINAR. SALUTACIONES Y AGRADECIMIENTO.**

Con el paso de los años, he llegado a la convicción de que los reconocimientos, méritos, premios o menciones, deben aceptarse con más humildad y gratitud cuanto mayor es su importancia. El simple acto de agradecer constituye en sí mismo, una señal o muestra de humildad.

Precisamente, solo desde el más sincero agradecimiento, con mayúsculas y de todo corazón, puedo dirigirme en el día de hoy, el más importante de mi vida profesional, a todos Vds., a todos vosotros, personas a las que admiro y respeto

en lo jurídico y/o quiero en lo personal. Créanme, no se trata tan solo de una mera cortesía. En palabras del Excmo. Sr. Don Fernando García Vicente en su discurso de ingreso que me permito tomar prestadas, “*si algo puede satisfacer a un jurista aragonés es pertenecer a la Academia de Legislación y Jurisprudencia de su tierra*”.

Gracias al Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, por haber accedido de tan buen grado y con inmejorable disposición a acoger este acto en el magnífico Salón Carlos Carnicer (que lleva el nombre de un excepcional jurista aragonés) y a recibir, una vez más, a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

En efecto, este Colegio al que tengo el orgullo de pertenecer desde hace 25 años (el único de España que ostenta el título de Real) y la Academia Aragonesa, están destinados a encontrarse y colaborar. Desde la Sección de Derecho Civil Aragonés que me honro en presidir, y como prueba del agradecimiento del que antes les hablaba asumo públicamente el compromiso de que en los años venideros esta colaboración sea todavía más duradera y fructífera, como lo ha sido hasta ahora. De hecho, diversos Académicos ya han impartido Cursos y Seminarios en el REICAZ y participaron recientemente en los Actos conmemorativos del 50 Aniversario de la Compilación de Aragón en 2.017, y del XX Aniversario de la promulgación de la Ley de Sucesiones.

De igual modo, hace ya algún tiempo nuestro compañero el Excmo. Sr. D. Javier Sancho Arroyo ingresó como Académico de Número, a quien se han unido en fechas recientes como Académicos Correspondientes, las Excmas. Sras. Dña. Cristina Charlez y Dña. Carmen Gay, el Excmo. Sr. D. Eladio Mateo y este Letrado.

Se trata de una muestra evidente que tanto las personas como las Instituciones, quizá avanzan más deprisa en solitario, pero únicamente en compañía y en unión de otras ofrecen lo mejor de sí mismas y llegan más lejos.

Y, por supuesto, gracias al Excmo. Sr. D. José Luis Merino Hernández, ejemplo como jurista y persona para quien les habla. No puedo dejar de hacer una referencia expresa a nuestro Presidente en quien siempre he tenido a un maestro, a un mentor y a un amigo; *amicus certus in re certa et in re incerta*.

Gracias al Excmo. Sr. D. Luis Alberto Gil – Noguerras por su entusiasmo e ilusión demostrados para contestar a mi discurso y por sus oportunas orientaciones que me han permitido redactarlo. De hecho, este magistrado “cinéfilo impenitente” en sus propias palabras, ha colaborado en todas las Sesiones del Ciclo de Cine jurídico que, desde hace varios meses, viene organizando la Agrupación



de Abogados Jóvenes del Colegio de Abogados, en este mismo Salón de Actos. Puedo decir que al lado del conocimiento cinematográfico del Sr. Gil – Nogueras, yo simplemente “he visto películas”. Como es natural, en el ámbito estrictamente jurídico, no existe comparación posible.

Y, por supuesto, gracias a todos los Excmos. Sres. Académicos y Académicas que, primero me propusieron y, después, hace apenas un año decidieron con su voto, por unanimidad, que este joven Letrado y Profesor de Economía y Derecho Civil, podría resultar útil y trabajar para la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Responderé a la confianza que han depositado en mi persona.

Ahora mismo, conforme me dirijo a todos Vds, recuerdo una conversación con nuestro Presidente en fecha ya tan lejana como abril del año 2.002. En aquel entonces, me había sido concedido el Premio Castán Tobeñas de Derecho Privado y le dije, en expresión de derecho sucesorio y como no podría ser de otro modo, que lo recibía a “beneficio de inventario”. Iniciada de este modo mi vinculación con esta prestigiosa Institución, trabajaría en adelante por ser merecedor del citado galardón y que, si no era así, yo mismo lo devolvería. Posteriormente tuve la oportunidad de desempeñar el cargo de Secretario Técnico del V Congreso de Academias de Derecho y Ciencias Sociales celebrado en Zaragoza en octubre de 2.005 y de prestar mis servicios como Gerente para la Academia en el curso 2.008 - 2.009, entre otros cometidos.

Entonces como ahora, asumo idéntico compromiso, seguir trabajando y hacerme acreedor del honor que se me ha concedido, recordando la frase de Don Quijote “en acabando de desafiar a los leones”: *“Bien podrán los encantadores quitarme la ventura; pero el esfuerzo y el ánimo será imposible”*.

## **INTRODUCCION. DERECHO, HERENCIAS Y CINE.**

*“Con un buen guion puedes hacer una película buena o mala  
Con un mal guion solo tendrás películas malas”*  
**(Akira Kurosawa)**

Permítanme que dedique estas primeras líneas a contarles una historia sobre lo que podríamos calificar como origen remoto de este trabajo. Se trata de una anécdota que si bien puede tener algo de apócrifa, desde luego es totalmente cierta. Hace 48 años, durante sus últimas semanas de embarazo, mi madre se entretenía por las mañanas asistiendo a vistas públicas de juicios. Por las tardes,

tras recoger a mi padre cuando salía de impartir clases en la Universidad, se iban juntos al cine, hasta tal punto que, según decían, “*solían tener controlada toda la cartelera*”. Así es: Derecho, Cine, (y docencia); puedo decir que, en cierto modo, no tuve muchas posibilidades de elegir, estaba predestinado desde que era un *nasciturus*.

Casi medio siglo después, este discurso con el que me honro en ingresar en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, me permite unir mis dos grandes pasiones, **Derecho y Cine**, sinceramente ya no sé si por ese orden, toda vez que me confieso un cinéfilo voraz y omnívoro, casi un “cinémeta”, si se me permite el neologismo. Sea como fuere, el título “*Sucesiones, Herencias y Testamentos en la Historia del Cine: Un estudio de Derecho Foral Aragónés*” hace referencia a estas dos disciplinas, ciencia y arte al mismo tiempo, que siempre se han conjugado a la perfección.

En efecto, el cine como ingenio joven y reciente, ha sido y seguirá siendo testigo y vehículo de expresión de todas las emociones y sentimientos humanos. Desde su nacimiento a finales del siglo XIX, ha recogido en imágenes (primero en blanco y negro, luego en color; en sus inicios mudo, posteriormente sonoro), la realidad social y las preocupaciones e inquietudes universales de todos nosotros, cuyas consecuencias e implicaciones jurídicas, precisamente, regula el Derecho.

A este respecto, **BALLO y PEREZ** hablan de una “semilla inmortal”, - una expresión de bella filiación platónica -, presente en ese gran fabulador de nuestro tiempo que es el cine y que rastrea motivos argumentales que se repiten en las diversas producciones de todos los tiempos y lugares (vg. el pacto con el demonio o el amor redentor). Nos atrevemos a decir, y demostraremos que las sucesiones, herencias y testamentos también constituyen una fecunda simiente.

De este modo, presentamos a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación una investigación que alcanza a nada menos que 72 películas, muchas más de las que cabía esperar en una primera aproximación, lo que ha condicionado al alza el contenido y, sobre todo, la extensión de este discurso (a modo de Apéndice en las últimas páginas incorporamos una “ficha técnica” de todos los largometrajes citados, ordenados de más antiguo a más moderno).

Cabe destacar que hemos recopilado largometrajes iguales en calidad a otras producciones que tratan temas claramente jurídicos, como la pena de muerte, el aborto, la eutanasia o la prostitución. Aunque en ocasiones también pueda calificarse como cine “estrictamente judicial”, desde luego el cine sobre herencias puede ser una suerte de subgénero dentro de la categoría más amplia de lo que solemos denominar cine “jurídico”.

Así, algunas películas encierran en sí mismas verdaderos tratados de Derecho de Sucesiones como por ejemplo **“Un buen año” (Ridley Scott, 2.006)**, **“Heredarás la tierra” (Jocelyn Moorhouse, 1.997)**, o **“Disobedience” (Sebastián Leio, 2.017)**, por lo que aparecen en varias ocasiones y en diferentes capítulos. En algún caso, una película puede ser, literalmente, un testamento artístico de su director como **“El testamento de Orfeo” (1.959)**, representante tardío del cine surrealista francés en que Orfeo no es otro que el *alter ego* del polifacético, controvertido y genial **Jean Cocteau**.

En no pocas ocasiones, el llamamiento a una herencia supondrá el origen de viajes, desplazamientos, nuevas etapas en la vida, que nos demuestran que **no son las personas las que hacen los viajes sino que son los viajes los que hacen a las personas**. Es el caso de **“Noche de duendes” (James Parrott, 1.930)**, **“Dos fusileros sin bala” (James W. Horne, 1.935)**, **“La herencia de los Munster” (Earl Bellamy, 1.966)**. Incluso de **“El secreto de vivir” (Frank Capra, 1.936)** en que se produce un traslado forzoso, desde la vida ordenada y tranquila del pueblo al caos de la ciudad de Nueva York que parece, literalmente, otro mundo. A veces, se tratará de una auténtica odisea, un viaje al corazón del infierno como en **“Incendies” (Dennis Villeneuve, 2.010)**.

Por otra parte, esa misma perspectiva de saberse heredero, se presta a tomar decisiones difíciles, superar pruebas o condiciones, puede originar un redescubrimiento personal o promover reconciliaciones, expiación de pecados y culpas. En efecto, **los viajes interiores son los más peligrosos e inciertos; no sabes lo que te puedes encontrar**. Podemos ver cómo la mentalidad de determinadas personas cambia incluso ante la sola perspectiva de recibir la herencia como en **“Los herederos” (Jorge Aldana, 2.015)** en que un grupo de jóvenes acomodados pertenecientes a la burguesía mexicana malgastan su tiempo en fiestas con drogas, sexo y alcohol, en el seno de una sociedad decadente y corrupta, sabedores de su ausencia de problemas económicos.

En otras ocasiones, por el contrario, el cambio se producirá tras aceptar la herencia y ostentar el poder económico, familiar, empresarial, que ésta comporta; constituye una prueba evidente de que **el dinero, al igual que el poder, no cambia a las personas, simplemente las desenmascara**. Es el caso de **“La herencia” (Peter Fly, 2.002)** en que tras el suicidio del patriarca familiar, la viuda (y fiduciaria) exige a su hijo mayor que se haga cargo del holding empresarial y, con él, del control del patrimonio, lo que le termina convirtiendo en un auténtico monstruo, insensible y sin ninguna empatía hacia nada ni nadie. Paradójicamente, la herencia puede ser a un tiempo condena y redención como en **“El último regalo” (Michael O. Sajbel, 2.006)**: para el protagonista, recibir la herencia de

sus padres le convirtió en una persona prepotente y soberbia mientras que, años después, aceptar el legado deferido por su tío puede reconciliarle consigo mismo y con sus semejantes.

De igual modo, el llamamiento a la herencia se presta a desentrañar secretos familiares como por ejemplo el origen dudoso o misterioso de algunas fortunas (punto de partida o desenlace final), como en **“Goupi, manos rojas” (Jacques Becker, 1.943)**: el abuelo es el único que conoce el escondite del tesoro familiar heredado generación tras generación lo que desatará un drama dentro de un laberinto de codicia, de arcaicas tradiciones y bajas pasiones, en una magnífica película que yace injustamente arrumbada en el almacén del olvido.

Otras veces, incluso aflorarán secretos que han estado ocultos, o situaciones que se han querido negar o de las que nadie habla. Un ejemplo sería **“Nos vemos, papa” (Lucía Carreras, 2.011)** en que la herencia revelará una sórdida historia familiar de incesto y quizá de abusos sexuales en la infancia. También el llamamiento a la herencia puede generar posibles dudas sobre la verdadera filiación de las herederas: **“A pesar de todo” (Gabriela Tagliavini, 2.019)**, o permitir el descubrimiento de la verdadera personalidad del causante como en **“Inheritance” (Tyler Savage, 2.017)** en que un joven recibe la herencia de su padre, a quien nunca conoció. Esta circunstancia propiciará que investigue como fue la vida de su progenitor. En todos los casos con una terrible moraleja: **lo peligroso de invocar fantasmas del pasado, tanto en la familia como en la Historia, es que algunas veces se aparecen con memoria y entonces es cuando dan miedo.**

Todo ello nos permite colegir la universalidad del tema y cómo todo el “fenómeno hereditario” difiere según los distintos países y su cultura – no solo jurídica–, en el que intervienen cuestiones éticas, morales, sentimentales, aún por encima o anteriores a las estrictamente legales.

Por ello no resulta extraño que la compleja problemática que entraña cualquier herencia alcance a todas las cinematografías y sea totalmente transversal. De este modo encontraremos imprescindibles producciones europeas, norteamericanas, iberoamericanas, pero también algunas más exóticas, como rusas (**“El Rey Lear, Grigori Kozintsev, 1.971**) y japonesas (**“Inheritance”, Masaki Kobayashi, 1.962**), de un total de 20 países distintos.

Las herencias preocuparon al cine desde sus orígenes, cuando todavía era mudo y resultaba necesario desvelar y alumbrar con imágenes lo que todavía no se podía explicar con diálogos (**“Siete Ocasiones” (Buster Keaton, 1.925)**) y ha llegado hasta las modernas plataformas de *streaming* (**“A pesar de todo” (Gabriela Tagliavini)** estrenada en Netflix en marzo de **2.019**, que plantea intere-

santes cuestiones sucesorias, pero termina derivando en una película zafia, chabacana y grosera con un rutilante reparto femenino lamentablemente malepleado.

Y, sobre todo, en este siglo de cine, las herencias nos han brindado películas inmortales e inolvidables, auténticas e indiscutidas obras maestras con directores míticos detrás de las cámaras: **“El testamento del doctor Mabuse” (Fritz Lang, 1.933)**, o **“Sucedió una noche” (1.934)**, y **“El secreto de vivir” (1.936)** ambas a cargo de **Frank Capra**. Otro genio como **William Wyler** también se ocupó de este tema en dos ocasiones legando para la posteridad sendas interpretaciones femeninas, de las más memorables de toda la historia del cine. Hablamos de **“La Loba” (1.941)** y **“La heredera” (1.949)**, en este caso, en efecto, incluso con una heredera con Oscar para Olivia de Havilland.

El componente dramático de las herencias y, en general de las historias familiares, también han servido de fuente de inspiración para realizadores contemporáneos como **Dennis Villeneuve “Incendies” (2.010)** o **Christopher Nolan “Origen” (2.010)**, que en lo que llevamos de siglo ascendieron al Olimpo de los mejores directores, donde continúan cómoda y mercedamente instalados.

Por último, algunas películas han conocido varios remakes **“El gato y el canario” (Paul Leni, 1.927, Elliot Nugent, 1.939, Radley Metzger, 1.978)** o **“Mi prima Raquel” (Henry Koster, 1.952; Roger Mitchel, 2.017)**, lo que ha permitido adaptar su contenido a nuevas generaciones de espectadores con otras inquietudes y formas de pensar, pero que también evidencia, al mismo tiempo, la perennidad y actualidad de los temas tratados.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto que sirve de introducción y adelanto del contenido del presente discurso, no podemos olvidar que debe tratarse principalmente un **estudio sobre Derecho, no sobre cine**. En consecuencia, conviene realizar en este momento una importante precisión metodológica; nos estamos refiriendo a la palabra “herencia” como fenómeno sucesorio jurídicamente relevante y al “testamento” como un acto de disposición que sirve para la transmisión de la misma. <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Por tanto, debemos excluir aquellas películas en las que, simplemente, figure la palabra herencia o testamento en el título: **“La herencia del viento” (Stanley Kramer, 1.960)**, **“El heredero” (Philippe Labro, 1.973)**, **“El heredero del millón de dólares” (Jonathan Kaplan, 1.977)**, **“La herencia de un valiente” (George T. Miller, 1.982)**, **“Hereditary” (Ari Aster, 2.018)**. De igual modo, no se toman en consideración las “sucesiones” en la Corona en que se aborde estrictamente un relevo en la Jefatura del Estado por un monarca; es decir, en la sucesión hereditaria en el seno de una familia real pero sin un componente jurídico – económico primordial o esencial. A este respecto, podríamos citar la reciente **“María Reina de Escocia” (Josie Rurke, 2.018)**, o cual-

De este modo, en el ámbito estrictamente jurídico y de las problemáticas planteadas, dedicaremos el **Capítulo I** al análisis de las **diferentes personas que intervienen en lo que hemos denominado “fenómeno sucesorio”** y que incluye no solo a los testadores o a los herederos, evidentemente, sino que también comprende a notarios, abogados, fiduciarios, albaceas, contadores – partidores, tasadores y, por supuesto a la Administración Tributaria debido a la fiscalidad de cualquier herencia (**“La bestia con cinco dedos”, (Robert Florey, 1.946); “La gata sobre el tejado de cinc” (Richard Borooks, 1.958); “Las horas del verano” (Oliver Assayas, 2.008).**

Con demasiada frecuencia, las herencias separan y enemistan a las familias, otras (las menos) las reconcilian. A veces los testadores se mueven por fines altruistas y filantrópicos que pretenden, después de la muerte, corregir terribles errores o atrocidades cometidas en vida; sirva como ejemplo **“El pacto de Berlín” (John Frankenheimer, 1.985).** El testamento se presentará para siempre como una prueba escrita e indeleble de cómo queremos ser recordados: puede ser también un acto de perdón o de castigo con independencia de las disposiciones patrimoniales que contenga. En venturosa expresión de **Tolstoi en Anna Karenina: todas las familias que son felices se parecen, pero las que son infelices cada una lo es a su manera.** Dedicaremos el **Capítulo II al estudio del testamento** y a su posible contenido y revocación, a los diferentes tipos existentes, y en particular el testamento ológrafo, así como a la sucesión legal o intestada. **“El gato y el canario” (Paul Leni, 1.927); “Las joyas de la familia” (Jerry Lewis, 1.945), “Siete mesas de billar francés” (Gracia Querejeta, 2.007).**

---

quiera de las múltiples adaptaciones de tragedias de William Shakespeare tales como **“Hamlet”** y **“Ricardo III,** dirigidas por **Lawrence Olivier en 1.948 y 1.955,** respectivamente, **Macbeth (Justin Kurzel, 2.015)** por citar solo algunas. Y, si se nos permite la licencia, citamos **“El Rey León” (Rob Minkoff, 1.994; Jon Favreau, 2.019)** en la medida en que Simba es el heredero más famoso de la Historia del Séptimo Arte. El Rey de “Pride Rocks”, el león Mufasa desea que su hijo Simba sea un digno sucesor de su reino. Sin embargo, su hermano, el malvado Scar, urdirá un plan para arrebatarle el poder. Simba deberá exiliarse y regresará reclamando su trono, con la ayuda de sus nuevos amigos Timón y Pumba, en una trama intemporal que tiene todos los elementos de una tragedia griega. Asimismo, también prescindimos de numerosas producciones televisivas o telefilms que tratan esta materia como las recientes **“Directa al corazón” (Bradford May, 2.014), “Un verano en Vietnam” (Sophie Allet – Coche, 2.016), “El legado” (Marco Serafini, 2.018)** o la mítica “miniserie” **“El pájaro espio” (Daryl Duke, 1983).**

Y, por último, también soslayamos aquellas producciones en las que, en relación con otro controvertido y cinematográfico tema como la eutanasia, aparece el mal llamado “testamento vital” o, hablando con mayor propiedad, declaración de voluntades anticipadas, a la que entre otras normas hace referencia la Ley 6/2002 de 15 de abril de Salud de Aragón. Sirvan como ejemplo **“Mi vida es mía” (John Badham, 1.981), “Cosas que importan” (Carl Franklin, 1.998)** o **“Las invasiones bárbaras” (Denys Arcand, 2.003).**

Las disposiciones mortis causa constituyen el principal campo de actuación de los denominados **elementos accidentales del negocio jurídico**. A nuestros efectos, la modalidad accesoria más importante es la condición que trataremos en el **Capítulo III** y, en particular, a la licitud de la condición testamentaria específica de contraer matrimonio: **“El gran despilfarro” (Walter Hill, 1.985), “Siete ocasiones” (Buster Keaton, 1.925).**

En muchas ocasiones no existirá herencia que repartir y, en otras, serán precisamente **“Reyes sin corona que reparten su reino”** quienes deberán plantearse el destino de sus bienes y la forma de repartirlos entre sus hijos y descendientes. La existencia de la **legítima sucesoria**, como una parte del caudal hereditario que, forzosamente, debe destinarse a estos parientes constituye el origen de diversos problemas y dificultades, como su intangibilidad que abordaremos en el **Capítulo IV: “Todo el dinero del mundo” (Ridley Scott, 2.017); “La loba” (William Wyler, 1.941).**

Finalmente, no olvidamos que en el peor de los casos la posibilidad cierta de percibir una herencia puede representar un móvil para crímenes cometidos por pura ambición y codicia; se puede matar y morir por heredar como en **“Testigo de cargo” (Billy Wilder, 1.957), “A hierro muere” (Manuel Mur Oti, 1.962), o “Fuego en el cuerpo” (Lawrence Kasdan, 1.981),** en que veremos desfilar personajes inmorales, extraídos de algún tipo de escombrera moral, emocionalmente estériles, con tramas llenas de escabrosidades y truculencias en las que convergen amor y codicia, que son aceite y agua, de imposible mezcla. Estas y otras reprochables actuaciones por parte de los posibles coherederos, llevarán a aparejada la tacha de **indignidad y/o desheredación** con la que cerraremos el **Capítulo V** en el que también analizaremos otras instituciones jurídicas conexas como **preterición, desafiliación, exclusión, etc...** **“Incendies” (Dennis Villeneuve, 2.010).**

En cada uno de los cinco capítulos esbozados, encontramos un **soporte teórico, con la problemática planteada y una posible solución, siempre desde la órbita del derecho aragonés, acompañada de una sinopsis de cada película en que haya sido tratado el tema que se ilustra.** Ambos textos aparecerán diferenciados por el tipo de letra utilizado en cada caso. Y todo ello, apoyado con numerosas citas y referencias a **resoluciones judiciales** de las tres Audiencias Provinciales aragonesas y de nuestro Tribunal Superior de Justicia con la invocación de diversos **preceptos del Código de Derecho Foral de Aragón**, como es lógico, en su mayoría en sede de derecho sucesorio. No puede ser de otro modo, en un discurso de ingreso destinado a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

En síntesis, el Derecho es una manifestación de cultura, y más en Aragón, pero el cine, bien utilizado, desde luego también lo es, en su condición de Séptimo Arte, y no porque fuera el último en aparecer, por joven y contemporáneo, sino porque en ocasiones comprende todos los demás. De este modo, pretendemos servir a uno de los principales fines de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación como es la divulgación y difusión del derecho aragonés.

## **I. ELEMENTOS PERSONALES - SUBJETIVOS EN EL FENOMENO HEREDITARIO: TESTADORES, HEREDEROS, NOTARIOS, ABOGADOS, FIDUCIARIOS, ALBACEAS, ADMINISTRADORES, TASADORES Y ADMINISTRACION TRIBUTARIA.**

*“O formas parte del problema o de la solución..  
Si no, formas parte del paisaje”  
“Heat” (Michael Mann, 1.995)*

### **1. Testadores y herederos.**

Como dispone el **art. 408 CDFA** pueden testar todas las personas físicas que al tiempo de otorgar testamento sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural. El inciso 2 del citado precepto precisa que el testamento ológrafo sólo podrán otorgarlo “mayores de edad”. Precisamente, el juicio de capacidad a cuya emisión viene obligado el notario en la autorización del testamento abierto (**art. 685 C.Civ. y arts. 156 y ss. Reglamento Notarial**), se presenta como una garantía de la exigencia de que el disponente o disponentes (en el supuesto del testamento mancomunado) gozan de capacidad suficiente.

El otorgante debe querer testar y comprender el contenido y las consecuencias de lo que testa; su voluntad, consciente, libre y debidamente formada así como el respeto a la misma es el núcleo esencial del testamento (**arts. 3, 318 y 405 CDFA**) en su condición de un “*acto verdaderamente humano*” como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia (por todas la **SAP de Barcelona 7 julio 2.000 (EDJ 2.000/38995)**). El **art. 423.2 CDFA** tacha de anulables los testamentos en que el otorgante carezca de esa capacidad natural. A este respecto, la diferencia con un testamento nulo de pleno derecho estriba en que éste no puede existir como tal y carece de cualquier tipo de eficacia; nunca ha nacido jurídicamente y tal nulidad se predica desde su mismo origen. Por el contrario, un testamento anulable se reputará como válido en tanto no resulte impugnado por las personas



que ostenten “interés legítimo” o esgriman “legitimación activa” desde el punto de vista estrictamente procesal.

En todo caso, en este punto no resulta ocioso recordar que, como enseña el **art. 34 CDF**, la capacidad se presume siempre y que nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas previstas en la ley, por sentencia judicial firme que determinará su extensión y límites así como régimen de protección al que haya de quedar sometido el declarado incapaz (tutela, curatela, defensor judicial, etc...) en virtud del **art. 38 CDF**.

En general, en los largometrajes estudiados no se plantean problemáticas relativas a la capacidad del testador; aunque en un determinado momento pueda efectuarse una referencia tangencial, en ningún caso condiciona la trama ni resulta, por tanto, especialmente relevante.

En **“La bestia con cinco dedos” (Robert Florey, 1.946)** será el propio testador quien recabe la presencia de dos testigos, entre ellos su inquietante secretario Hilary, para que firmen *“aseverando que no estoy loco”* ya que va a instituir heredera a su enfermera en perjuicio de unos parientes cercanos. Por el contrario en **“El testamento del doctor Cordelier” (Jean Renoir, 1.959)** el notario Joly, recela de la capacidad del testador ante su extravagante designación de heredero. En el caso de **“Incendies” (Dennis Villeneuve, 2.010)** la testadora, empleada y amiga del fedatario –, expresa su disposición de última voluntad en la cama de un hospital, casi en *“artículo mortis”* con una voz apenas audible y en un estado casi letárgico. Y en **“Superman returns” (Brian Singer, 2.006)** la disponente, anciana y gravemente enferma otorga testamento (debemos entender que ológrafo) habiendo sido, además, captada su voluntad por el villano Lex Luthor.

El **heredero o sucesor a título universal** es un continuador de la personalidad del causante, por cuanto recibe todos aquellos bienes y derechos (activo y pasivo) que no se extingan como consecuencia de la muerte de éste. De hecho le “sustituye” tanto en las relaciones patrimoniales que, como es natural, revisten un carácter preponderante, como en otras que podrían denominarse personales (vid. **art. 466.1 CDF**). Su concepto ha sido elaborado por la doctrina como la designación hecha por el testador de la persona o personas que han de suceder a título universal, esto es en la totalidad o parte alícuota de sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles (**SAP Málaga 05 junio 1.993 (RJ 1.993, 1882)**). **SANCHEZ CALERO** lo explica de forma gráfica cuando afirma que *“el heredero ... subentra de golpe en el conjunto de relaciones jurídicas transmisibles de las que era titular el causante”*<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> **SANCHEZ CALERO, Francisco Javier:** Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y Sucesiones. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.003. Pag. 390.

No obstante, el **art. 465 CDFA** enseña que el testamento o el pacto sucesorio serán válidos aunque no contengan institución de heredero o ésta no comprenda la totalidad de los bienes.

Por el contrario, el llamado a una “cosa determinada” o **sucesor a título particular**, es denominado **legatario** *ex art. 466.3 CDFA*, resultando perfectamente posible que toda la herencia se haya distribuido en legados como contempla el **art. 469 CDFA**, forma de suceder que no vamos a encontrar en los largometrajes analizados. Baste por tanto precisar que el legatario recibe el bien o los bienes sin necesidad de tener que contribuir a las cargas de la herencia, mientras que el heredero sí resulta impelido por tal obligación (vid. **arts. 355 y ss. CDFA**).

Sea como fuere, la institución de heredero, sea o no incapaz, se designe expresamente o no se contemple tal institución en el testamento (**art. 465 1 y 2 CDFA**), ya se trate de una persona incierta (**art. 470 CDFA**), o con un llamamiento condicional (**art. 476 CDFA**), precisará un requisito final ineludible que podríamos denominar “alteridad”; aunque parezca una perogrullada o de sentido común, el heredero siempre ha de ser un tercero o, dicho de otro modo, no pueden coincidir la persona de causante y heredero... Salvo en el cine.

En “**Los Inmortales**” (**Rusell Mulcahy, 1.986**) encontramos el caso de Rusell Nash (o Connor McLeod) quien lleva “*cinco siglos arrastrándose por el mundo*”. Pertenece a una estirpe de inmortales. Para ocultar su secreto “*finje morir de vez en cuando*” dejando sus bienes a niños fallecidos al poco de nacer y “él ocupa la identidad de ellos”, lo que le ha permitido acumular un enorme patrimonio integrado sobre todo por antigüedades.

Todavía más interesante resulta la institución de heredero en la enigmática “**El testamento del Dr. Cordelier**” dirigida por **Jean Renoir** (hijo del afamado pintor impresionista francés) en **1.959** a la que ya hemos hecho una breve referencia. El doctor Cordelier es un reputado psiquiatra que confía su testamento a su amigo notario Joly. En este instrumento público nombra heredero universal a un tal Opale, un ser deforme, brutal y sádico, lo que causa una gran sorpresa y perplejidad al fedatario.

Se trata de una libre adaptación de la novela “El extraño caso del doctor Jekyll y Mr. Hyde”, escrita por Robert Louis Stevenson en 1.886, que tiene la audacia de, adoptando la perspectiva del médico, descubrirnos la verdadera identidad de Opale al final; de hecho se dice que se trata de la versión más “*demoledoramente pro-Hyde*”. En efecto Opale, (una criatura nacida de un experimento, un bribón amoral y antiburgués), no es sino la dualidad, un ser desdoblado, el *alter ego* del propio Cordelier. Surgido de sus sórdidos experimentos e investigaciones, canaliza sus instintos más bajos y primarios, llegando a poseerle, liberando sus

inclinaciones malignas a las que ya no puede sustraerse; el doble es uno mismo<sup>3</sup>. Como es natural, el degenerado Opale (Cordelier) no puede heredarse a sí mismo y controlar una fortuna que podría destinarse a fines perversos.

El último inciso del **art. 465.1 CDF**A, proclama que el testamento (y el pacto sucesorio) *“también serán válidos”* aunque el instituido sea incapaz de heredar. Como sabemos el derecho aragonés siempre ha mostrado recelo hacia la sucesión intestada a la que ve con disfavor y este precepto parece obedecer a esa mentalidad del legislador, acertada a nuestro juicio. En este caso, al igual que el supuesto en que no exista institución de heredero, se cumplirán las disposiciones realizadas con arreglo a las leyes y, el remanente se deferirá a los que resulten herederos en la sucesión legal. En este sentido cabe destacar que la normativa foral resulta contraria a la dicción de su “paralelo”, para el derecho común, previsto en el **art. 755 C.Civ.** que directamente tacha de nula la disposición efectuada a favor de un incapaz, aunque se disfrace bajo la forma de contrato oneroso (vg. contrato de seguro nombrando beneficiaria a la persona que no podría suceder) o se haga a nombre de persona interpuesta (vg. determinados parientes).

La trama de **“La gata sobre el tejado de zinc”** dirigida por **Richard Brooks** en **1.958** plantea un supuesto de posible o futura incapacidad del heredero instituido. Basada en la escandalosa obra teatral de Tennessee Williams nos presenta a Brick (ladrillo en inglés, lo que es casi una declaración de intenciones sobre la insensibilidad del protagonista), una antigua figura deportiva que a consecuencia de una lesión tiene que dejar el fútbol americano. Por otra parte una ambigua amistad con su compañero de equipo, Skipper, le ha generado un gran sentimiento de culpabilidad y afecta a su inexistente relación marital con Maggie. Así las cosas, completamente alcoholizado inicia una carrera de autodestrucción y nihilismo: *“solo estando borracho me soporto”*. Su hermano Gooper y la esposa de éste, Mae, *“se proponen eliminarle de la herencia de su padre”* dueño del holding Pollit Enterprises: *“hay toda una dinastía esperando ocupar tu puesto”*. Se da la circunstancia de que Brick no tiene hijos (por tanto no existe posibilidad de sustitución legal a favor de sus descendientes ex **art. 336 CDF**A) y que el patriarca de la familia reniega de su otro hijo y de los 6 insoportables nietos. En un determinado momento el magnate se sincerará con su hijo Brick, su favorito: *“no he hecho testamento ni tengo que hacerlo, no hay urgencia”*, pero le advierte: *“¿piensas que voy a dejar toda esta tierra a un borracho o a un loco que solo piensa en beber... no voy a subvencionar a un inútil”*.

---

<sup>3</sup> **BALLO, Jordi y PEREZ, Xavier:** La semilla inmortal. Los argumentos universales en el cine. Editorial Anagrama, Barcelona, 1.995, pags. 237.

Lo mismo cabe decir de la trama, en este caso basada en un hecho real de **"Todo el dinero del mundo"** la reciente película de **Ridley Scott (2.017)**. La acción nos traslada a Roma en 1.973 en que es secuestrado el nieto de Paul Getty el multimillonario magnate del petróleo. Getty no tiene relación alguna con su único hijo, consumido por el vicio, el alcohol y las drogas y excluido de toda posibilidad de la sucesión del imperio financiero.

**"El secreto de vivir" (Frank Capra, 1.936)** plantea un interesante caso de una presunta incapacidad sobrevenida. El financiero Martin Semple muere en Italia a consecuencia de un accidente de automóvil, nombrando heredero (de una fortuna de 20 millones de dólares) a un sobrino soltero, el Sr. Deeds (a quien hace referencia el título original: *"Mr. Deeds goes to town"*). Es un hombre sencillo y afable, con una vida ordenada y austera en el campo. A título anecdótico cabe señalar que el personaje interpretado por Gary Cooper resulta de tal probidad moral, que su club de fans de San Antonio inició una campaña para que el actor fuera elegido presidente de los Estados Unidos en las elecciones de 1.936.

Sin embargo, la corrupción y la injusticia a las que Deeds hará frente, no van a tardar en manifestarse: todos piensan que se trata de un *"ingenuo"* y un *"ignorante"* del que pueden aprovecharse. Cuando decide destinar el dinero a obras de caridad para los más desfavorecidos, tratarán de incapacitarle por *"pródigo"*. Conviene destacar que esta película constituye un claro ejemplo del tipo de producciones que acaparaban la taquilla en Estados Unidos en las décadas de los 30, 40 y 50. Hollywood ofrecía sintetizada toda la Constitución, la Historia y la vida cotidiana de todas las ciudades y ciudadanos norteamericanos (instituciones sociales y políticas, moda...); es decir, la totalidad del Bill of Rights entre los que se incluye la propiedad privada y la libertad de testar.

En efecto, podemos definir la prodigalidad como la conducta de una persona que se caracteriza por la habitualidad en la disipación de sus bienes, malgastándolos con ligereza, de forma arbitraria o desordenada, haciendo peligrar su patrimonio en perjuicio de parientes o familiares cercanos. Es por ello que la acción para instar esta declaración se concede al cónyuge, a los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo (lo que no sucede en el citado largometraje). En suma, supone la existencia de una determinada conducta que crea un riesgo para esas personas debido al desequilibrio que alcanza al *"orden económico"* (STS 25 marzo 1.942; RJ 1.942, 333).

El procedimiento judicial de incapacitación por prodigalidad se regula en el **art. 748.1º LEC**, que abre el Título I del Libro IV dedicado a los procesos especiales, entre los que cita los relativos a la capacidad. La vigente Ley Rituaria Civil *"dejó sin contenido"* los **arts. 294 y ss. del Código Civil** y, en cualquier caso, debe ponerse en relación con el **art. 44 de la Ley 15/2015 de 2 de julio de**

**Jurisdicción Voluntaria** en la medida en que el declarado pródigo será sometido a curatela (en este sentido, vid. **STS 23 diciembre 1.997 (EDJ 1.997/10.488)**).

Mucho más interesante (y frecuente) resulta el supuesto en que **el heredero no puede ser identificado o no se conoce con certeza**. En dicción del **art. 470 CDFa** “*Se tendrá por no puesta toda disposición paccionada o testamentaria en favor de persona incierta, a menos que por algún evento pueda resultar cierta*”, precepto de parecida (aunque mejor) redacción que el **art. 750 C.Civ.**

La falta de institución de heredero inequívoca, clara y precisa, no tachará de nulidad el testamento: el resto de disposiciones seguirán siendo válidas como enseña el **art. 465.1 CDFa**, desarrollado por los **arts. 472 a 474**, para precisar quién y en qué forma debe entenderse llamado. Si no resultase posible tal identificación podría llegar a abrirse la sucesión intestada o bien, lo dispuesto a favor de este heredero “definitivamente incierto” engrosaría el caudal relicto, acreciendo a los restantes (salvo la previsión de algún tipo de cláusula de sustitución).

Por otra parte, no debemos olvidar que las disposiciones testamentarias deben ser interpretadas siempre a favor de su eficacia, lo que se conoce como principio del “*favor testamenti*” recogido de forma implícita en el **art. 416 CDFa**, pudiendo recurrirse a utilización de “medios extrínsecos de aclaración” admitidos por la jurisprudencia (**STS 30 enero 1.997, EDJ 1.997/196**).

La nulidad del testamento se evita si por alguna clase de “evento” o circunstancia identificativa de cualquier índole (personal, social, familiar, profesional o meramente instrumental), puede resultar inequívocamente cierta la persona que haya de ser llamada a la herencia. Ese hecho identificador del heredero – que por regla general debería constar en el propio testamento - puede consistir en un suceso que haya de ocurrir posteriormente al testamento (o hechos ya existentes pero desconocidos por el disponente) y que, en caso de verificarse, aparezca con toda claridad cuál sea la persona del favorecido y le individualice. Se trata por tanto de que sean susceptibles de ser identificadas con certeza y, por tanto, determinables de un modo u otro (doctrina de las añejas **SSTS 31 enero 1.899 y 11 marzo 1.911; (CJ T 120, num 106)**).

Así expresado, resulta evidente que podría asemejarse a las disposiciones bajo condición a las que nos referiremos en el Capítulo III. Tales circunstancias, siempre que no sean ilícitas, inmorales o contrarias a la ley, y que en principio podrían llegar a concurrir incluso en cualquier persona (a salvo siempre del sistema legítimo).

En “**Agárrame ese fantasma**” (**Arthur Lubin, 1.941**), dos amigos Murray y Jones (el dúo humorístico Abbot y Costello) heredan una casa del gánster Sidney

Watson. Lo curioso es la peculiar estipulación de su testamento en la que legaba sus bienes “a quienes se encuentren a mi lado cuando la policía acabe conmigo” En este particular supuesto, entiendo que resultaría de aplicación expresamente el **art. 470 CDFR** y, por tanto, esta “disposición testamentaria” debería tenerse por “no puesta” al haberse realizado a favor de una “persona(s) incierta” sin que podamos llegar a aventurar por que tipo de “evento” pudiera llegar a resultar cierta como proclama el citado precepto.

Sin embargo, en la japonesa “**Inheritance**” (**Masaki Kobayashi, 1.962**) la problemática planteada no es tanto la identificación de los herederos sino su localización, ya que los tres hermanos llamados a la sucesión se encuentran en paradero desconocido.

En síntesis y a título meramente estadístico, en el 39% de las películas los llamados a la herencia son los hijos o algún hijo del causante; en el 10% el instituido es un nieto; en el 15,62% son los sobrinos; el 6,25% se defiende a favor del cónyuge; en el 1,56% primos y en el 20,31% la herencia corresponde a “extraños”.

## 2. La intervención en la herencia de notarios y abogados.

Tenemos que comenzar haciendo una precisión entre la figura del **notario anglosajón** (y más propiamente estadounidense) y el modelo de **notariado europeo continental o tradicional latino**, si se prefiere, muy alejado de aquel (exportado a la práctica totalidad de Sudamérica, una gran parte de Asia y Africa). En el notariado norteamericano, cada Estado cuenta con su propia normativa, de modo que la regulación no resulta homogénea.

El **notario anglosajón** es un mero legitimador de firmas – no existe la autenticidad o fe pública como nosotros la conocemos - encargado tan solo de presenciar que una persona determinada firma un documento concreto; es decir, no prepara ni redacta escrituras, por ello el valor probatorio de ese “documento notarial” es escaso. De hecho, el “solicitor” (figura que más podría acercarse al notario latino) actúa como mero asesor o abogado (que también recibe el nombre de “lawyer” entendido como un experto jurista), pero no propiamente como notario. En puridad, lo que se conoce como “public notary” es nombrado por un Gobernador o un Tribunal – según los Estados – y no es necesariamente un jurista, sino una persona dotada de imparcialidad e integridad moral. Su actuación tampoco genera ningún documento auténtico o que revista un efecto legitimador en el tráfico o de control de legalidad de un determinado negocio jurídico.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Citamos en este apartado a **CARMELO LLOPIS, José**: El notariado en Estados Unidos:

Por el contrario, el **notario latino** es un tercero imparcial que se asegura, bajo su responsabilidad, de la identidad y capacidad de los otorgantes. De igual modo, desempeña funciones de asesoramiento en lo que se conoce con el nombre de “*justicia preventiva*” por lo que complementa la figura del abogado sin que tenga que sustituirlo necesariamente. El notario es un profesional libre, un jurista de “*juicio recto y sana intuición*”, objetivo e imparcial, obligado por el deber de secreto, que responde de la redacción y autenticidad del documento, prueba del negocio, en este caso, una escritura pública. En concreto, en España reviste un carácter público; la Notaría como tal no pertenece al notario, sino que es un servidor de la misma; es al Estado a quien en última instancia corresponde su “titularidad” como señala **MERINO HERNANDEZ**<sup>5</sup>. Y, en Aragón, en particular, los notarios han tenido una gran relevancia en la conformación del propio Derecho aragonés.

En la práctica totalidad de los supuestos se sigue recurriendo a la imagen del notario que, con independencia de sus funciones como fedatario público, autorizando el otorgamiento del instrumento público, con posterioridad al fallecimiento del otorgante también contacta con los herederos y “abre” o “lee” el testamento en presencia de los diversos parientes que son citados en su despacho (o preferiblemente en una refinada mansión) recibiendo su contenido con sorpresa, rechazo, indignación, etc... Se trata de una mentalidad muy habitual no solo en países de derecho anglosajón (donde, por otra parte, es lo normal), sino también en España, en particular entre la gente de edad avanzada, concepción en la que ha influido, precisamente el cine, como en tantos otros aspectos jurídico – procedimentales o procesales, en lo relativo al desarrollo de las vistas orales. Sirvan como ejemplo “**El gato y el canario**” (Paul Leni, 1.927), “**Noche de duendes**” (James Parrot, 1.930), “**Dos fusileros sin bala**” (James W. Horne, 1.935), “**Home to danger**” (Terence Fisher, 1.951) “**El jovencito Frankenstein**” (Mel Brooks, 1.974) y más recientemente “**El último regalo**” (Michael O. Sajbel, 2.006).

Dentro de las funciones de asesoramiento y legitimación de documentos que asisten a los notarios, en “**El testamento del Dr. Cordelier**” (Jean Renoir, 1.959), el notario Joly se excederá en su desempeño, investigando al heredero de su amigo el doctor Cordelier, que ha otorgado un inexplicable testamento a favor de un ser despreciable que “*comete actos reprobables*”. De hecho, llega

---

¿es mejor que el notario en Europa?. Blog [www.notariallopis.es](http://www.notariallopis.es) (26 febrero 2.015) y **GIRALDO, Diana**: Historia del notariado en Estados Unidos. Blog [www.notariadoyregistro.es](http://www.notariadoyregistro.es) 25 agosto 2.014.

<sup>5</sup> **MERINO HERNANDEZ, José Luis**: La institución del notariado en Aragón. Boletín Oficial de los Colegios de Abogados de Aragón. Año XXVIII, Número 108, 1 enero 1.988. Pags. 23 a 40.

a dudar de la capacidad del disponente, y consulta con el psicólogo Severine, vulnerando a nuestro juicio el secreto profesional, al revelarle el contenido de la última voluntad del eminente médico: *“el testamento de un loco a favor de otro loco”*. Joly conmina a Cordelier a que revoque el testamento cuando tiene conocimiento de las atrocidades de Opale.

Por otra parte, en **“Mi prima Raquel” (Henry Koster, 1.952)** el notario autorizante del testamento advertirá seriamente al único heredero, que instituye a su prima Raquel (de ahí el título de la película) nada más adquirir el control de los bienes de su otro primo: *“nunca he escuchado algo así en mi vida”, “es una locura”: “hay mujeres muy buenas sin defectos que sin embargo provocan un desastre y lo convierten todo en tragedia”*.

Hay que destacar que, paradójicamente y a diferencia de otros “abogados de cine”, una gran parte de los **“letrados cinematográficos”** que intervienen en la tramitación de herencias son presentados como rapaces y depredadores, sin otra motivación o ambición que la percepción de sus emolumentos, consistentes por regla general en un sustancioso porcentaje del valor de los bienes; para ello no dudarán en prestarse a todo tipo de oscuros enjuagues o cambalaches.

En **“Veredicto Final” (Sidney Lumet, 1.982)**, Frank Galvin, un abogado maduro y en decadencia, adicto al alcohol, sobrevive gracias a pequeños y rutinarios trabajos; para captar clientes acude a los funerales haciéndose pasar por amigo del difunto con la intención de que los familiares le encomienden la tramitación de la herencia o cualquier reclamación relacionada con el deceso (seguros, indemnizaciones, etc...).

En **“El secreto de vivir” (Frank Capra, 1.936)**, los abogados del despacho Cedar & Asociados eran los administradores del causante, el acaudalado Sr. Martin Semple. Temen verse relevados en su función por el heredero el Sr. Deeds, y quieren que les otorgue poderes *“cuanto antes”: “las cuentas no están claras y quiero ver los libros; serán mis administradores cuando conozca sus intenciones”* contestará el heredero. Cuando la sedicente esposa del Sr. Semple se plantea interponer un procedimiento judicial para reclamar la herencia, los abogados traicionarán la memoria del causante, representando a los *“otros parientes”* en la demanda de incapacitación interpuesta contra el legítimo heredero.

Idéntico comportamiento encontraremos en **“La bestia de los cinco dedos” (Robert Florey, 1.946)** en que la hipocresía y ambición de los letrados resulta todavía más evidente: cuando los familiares del causante se plantean la impugnación del testamento, pues el causante ha favorecido a su enfermera en detrimento de esos parientes, los abogados se ofrecen al mejor postor: *“estoy de parte de quien me contrata; no quiero una tarifa sino una tercera parte de la herencia”*. En este caso es el Letrado quien contraviene el **art. 32.1 del Estatuto General de la Abogacía Española**, al quebrantar su deber de secreto y confidencialidad, por



revelar los detalles del otorgamiento y el contenido de un testamento anterior que le fue confiado.

En la producción japonesa **“Inheritance” (Masaki Kobayashi, 1.962)** los abogados del causante también tratarán de sacar partido de la situación planteada por la herencia; un grupo de letrados sin escrúpulos maquinará para hacerse con el control del patrimonio hereditario en ausencia de los instituidos.

En **“Haman, el baño turco” (Ferzan Ozpetec, 1.997)**, Francesco, es llamado a la herencia de tu tía Ana quien regentaba un baño turco en Estambul. Se desplaza a la ciudad turca para acometer los trámites de la herencia, en donde contacta con un turbio abogado local, Zozo, un “liante”, que parece poner trabas a la adquisición de la herencia porque está involucrado en oscuras negociaciones con la inmobiliaria que quiere comprar el terreno para construir un Centro Comercial.

Y, en el paroxismo de la inmoralidad y la mala fe, en **“Fuego en el cuerpo” (Lawrence Kasdan, 1.981)**, remake inconfeso de Perdición (Billy Wilder, 1.944), encontramos a Ned Racine, un mediocre letrado que no dudará en convertirse en cómplice (y finalmente en autor) de un asesinato para repartirse la herencia con la viuda de la víctima.

La impugnación de testamento, y el correspondiente procedimiento judicial que lleva aparejado, se plantea excepcionalmente como una mera posibilidad o sugerencia en alguno de los largometrajes estudiados; no existe ninguna película “judicial” que conozcamos en que el proceso verse de forma expresa y relevante sobre la nulidad de un testamento.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Dentro del ámbito procesal en este tipo de litigios, con carácter general, el **art. 50 L.E.C.**, atribuye la competencia territorial como fuero general de las personas físicas “*al tribunal del domicilio del demandado*”. Y, el **art. 52.1.4º** del mismo Texto Legal dispone dentro de lo que denomina “*casos especiales*”: “*En los juicios sobre questiones hereditarias, será competente el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio*”. Resulta evidente que la regla especial debe prevalecer (o complementar) sobre la norma general de atribución de competencia. En el caso de la regla contenida en el **apartado 4º del art. 52.1**, la unánime doctrina científica entiende que esa norma es aplicable a toda pretensión hereditaria o derivada del fallecimiento de una persona y la consiguiente declaración de los derechos hereditarios y distribución de su patrimonio, órbita en la que, desde luego, caería la impugnación de un testamento.

Por otra parte, en el ámbito de la competencia funcional y objetiva el **art. 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial** enseña que “*Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: 1º.- En primera instancia, de los Juicios que no vengan atribuidos por esta Ley a otros Juzgados o Tribunales*”. En particular en su **art. 22.3º**, en el último inciso, proclama que en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles son competentes, en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes en España. Y, para concluir, el procedimiento idóneo será el del Juicio Ordinario en virtud del **art. 249 LEC**.

### 3. El nombramiento de fiduciarios.

Las figuras y funciones del fiduciario y albacea, claramente definidas desde el punto de vista jurídico, no lo están tanto en el cinematográfico: se entremezclan o se confunden unas con otras; a veces es producto de la traducción en el propio doblaje. En algunas ocasiones se alternan las palabras “fiduciary” o “trust”, referidas a la fiducia, con la expresión “executor” que concierne al albacea.

La fiducia consiste en una institución por la cual una persona, denominada comitente, puede nombrar a una o más personas, que reciben el nombre de fiduciarios – comisarios, para que se encarguen de ordenar su sucesión (**art. 439 CDFR**). Según unánime opinión de la doctrina científica, se trata de una institución jurídica de origen consuetudinario conocida al menos desde el siglo XII, que no se recogía propiamente en los Fueros y Observancias, y tampoco aparece en un texto legal hasta el Apéndice de 1.925.<sup>7</sup>

Constituye, sin duda, una de las figuras más significativas del derecho de Sucesiones aragonés, debido a su uso práctico y a sus características particulares que permite que se establezca tanto en capitulaciones matrimoniales (vid. **STSJ de Aragón 23 septiembre 1.992 (RJ 1.992/7078)** y **SAP de Huesca 20 abril 1.998 (EDJ 1.998/6749)**), como en pactos sucesorios y, por supuesto, en cualquier tipo de testamento (ya sea abierto, cerrado, ológrafo o alguno de los denominados especiales, mostrando gran flexibilidad en lo que concierne a este concreto acto de disposición). En cualquier caso, el nombramiento de fiduciario/s precisa “necesariamente” de escritura pública como proclama el **art. 442 CDFR**.

Frente al principio de personalidad que caracteriza al testamento, en la fiducia encontramos a un tercero que va a ordenar la sucesión del causante en los mismos términos y con idénticas atribuciones que éste, en quien delega la facultad de disponer “mortis causa”. Supone una verdadera facultad personalísima, indelegable e intransferible que una persona atribuye a otra (s), y que encuentra su “denominador común” o “nexo último” en la “confianza testamentaria” (no en vano proviene de la raíz latina *fides*, que significa literalmente fe). No olvide-

---

<sup>7</sup> Como ha señalado **ZUBIRI SALINAS**, fue la “*sabiduría popular*” la que creó el “*medio jurídico preciso*” para transmitir los bienes de un determinado testador que se marchaba a “*tierras lejanas e inhóspitas*” dejando resuelta “en casa” la sucesión del patrimonio en una época de paz precaria, esperanza de vida corta y dificultad de comunicación. Y, en particular, en Aragón, en donde no tuvo vigencia el Derecho romano “*prohibidor*” de la fiducia. Para este autor, se trata de una institución “*amplia y rica en matices y posibilidades*” asentada como base legitimadora en la libertad de testar de que gozan los aragoneses. Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Vol. III. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1.996. Pags. 353 y ss.

mos que concierne a la sucesión del comitente, del patrimonio de quien hace el encargo, no la del fiduciario que lo ejecuta o lo lleva a cabo.

Como afirma **ESCOLAN REMARTINEZ**, se trata de una *“figura compleja e interesante que es necesario estudiar detenidamente para establecer una naturaleza jurídica que la explique”*, destacando la dificultad que ha encontrado la doctrina foralista para determinar cuál sea esa naturaleza<sup>8</sup>.

El fiduciario deberá ser mayor de edad y gozar de plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante (**art. 440.1** en relación con el **art. 462 c) CDF**), pues solo de este modo podrá concluir de manera leal y adecuada el encargo sucesorio conferido a su favor cumpliendo la voluntad del disponente.

Como se desprende del **art. 339 CDF**, la fiducia puede ser tanto individual como colectiva. Como su propio nombre indica, la **fiducia individual** tendrá lugar cuando el causante nombra a una sola persona - ya sea ésta familiar o no - para desempeñar el cargo (pero también cuando se nombra a más de un fiduciario de modo que uno de ellos actúe como “titular” y los demás entren a desempeñar su función, sucesivamente, si este primer llamado renuncia, fallece o se encuentra afectado por una incapacidad sobrevenida). Por el contrario, en la **fiducia colectiva**, los diversos fiduciarios actuarán de forma conjunta<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> La fiducia sucesoria aragonesa. Del “pacto al más viviente” hasta la problemática fiscal moderna. Aranzadi, Navarra, 2.013. Pags. 57 y ss.

Para explicar la naturaleza jurídica de la fiducia se ha recurrido a múltiples teorizaciones por parte de la doctrina foralista. Así, ha sido caracterizada como un mandato o poder “post mortem”, “supuesto especial de representación”, “desglose subjetivo del dominio”, “negocio d’acertamento” o “per relationem” e incluso calificando al fiduciario como “minister o intermediario”, “arbitrador en negocio ajeno” y hasta como “propio heredero”. Sin embargo, considero más acertada la posición de **MERINO HERNANDEZ** quien enuncia la teoría de la “subrogación personal o subjetiva”. Para este autor, “ordenar la sucesión” equivale a realizar todos los actos que resulten precisos para que el acervo hereditario de una persona quede en disposición de ser continuado por otras. El fiduciario queda investido de “facultades suficientes” para realizar cuantas actuaciones hubiera podido llevar a cabo el propio comitente en orden no solo de disponer de un conjunto de bienes y derechos, sino también por recibir el control sobre un conjunto de relaciones patrimoniales y personales. Esa teoría viene avalada además por doctrina jurisprudencial de la **Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 06 de abril de 1.954**: *“los fiduciarios comisarios se subrogan en la personalidad de los mandantes para hacer institución de heredero y distribución de la herencia conforme a las amplias facultades que se les concedieron”*. Vid. **ALEGRE ALONSO, Guillermo**: Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria. RDCA, 1.998, (nº 1 y 2), pags. 65 a 85; **MERINO HERNANDEZ, José Luis**: La fiducia sucesoria aragonesa. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 1.994.

<sup>9</sup> La **STSJ Aragón 13 febrero 2.006 (EDJ 2.006/21483)** analiza un particular supuesto de constitución de una fiducia colectiva; en síntesis, se había nombrado a tres fiduciarios: uno de ellos renuncia directamente al cargo, mientras que otro designa herederos. El restante se abstiene; la Sala llega a la conclusión de que es evidente que *“la abstención de uno de tales fiduciarios en el momento de la decisión definitiva genera una anómala situación, sin previsión legal específica al*

La fiducia se configura como un cargo **voluntario** (por consiguiente el designado puede renunciarlo o no aceptarlo sin tener que alegar excusa alguna), **personalísimo** (no puede delegarse en otro ni ser transferido a otra persona distinta a la designada por el testador), **revocable** (en caso de que, por ejemplo, decayese la confianza en el instituido, vid. **art. 443 CDF**), y **subsidiario a la voluntad del causante** (por cuanto es la voluntad de éste la que ordena la sucesión y debe observarse un cumplimiento estricto y respetuoso de las instrucciones u órdenes recibidas, ya que puede limitarse tan solo a unos bienes o ejecutarse en un plazo determinado), como se desprende de los **arts. 440 y 441 CDF**.

Una de las novedades en la regulación de la fiducia sucesoria que introdujo la Ley de Sucesiones de 1.999 es la ampliación de su ámbito subjetivo, de modo que ya no resulta obligatorio que el fiduciario sea el cónyuge (lo que, en cualquier caso, sigue produciéndose en la mayoría de los supuestos, constituyendo aún hoy en día el paradigma de esta figura jurídica y en el que la confianza en que se basa encontrará mayor acomodo<sup>10</sup>), sino que puede nombrarse a cualquier pariente e incluso a otras personas ajenas al estricto círculo familiar, aunque no ostenten la vecindad civil aragonesa, ni siquiera la nacionalidad española.

En la producción danesa "**La herencia**" (**Peter Fly, 2.002**) podríamos encontrar una suerte del único encargo fiduciario "cinematográfico" concedido a la **viuda del causante**. Arksel, un importante industrial de la metalurgia, se suicida y su fría y autoritaria esposa, Annelise, parece estar investida de la suficiente autoridad para designar quien va a recibir el legado (traducción del título original "Arven" que en un sentido más amplio puede entenderse como "encargo") del complejo entramado empresarial y con qué facultades y atribuciones. El elegido será Christopher, el hijo varón que regenta un exitoso restaurante en Estocolmo y, en un principio, rechaza la responsabilidad conferida. Finalmente, Christopher se hace con el control del holding, desplazando a su cuñado Ulrik, hasta entonces el Director General, y siguiendo las instrucciones y consejos de su madre, comienza a ordenar el despido de 200 trabajadores (incluido el propio Ullrik y Nils, el hom-

---

*respecto", y resuelve que "la abstención de uno de los fiduciarios, en el acto de ejecución de la fiducia no comporta la conclusión de ineficacia de lo acordado por no haberse formado la mayoría en la norma, ya que la abstención no ha supuesto una carencia de voluntad formada ... concu- rrieron ambos fiduciarios y después de manifestar uno su abstención, la otra otorgó la ejecución, suscribiendo finalmente ambos el documento otorgado"*

<sup>10</sup> Como ha señalado **CALATAYUD SIERRA**, se ha producido "cierta bifurcación del régimen jurídico de la fiducia" ya que el legislador ha partido de la base de que no era conveniente otorgar a quien no es cónyuge la misma amplitud de facultades que a éste. La idea es que la fiducia a favor del cónyuge tiene un "soporte más seguro" en la medida en que la confianza alcanza la "máxima fuerza". Comentarios breves a la Ley de Sucesiones. Librería General. Zaragoza, 1.999. Pag. 111.

bre de confianza de su padre, tras 34 años de servicio) negociando una fusión con Aceros Lyon. El nacimiento del hijo de Christopher, garantiza a Annelise un heredero y la continuidad de la empresa.

En relación con lo anteriormente expuesto, con carácter general, el cargo de fiduciario será **“naturalmente” gratuito**, (**art. 440.3 CDFA**) salvo que el causante establezca de forma expresa algún tipo de pago, reintegro o retribución que, en todo caso, entiendo que deberá ser efectuado con cargo a la herencia. Como afirma la mejor doctrina esta posibilidad de que el ejercicio de la fiducia pueda llevar aparejado una contraprestación económica a favor del instituido (supuesto que no contemplaba expresamente el texto compilado de 1.967) abre la posibilidad de designar fiduciarios “profesionales” o “expertos” en una determinada materia, o incluso el Consejo de Administración de una empresa, o socios individuales de la misma, con objeto de garantizar su continuidad, y que permita una correcta administración, distribución adjudicación de los bienes; los hijos del causante tal vez no quieran o no puedan hacerse cargo de la empresa o actividad comercial o incluso pueden estar completamente desvinculados del negocio que ha generado el patrimonio familiar.

En este caso, la relación de confianza que, como hemos visto resulta esencial en cualquier relación fiduciaria, debe ser mutua o recíproca de modo que el fiduciario tenga garantizada, en su caso, la percepción de los emolumentos estipulados por el comitente. En suma, la fiducia aragonesa, con buen criterio, ha dejado de ser una institución de carácter familiar. Sin embargo, como es natural, si existen legitimarios, el fiduciario deberá disponer a favor de cualesquiera ellos.

Por otra parte, y en relación con la ejecución de la fiducia, resultará relevante el **plazo** concedido para el ejercicio de la misma, extremo en el que influye la persona (s) que haya sido finalmente designada. El **art. 444.1 CDFA**, con carácter general, dispone que el fiduciario deberá cumplir el encargo en el plazo que expresamente le haya señalado el comitente, lo que no es sino consecuencia directa y lógica del principio de subsidiariedad enunciado en el **art. 441 CDFA**. El plazo comenzará a correr desde el fallecimiento del comitente y es calificado expresamente de caducidad (**art. 444.4 CDFA**) por lo que, no admitirá interrupción alguna y si el encargo no se ha cumplido dentro del plazo establecido, decaerá la posibilidad de hacerlo. Si no se ha señalado un plazo expresamente, deberá ejecutarse en tres años, salvo que el fiduciario sea el cónyuge, supuesto en que el nombramiento será vitalicio.

Consecuentemente: ¿resultaría posible un encargo vitalicio conferido a la persona de un fiduciario que no sea el cónyuge?. La doctrina científica aragonesa

se encuentra dividida a este respecto<sup>11</sup>. Comparto la opinión de **MERINO HERNANDEZ** y **ESCOLAN REMARTINEZ** cuando afirman, en síntesis, y con diferente argumentación, que, en ese caso, un plazo indefinido, de por vida, rompería con el espíritu y función de la fiducia, equiparando y haciendo de la misma condición a un extraño con la figura del cónyuge (cuya posición queda notablemente reforzada, precisamente con la fiducia, y quien también, por regla general, gozará de un usufructo viudal vitalicio), sin que aporte una ventaja concreta ni al causante ni a sus herederos. De este modo, se pueden admitir, no obstante, plazos “*muy largos*” (40 o 50 años) con tal de que sean concretos. Cuestión distinta es que las personas que puedan sentirse perjudicadas acudan al recurso de solicitar judicialmente la reducción de tal plazo como dispone el **art. 447 CDFA**.

La **STSJ de Aragón de 26 enero 2.005 (EDJ 2.005/336986)** parece dar la razón a esta tesis. La mencionada resolución estima que “*no puede considerarse fraude de ley la fijación de tan dilatado lapso de tiempo (un plazo de 25 años) ya que “resulta coherente con la voluntad del testador de que la herencia fuera deferida incluso a favor de descendientes aún no concebidos al tiempo de su muerte.”* La cláusula correspondiente del testamento otorgado en el año 2.000 otorgaba plenas facultades a la fiduciaria para ordenar la sucesión, recogiendo con “*precisión y claridad necesarias, la indubitada voluntad del testador con suficiente concreción*”.

En “**El gato y el canario**” (**Paul Leny, 1.927**) la actuación del abogado Mr. Crosby parece más propia de un fiduciario que de un albacea. Pasados 20 años desde la muerte del causante, el excéntrico millonario Cyrus West, cita a los posibles herederos a los que “*examina*” comprobando su idoneidad moral para recibir el legado y su capacidad y salud mental, pudiendo disponer, en su caso, de los bienes, ya que existen instrucciones claras conferidas a su favor.

Sin embargo, considero que en “**El pacto de Berlín**” (**John Frankenheimer, 1.985**), el banquero suizo Sr. Manfredi, una hombre “*serio y responsable*” y por ello merecedor de toda “*confianza*”, constituye un ejemplo de auténtico fiduciario. El encargo conferido a su padre, debe ejecutarlo él, (por tanto es un supuesto de fiducia individual sucesiva), 40 años después del fallecimiento de los comitentes (tres generales nazis “*arrepentidos*”). Ese plazo se establece tratando de “*dejar pasar un tiempo suficiente*” desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Manfredi

---

<sup>11</sup> Vid. **ESCOLAN REMARTINEZ, Amadeo**: La fiducia sucesoria aragonesa. Del “pacto al más viviente” hasta la problemática fiscal moderna. Aranzadi, Navarra, 2.013. En las páginas 221 y ss. sintetiza las distintas teorías y argumentaciones vertidas por diferentes autores en este sentido. De igual modo, puede consultarse **MERINO HERNANDEZ, José Luis**: Memento Experto. Derecho Foral de Aragón. Ediciones Francis Lefebvre. Madrid, 2.011. Pags. 468 y ss.

tendrá que localizar a los herederos, hijos de los oficiales hitlerianos, descubriendo y revelando su verdadera identidad, valorar sus intenciones y propósitos cuando conozcan el fabuloso legado al que son llamados y, en función de ello, adjudicar la herencia a quien la merezca, siempre bajo el control de una fundación.

De igual modo, los abogados de la firma Granville y Baxter en **“El gran despilfarro” (Walter Hill, 1.985)** deben encontrar el paradero del sobrino (por tanto no legitimario) de Rupert Horn, ofrecerle la herencia con las condiciones impuestas por el testador, verificar su cumplimiento y, en caso contrario, adjudicar la herencia al propio bufete al estar investidos de tal potestad y, en este caso, fiscalizados por una contable.

Y, desde luego, (puesto que reciben expresamente el nombre de fiduciarios o “fideicomisarios”), lo sería el Consejo de Administración de las empresas del holding creado por Howard Stevens a quien el causante ha *“cedido el control”* en el desconocido aunque interesante y aleccionador largometraje **“El último regalo”** dirigido en **2.006** por **Michael O. Sajbel**. El “Consejero Delegado” Sr. Hamilton, quien va a *“supervisar”* la sucesión ofrecerá la herencia al inicialmente llamado por el testador, una vez más, un sobrino, Jason, quien también tendrá que cumplir una serie de “encargos”. En caso contrario es advertido de que la herencia se deferirá a favor de otros parientes.

Por último, el enorme patrimonio de Paul Getty (**“Todo el dinero del mundo, Ridley Scott, 2.017”**) quedará en manos de un *“fideicomiso familiar”*; los herederos son sus nietos y hasta que sean mayores de edad, serán sus abogados quienes administren el caudal hereditario – con la supervisión de la madre, Gail Harris, atendiendo a su minoría de edad- y la limitación de que pueden invertir y *“mover el dinero”* pero *“no gastar”*, salvo para pagar los impuestos.

#### **4. El albaceazgo y los administradores de la herencia.**

El Código de Derecho Foral tan solo dedica dos preceptos (**arts. 484 y 485**) a la regulación del albaceazgo por lo que, en esta materia y a falta de una “regulación” expresa por parte del disponente, resultará de aplicación supletoria la normativa del Código Civil. Su etimología proviene del vocablo árabe *“al waci”* que significa gestor – ejecutor, lo que nos ofrece una idea de su función y naturaleza jurídica<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> La figura del albacea ha sido identificada por la jurisprudencia y, sobre todo, por la doctrina, como un representante del causante “ex officium” y se ha remitido esta figura a la normativa del mandato y, en concreto, de un mandato post mortem de naturaleza especial (**STS 18 diciembre 1.958 (EDJ 1.958/1330)**). Sin embargo, como señala acertadamente **LLEDO YAGUE**, *“no se trata*

El albacea es una persona de confianza designada por el disponente y aunque revista un carácter esencialmente testamentario (**STS 22 marzo 1.983 (EDJ 1.983/1849)**), también puede establecerse en pacto sucesorio, con las funciones que, con carácter general, le hayan sido encomendadas por éste (vid. **RDGRN 28 enero 1.990 (RJ 1.990, 112)**). Su cometido específico consiste en vigilar el cumplimiento exacto y puntual de su última voluntad, y aún ejecutar lo ordenado por éste, es decir, incluso protegiendo y cuidando de los bienes que integren el caudal y procediendo a su distribución y/o adjudicación de forma ágil y ordenada entre los coherederos. Se trata, por tanto, de un encargo especial con claras funciones tuitivas que comparte algunas características con la institución de la fiducia, pero con la que también presenta notables y esenciales diferencias.

El **art. 484 CDFFA** destaca su **carácter dispositivo**: “... podrá nombrar uno o más albaceas”; de lo que se desprende que el cargo puede ser también individual o coexistir varios albaceas que actúen de forma mancomunada – de modo que “*solo valdrá lo que todos hagan de consuno*”-, solidaria o bien sucesivamente (uno en defecto de otro). Asimismo, reviste un carácter **voluntario** ya que el nombrado tiene la posibilidad de excusarse o, una vez aceptado el cargo, renunciarlo alegando “justa causa”. En principio será **gratuito** pero podrá establecerse una remuneración. Del mismo modo, es **personalísimo**, tan solo podría delegarse con expresa autorización del instituyente, y **temporal**. Resultará viable la existencia de **albaceas particulares** (investidos de unas funciones determinadas y concretas) y **universales** (dotados de todas las atribuciones necesarias – incluidas las de contar y partir como enseña la **STS 20 febrero 1.993** -para cumplir la última voluntad del *de cuius* hasta la definitiva adjudicación y entrega de los bienes a los herederos).

Y, como es natural, podrán concurrir en la misma persona los cargos de fiduciario, albacea, contador – partidor y administrador, con funciones delimitadas, propias e independientes. Para concluir, podemos destacar que el **art. 91 Ley de Jurisdicción Voluntaria** abre el capítulo I del Título IV – relativo al albaceazgo -, que regula los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al derecho sucesorio.

En la reciente producción norteamericana, “**El Reverendo**” (**Paul Schrader, 2.017**), el albacea testamentario, aunque no se designa con ese nombre, va a

---

*realmente de un mandato, puesto que el albaceazgo no es un contrato ya que es evidente que no existe un acuerdo de voluntades con el testador y menos todavía con los herederos*”. Y sigue diciendo: “*el régimen del mandato va a ser la principal fuente a la que acudir para suplir las deficiencias del régimen jurídico del albaceazgo, pero no en virtud de la participación del albaceazgo en ninguna “naturaleza” sino por la identidad de razón en las normas del mandato y la del conflicto planteado*”. Compendio de Derecho Civil. Sucesiones. Editorial Dykinson, Madrid, 1.998. Pag. 140.



ser un sacerdote, el reverendo Toller, debido a la confianza y el respeto que éste inspira en el joven causante. En efecto, Michael, un *“activista ecológico”* se suicida dejando un sobre (lo que parece ser un testamento ológrafo) que contiene instrucciones para sus exequias y el mantenimiento de su legado de respeto al medio ambiente.

En **“El soltero” (Gary Sinyor, 1.999)** Roy Gluckman, el abogado del testador es también su albacea, encargado que el heredero cumpla las condiciones estipuladas y, por tanto, de ejecutar su última voluntad. Todavía más evidentes resultan el nombramiento y las facultades atribuidas al albacea (y administrador) de la herencia, en **“Mi prima Raquel” (Henry Koster, 1.952)** a quien se le confieren instrucciones expresas en el testamento como *“guardián y ejecutor de los bienes y la voluntad del testador”*

En ocasiones, la confianza depositada en el albacea, permite que sea él quien custodie su testamento, en este caso ológrafo como sucede en **“La casa torcida” (Guilles Paquet – Benner, 2.017)**. Un amigo del causante, Geitskill, de origen griego, ha custodiado durante varios años un sobre con un testamento que va a cambiar por completo el orden de suceder en el que confiaban los familiares.

En este caso, una vez abierta la sucesión, el albacea también se vería impedido por la obligación contenida en el **art. 689 C.Civ.** (de aplicación supletoria en Aragón a falta de una regulación expresa) debiendo presentar el testamento ante el Juez de Primera Instancia del último domicilio del causante o en el del lugar en que éste hubiera fallecido en el plazo de cinco años. Sin este requisito la disposición de última voluntad *“no será válida”*; cuestión distinta es que exista otra posterior que la revoque, como sería el caso. (vid. **STS 21 enero 2.011**).

El supuesto más claro de albaceazgo cinematográfico lo encontramos en la francesa **“Las horas del verano” (Oliver Assayas, 2.008)** en que el reputado artista Paul Berthier nombra albacea a su hermana expresamente en su testamento (instituyendo herederos a los tres hijos de ésta) con objeto de velar por el patrimonio hereditario consistente en una excepcional colección de arte. Las instrucciones son claras: *“sois tres y todo se dividirá entre tres”*, pero con la mención y advertencia: *“el patrimonio es un conjunto y no hay que dispersarlo”*. El fallecimiento de la única albacea (la falta de previsión por parte del causante, deja vacante el cargo), origina que sean los herederos quienes tengan que ejecutar personalmente la voluntad del causante, alcanzando un acuerdo sobre el destino de los bienes (casa, cuadros, mobiliario, obras de arte) algunos de los cuáles terminan en depósito en el conocido Museo impresionista de Orsay.

Dejamos para el final de este apartado un interesante supuesto. ¿Podría ser el notario autorizante del testamento, albacea del testador?. Con carácter general el **art. 475.1 a) CDFa**, entre las *“prohibiciones de adquirir por causa de muerte”*

(que de igual modo también recoge el **art. 745 C.Civ.**) proclama rotundamente que es nula la disposición a favor de una serie de personas entre las que cita en primer lugar precisamente al “*notario autorizante del acto*”. En palabras de **GIL NOGUERAS** se trata de impedir que una persona próxima al causante pueda captar su voluntad *aprovechándose o prevaliéndose* de su condición<sup>13</sup>.

Estas personas son capaces de suceder en los términos del **art. 325 CDFA**, sin que tampoco les afecte causa alguna de indignidad, pero a los que la ley excluye como herederos, contraviniendo la voluntad del causante. En el supuesto del notario (al igual que los testigos, facultativos, intérpretes, etc..., contemplados en el **apartado b) del art. 475.1**), se entiende que su relación próxima o cercana, o simplemente de cierto ascendente, podría moverle a realizar algún tipo de captación. Por idéntica razón considero que el fedatario público tampoco podría ser fiduciario.

Sin embargo, el “*thema decidendi*” de la **STS 24 mayo 1.954 (RJ 1.954, 1325)**, fue, precisamente, la cuestión que ahora nos planteamos; el “*notario autorizante*” había sido designado para el cargo de albacea y contador – partidior. El Alto Tribunal establece que “*con ese nombramiento no se dispone de ninguna parte de la herencia a favor del designado...*”; los honorarios que, en su caso, pudiera recibir por tales desempeños “*no pueden equipararse a la sucesión de los bienes del testador*”. El **art. 139 del Reglamento Notarial**, establece que los notarios no podrán autorizar escrituras en las que se contengan “*derechos a su favor*”, pero sí en las que sólo contraigan obligaciones como sería el caso. El inciso 4, exceptúa expresamente el “*caso de autorización de testamentos en el que se les nombre albaceas o contadores – partidiores ....*”. En cualquier caso, la infracción por parte del fedatario de esta concreta prohibición llevará aparejada la correspondiente sanción disciplinaria o corporativa, (**arts. 348 y ss RN**), pero no produce el efecto de anular o invalidar el testamento.

Por ello, - obviando las cuestiones relativas a la capacidad para testar - ningún problema puede representar la intervención del notario en **Incendies**, dirigida por el canadiense **Dennis Villeneuve** en **2.010**. El notario Lebel, ha autorizado el testamento de Nawaal Harwan quien, de hecho, ha trabajado como administrativa en su despacho y cuya terrible historia ha podido conocer de primera mano, a modo de una confesión.

En su última voluntad establece una serie de instrucciones relativas a su funeral: “*sin lápida ni epitafio, sin grabar el nombre, sin féretro, desnuda y sin*

---

<sup>13</sup> **GIL NOGUERAS, Luis Alberto**: Manual de Derecho Sucesorio Aragonés. Volumen 1. Ediciones SON LIBROS. Zaragoza, 2.006. Pags. 491 y ss.

*oraciones, la cara contra el suelo y a espaldas del mundo*” y a la ejecución de una serie de mandas que encomienda, precisamente, al notario autorizante con el cargo expreso de albacea. El propio Lebel reconoce que se trata de un *“encargo un poco especial, nada habitual”* pero lo acepta. Entrega un sobre con instrucciones para cada uno de sus dos hijos que reaccionan de diferente manera. Jeanne se desplaza inmediatamente a un país de Oriente Medio, que no resulta difícil identificar como el Líbano, en un auténtico viaje al corazón del horror, el infierno en la Tierra.

Posteriormente, al surgir algunas complicaciones, es el notario quien decidido a cumplir, a todo trance, la voluntad de la causante pues *“una promesa es algo sagrado”*, acudirá en ayuda de Jeanne acompañado de su hermano Simón. Con la colaboración de otro notario local, descubrirán que *“la muerte nunca es el final de una historia”* y que *“a veces es preferible no saberlo todo”*. En efecto, Simón y Joanne se enfrentarán a una terrible realidad sobre su origen, digna de la tragedia griega *“Edipo Rey”*. **Este durísimo largometraje nos deja un amargo poso, la desesperanzada sensación de que en el mundo existe la suficiente religión para que los hombres se odien pero no para que se amen.**

Y, de igual modo, ninguna objeción merece que en **“Mi prima Raquel” (Henry Koster, 1.952, Roger Mitchel, 2.017)** el albacea testamentario de la herencia de Ambrose Ashley sea el Sr. Kendall, notario autorizante del instrumento público y, además, primo del otorgante.

Para concluir este capítulo relativo a un repaso de los elementos personales o subjetivos que pueden aparecer a lo largo del fenómeno hereditario, en ocasiones, resulta preciso el recurso a otro tipo de profesionales como **peritos o tasadores** debido a la particular naturaleza de los bienes que integran el caudal hereditario (vg. cuadros o antigüedades) o la dificultad en la valoración de los mismos (vg. mansiones o casas unifamiliares, fincas rústicas, etc...), lo que entraña, como es lógico, evidentes consecuencias fiscales para la liquidación del impuesto de sucesiones y/o del incremento de valor de bienes inmuebles de naturaleza urbana, más conocido como plusvalía.

En la producción española **“La herencia Valdemar” (José Luis Alemán, 2.009)** los herederos *“no saben ni lo que hay en la herencia”*. Un tasador – perito inmobiliario se trasladará a la mansión Valdemar, una elegante *“casa victoriana de encargo”* para proceder a una valoración de la misma e *“inventariar, catalogar y tasar”*. Su desaparición dará lugar a una delirante trama.

Mucho más esclarecedora a este respecto resulta **“Las horas del verano”** dirigida en **2.008** por el francés **Oliver Assayas**. En este caso, la herencia está integrada por obras de arte (cuadros, muebles clásicos), antigüedades, etc... Un agente inmobiliario se encargará de la tasación y venta de la casa, mientras que

técnicos del Museo d'Orsay se ofrecen para la valoración de las piezas artísticas proponiendo el diseño de un catálogo de obras y su venta en una única subasta y/o la donación de parte del patrimonio a la citada pinacoteca para evitar las consecuencias del impuesto de sucesiones.

Precisamente, el **art. 211.1 de la Ley 10/2015 de 28 de diciembre**, Texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos se refiere a la denominada “*tasación pericial contradictoria*” para corregir los medios de comprobación fiscal de valores, procedimiento que se regula en los preceptos que le siguen.

## **II. LA SUCESION VOLUNTARIA. TIPOS DE TESTAMENTO: EL TESTAMENTO OLÓGRAFO, CODICILOS Y MEMORIAS TESTAMENTARIAS. REVOCACION. LA SUCESION LEGAL O INTESTADA.**

*“La ley de los primeros principios, Clarice,  
De cada cosa preguntaos ¿Qué es en sí misma?,  
¿Cuál es su naturaleza?. Lea a Marco Aurelio.  
“El silencio de los corderos” (Jonathan Demme, 1.991)*

### **1. Concepto, contenido y caracteres del testamento.**

Tengo la firme convicción de que otorgar testamento es el negocio jurídico más importante que puede concluir un ser humano. El testamento, prolongación de una persona más allá de su propia muerte, constituye un acto de extrema generosidad; no se obtiene nada a cambio ni ninguna contraprestación inmediata o directa. Esta disposición de última voluntad constituirá una huella indeleble de quienes fuimos y de cómo queremos ser recordados. A ello se une el hecho de que este negocio jurídico “mortis causa” representa el paroxismo de una expresión de voluntad; encarna la libertad civil por excelencia.

Además, en ordenamientos jurídicos como el aragonés, el testamento puede ser incluso una forma de vencer al tiempo, con instituciones como la fiducia (que posibilitan el llamamiento a la herencia de un descendiente (vg. nieto) al que el causante ni siquiera conoció).

Por ello, como dejó escrito **MIGUEL TRAVIESAS** “*así como el hombre dirige sus intereses y dispone de ellos durante su vida, puede también dirigirlos y*

*darles un destino para después de su muerte*<sup>14</sup>; la sucesión se opera mediante un acto que recibe el nombre de testamento (y en Aragón, también a través del pacto sucesorio o sucesión contractual que participa de unos principios y caracteres diferentes como veremos).

El testamento se configura como un acto **unilateral** (pues no precisa otro consentimiento o voluntad que la manifestada por su otorgante); es decir, no concurre otra parte que no sea el testador, sin que la aceptación posterior pueda conferirle siquiera un marchamo de bilateralidad. Por el contrario el pacto sucesorio o sucesión contractual sí implica el concurso de las voluntades de instituyentes e instituidos. Por esta razón, algunos autores destacan otra característica como es la **no receptibilidad**, aludiendo al hecho de que no resulta preciso que en la emisión de la declaración de voluntad concurren los posibles interesados o que tenga que ser necesariamente conocida por éstos, como enseña la **STS 08 julio 1.940**.

Cuestión distinta es que el testamento sea, por regla general **unipersonal**; sin embargo el testamento mancomunado es “bipersonal” en la medida en que los aragoneses (sean o no cónyuges o ni tan siquiera parientes) podemos otorgarlo, aún fuera de Aragón (**art. 417.1 CDFa**), pero indefectiblemente siempre con el concurso de dos personas. En cualquier caso, el testamento sigue siendo unilateral por que la voluntad, expresada “en mano común”, también continúa siendo una sola. Así se desprende del **art. 406 CFDA** cuando distingue que “*El testamento puede ser unipersonal o mancomunado*”.

Por otra parte, el testamento es un acto **personalísimo** (si bien en Aragón existe como hemos visto la posibilidad de nombrar uno o más fiduciarios *ex art. 439 CDFa*), **revocable** (**art. 431.1 CDFa**), **perfecto** (en la medida en que “supone un querer relativo a intereses que sobreviven al testador”) **libre e imperativo**, consecuencia de que la voluntad del testador se convierte en la ley de la sucesión, y por todo ello se configura como un negocio jurídico “mortis causa” (las relaciones que se regulan o exponen solo llegan a resultar eficaces tras la muerte del otorgante), o expresión de una última voluntad, producto de una resolución seria y deliberada.

Por último y, sobre todo, el testamento es un acto **formal y solemne**, puesto que para desplegar su eficacia la ley obliga al cumplimiento y observancia de una serie de requisitos “ab sustancia” o “ad solemnitatem” (**art. 407 CDFa**). En palabras de **PASTOR RIDRUEJO** es un “*negocio solemne y lo que es más*

---

<sup>14</sup> **TRAVIESAS MIGUEL, Manuel**: Revista de Derecho Privado, Año XXII, Num. 259. 1.935. Pag. 7.

*grave, documentalmente solemne*”; la solemnidad – sigue diciendo – se halla “*tan íntimamente ligada al documento que la vida del testamento parece vinculada a la pervivencia física de éste*”.<sup>15</sup>

De este modo y, en concreto, el testamento abierto precisará una manifestación por parte del otorgante que ha de ser “oral, de viva voz, libre y espontánea”. Acto seguido deberá ser “autorizado” por el notario quien traduce para el Derecho tal voluntad, dotándola de una forma jurídica pertinente, expresando el lugar, año, mes, día y hora del otorgamiento, procediendo a su lectura completa, con la advertencia al otorgante del derecho que le asiste a leerlo si así lo desea. Hay que destacar a este respecto que el testamento es la única escritura notarial en la que se exige la consignación de la “hora exacta” pues es en ese preciso momento cuando concluye el acto de la testamentifacción y se perfecciona.

Asimismo, el notario dará fe de conocer al testador o haberlo identificado “en forma suficiente”, emitiendo un juicio sobre la capacidad legal necesaria para concluirlo válidamente por el disponente quien, finalmente, deberá estampar su firma en señal indubitada de conformidad y consentimiento, lo que refrenda su carácter personalísimo; sólo entonces será rubricado por parte del autorizante lo que le dota del carácter de instrumento público. Y, todo ello, con el requisito de unidad de acto (es decir sin pausas, dilaciones o interrupciones injustificadas o indebidas) para evitar que pueda desvirtuarse la trascendencia y seriedad que comporta la testamentifacción (vid. **arts. 695 y ss. C.Civ.** y, en particular, **art. 195 RN**). Así, el testamento abierto notarial adquiere una fuerza probatoria cualificada propia de los actos auténticos, y con la garantía del asesoramiento jurídico que proporciona el fedatario público siempre dentro de los parámetros de la libertad decisoria del testador (**STS 19 septiembre 1.998 (EDJ 1.998/17464)**).

Tal es así que el **art. 423.1 a) CDFEA** proclama que *son nulos: Los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales prescritos por la ley...*<sup>16</sup>. Sin embargo, en relación al requisito de expresión de

---

<sup>15</sup> **PASTOR RIDRUEJO, Félix**: La destrucción del testamento. Homenaje a Francisco Palá, Zaragoza, 2.002. Pag. 172.

<sup>16</sup> La **STSJ Aragón 05 octubre 2.009 (EDJ 2.009/259316)** declaró la validez del testamento litigioso pese a que no había sido firmado por el testador, ya que si lo suscribieron dos testigos, y a pesar de que no se hiciera constar la circunstancia de que el otorgante no podía firmarlo ello no lo invalida legalmente. Afirma la citada resolución “*expone claramente la sentencia recurrida que del conjunto de prueba estudiado se concluye que la intervención de los testigos responde a la realidad de imposibilidad de poder firmar el testador. Así lo deduce tanto de los elementos de prueba relativos a actos ajenos al otorgamiento del testamento como de la propia redacción final de éste, en el que consta, de modo expreso, que el testador aprobó el testamento teniendo conocimiento tanto*

la hora del otorgamiento, el **apartado b)** del citado precepto salva esa omisión en el supuesto de que no se haya otorgado otro testamento en la misma fecha.

Consecuentemente, el testamento de **“La casa torcida” (Guilles Paque – Benner, 2.017)** devendría nulo de pleno derecho. En efecto, el magnate Arístide Leonides había otorgado un testamento notarial ante toda su prole repartiéndolo una *“parte sustancial y equitativa de la herencia para cada uno de los miembros de su familia”*. Sin embargo, como advierte su abogado: *“no llegó a firmarlo”*, por lo que *“falleció intestado”*. Cuestión distinta es que finalmente aparezca un testamento ológrafo del que tan solo tenía noticia un albacea, en el que instituye heredera universal a su nieta, *“dejando una pequeña cantidad para su joven viuda”*.

Y, por descontado, con la normativa actual ningún valor, a efectos estrictamente sucesorios, puede concederse a una grabación fonográfica como la dejada por el testador Cyrus West en **“El gato y el canario” (Paul Leni, 1.927)** o el soporte videográfico en DVD que acompaña al testamento ológrafo redactado por Howard Stevens en **“El último regalo” (Michael O. Sajbel, 2.006)** en el que una grabación explica las condiciones para tener acceso a la herencia. Cabe decir lo mismo del video de la testadora, en **“A pesar de todo” (Gabriela Tagliavini, 2.019)**. Si bien en supuestos litigiosos excepcionales podría concedérseles algún valor como prueba en la interpretación de un testamento, con objeto de conocer la verdadera voluntad del causante, no pueden considerarse *“proyecciones testamentarias”* ni un complemento de este acto de última voluntad, a diferencia de otras figuras jurídicas sucesorias.

En efecto, existen **dos formas testamentarias adicionales** que no son admitidas por el Código de Derecho Foral de Aragón de 2.011, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos forales (vg. Cataluña y Navarra). Hablamos, evidentemente, de los **codicilos y memorias testamentarias**. El codicilo es un mecanismo jurídico que puede complementar las últimas voluntades efectuadas por el testador o disponer de algunos bienes de forma determinada en ausencia de testamento (beneficiarios de seguros de vida, etc...), pero no, por ejemplo, instituir o excluir a algún heredero. Sin embargo, las memorias testamentarias, como su propio nombre indica, hacen referencia expresamente a un testamento anterior al que sirven de explicación o interpretación y deberán ser manuscritas por el otorgante.

---

*de la intervención de los testigos como de la manifestación de que él no podía firmar, de modo que, (...) en definitiva, al consentir el testador el otorgamiento en los términos mencionados, hacía suya la afirmación de no poder firmar, por lo que rogaba que los testigos firmaran por él.” (FUNDAMENTO DE DERECHO IV).*

En **"Washington Square"** dirigida por la realizadora polaca **Agnieszka Holland en 1.997**, - fiel al título original de la novela de Henry James – y remake de **"La heredera" (William Wyler, 1.949)** encontramos la única referencia expresa a un codicilo y su significado sucesorio. Así es, tras la muerte del doctor Sloper, aparece ese codicilo redactado semanas antes de morir en que modifica el testamento otorgado 10 años antes a favor de su única hija. Ahora, por el contrario, tan solo le lega su casa, dejando el resto a *"instituciones médicas"*. De este modo, *"pretendo ahuyentar a los cazafortunas"*

Y también resultaría posible calificar de codicilo(s) el contenido de los dos sobres que el notario Lebel entrega a Jeanne y Simon, los hijos de la testadora, Nawal, junto con su testamento en **"Incendies" (Dennis Villeneuve, 2.010)**. En este caso, el cumplimiento de los encargos e instrucciones que contienen (y que permiten completar y entender la heterodoxa disposición de última voluntad que hemos visto) conducen a la entrega de un último sobre que determinará el derecho a adir la herencia por parte de los mellizos.

En cuanto a su posible **contenido**, el testamento es esencia un acto de última voluntad de disposición de bienes o derechos para después de la muerte o "mortis causa".<sup>17</sup> Sin embargo, también permite la inclusión de disposiciones que no revistan un carácter estrictamente patrimonial o "extra patrimoniales" (**RDGRN 16 noviembre 1.944**) que serán válidas si forman parte de un acto revestido de forma testamentaria, como menciona el **art. 405.3 CDF**A (entre ellas, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, nombramiento de tutor para los hijos menores de edad, un administrador de la herencia, disposiciones funerarias, etc...).

En la producción norteamericana **"Mi prima Raquel"**, dirigida por **Henry Koster en 1.952**, el testador, Ambrose Ashley instituye único heredero a su primo Philip, nombrando un administrador que *"custodie los bienes"* hasta que cumpla los 25 años. Existe un remake británico, con el mismo título, dirigido por **Roger Mitchel en 2.017** y con idéntico planteamiento que, en lo esencial, adapta fielmente para la pantalla la novela de Daphne du Maurier (también autora, por cierto, de Rebeca, igualmente adaptada al cine).

---

<sup>17</sup> Se ha identificado el acto de última voluntad con el negocio "mortis causa" y en ello ha influido el hecho de que en el testamento concurren los caracteres de ambas categorías, aunque respondan a criterios diferentes. El acto jurídico "mortis causa", en sentido estricto, será aquel cuyo efecto legal presupone necesariamente la muerte de su autor, porque la propia figura ha sido configurada como relevante exclusivamente en función de una situación "post mortem". Por otra parte, el concepto de acto de última voluntad implica ciertos caracteres: 1.- Supone un negocio que despliega su eficacia tras la muerte de su autor. 2.- La voluntad expresada (en este caso por el testador) se considera como determinante y 3.- Esa voluntad puede ser revocada en cualquier momento. **FERNANDEZ DEL MORAL RODRIGUEZ, Lourdes:** Autonomía privada y testamento en Derecho Común. Editorial Comares, Granada, 1.996. Pags. 34 y 35.



**“Las joyas de la familia”** dirigida en **1.965** por el cómico norteamericano **Jerry Lewis** nos ofrece otro claro supuesto de disposición no patrimonial como es el nombramiento de un tutor testamentario. La niña de 10 años Donna Peyton ha quedado huérfana y su padre, un rico industrial, ha dispuesto que deberá escoger un tutor de entre sus cinco tíos – James, Everett, Julius, Eddie y Skylock - a cual más particular y extravagante (todos ellos interpretados por Lewis). Finalmente Donna elegirá a Willard, su chófer que es un personaje divertido, cariñoso y atento con ella.

Pese a que no es hermano del causante, prevalecerá el interés superior de la menor, en consonancia, a nuestros efectos, con el **art. 115 CDFa**. Y así lo proclama la **SAP de Zaragoza 17 marzo 2.015 (EDJ 2.015/39626)** auténtica doctrina legal, con cita del **art. 39 CE, Ley de Protección Jurídica del Menor de 1.996, Convenio de los Derechos del Niño de la ONU de 1.989, y Ley Aragonesa de la Adolescencia y la Infancia de 2.001**.

Más evidente resulta, sin embargo, el nombramiento de tutor en **“Dos fusileros sin bala” (James W. Horne, 1.935)** en el que el causante, Angus Ian Mc Laurel, instituye heredera a su nieta Lorna, menor de edad, nombrando como tutor de la instituida (*“de su persona”*, dice textualmente) y administrador de la herencia hasta que cumpla los 21 años al reputado Coronel Norman Mc Gregor, héroe en la campaña colonial británica en la India. En este caso, advertimos el nombramiento como tutor de una sola persona tanto *“in personam”* como *“in bona”* (por otra parte, el supuesto más habitual) funciones que, sin embargo, pueden disociarse en el caso de una tutela dual ex **art. 134.a) CDFa**.

Estos supuestos encuentran acomodo en el **art. 110.1 CDFa** en sede de delación voluntaria de las relaciones tutelares, reconociendo la facultad de aquella persona titular del ejercicio de la autoridad familiar respecto a la persona de un menor o incapacitado para nombrarle un tutor siempre que lo haga en instrumento público notarial (sea o no testamento).

Y, como es natural, dentro de la masa hereditaria también se transmite el pasivo o las deudas del causante. De hecho, una de las responsabilidades del heredero consiste en el pago de esas deudas (**art. 360 CDFa**) pero con una importante salvedad: con carácter general tal responsabilidad solo alcanza a los bienes que reciba del caudal relicto (**art. 355.1 CDFa**). Dicho de otro modo, en Aragón (y sólo en Aragón) como privilegio del Fuero y norma general de suceder, todas las herencias se aceptan a beneficio de inventario, mientras que en otros ordenamientos la formación del mismo, traducida en un *“derecho a deliberar”* debe solicitarse expresamente (vid. **art. 998 C.Civ. en relación con los arts. 1.010 y ss. del mismo Texto Legal**).

En las producciones españolas **“Siete mesas de billar francés” (Gracia Quejeta, 2.007)** y **“Mi panadería en Brooklyn” (Gustavo Ron, 2.016)** será la res-

ponsabilidad sobre las deudas contraídas por el causante lo que determine las iniciales reticencias en la aceptación de la herencia.

En el primer caso la única heredera, Angela se encuentra con la situación de que *“no ha quedado ni un duro; tu padre no quería hablar de sus deudas”*; el caudal hereditario se contrae a un local de billares que ha conocido tiempos mejores, pero que ha devenido ruinoso.

De igual modo, en la película ambientada en el citado barrio neoyorkino, Vivian y Chloe son dos primas que heredan una antigua *boulangerie* de su tía Isabelle, abierta en 1.913. Cuando Paul Rushell, el abogado del banco les comunica que van a perder la propiedad debido a la ingente deuda de 600.000 \$ (de hecho *“ya se ha quedado con la casa”*), deciden intentar preservar el legado, con los problemas inherentes al régimen de copropiedad y a su diferente punto de vista de la forma en que deben gestionar el negocio. En cualquier caso, desean *“defender lo heredado de una generación anterior antes que su pérdida”*.

En ambos casos, el llamamiento a la herencia determinará un cambio en la actividad “profesional” de las herederas y, por tanto en su vida laboral y también personal, al decidir reflotar el negocio familiar (billares, panadería) que regentaba el/la causante.

No podemos soslayar el supuesto relativamente habitual (y no solo en el cine, evidentemente) en el que existen “imperios familiares” que caen, se desmoronan y no legan a la siguiente generación sino algunos recuerdos, mucha frustración y resentimiento. En efecto, **a todos nos derrota el tiempo**, *“esa magnitud polilla que todo lo devora”* en expresión de nuestro **Baltasar Gracián**. Recordamos brevemente algunas producciones en que el tiempo se nos presenta como un enemigo que lo ha absorbido todo; no habrá herencia que repartir lo que produce una desesperanzada sensación de abandono.

**“¡Que verde era mi valle!”** dirigida en **1.941** por el inigualable **John Ford** expresa muy bien este sentimiento; lleva implícita en su título esa decadencia y el ocaso de una clase social en extinción, representada por la otrora próspera familia Morgan. La película evoca el cambio de vida en una población minera galesa; si bien no dejo de reconocer que el elemento sucesorio se encuentra difuminado o no resulta tan relevante, no es menos cierto que esta obra maestra tiene como presencia ineludible la muerte y con ella la transmisión (o no) del negocio familiar, es decir, la herencia.

Algo parecido podríamos decir de otra película imprescindible (y eterna en todas las acepciones de la expresión, entre ellas por su metraje de 210 minutos) como **“El gatopardo” (1.963)**, a cargo de otro genio tras las cámaras, el italiano **Luchino Visconti**. En este caso, la familia aristocrática del príncipe de Salina es la

última representante de una *“orgullosa raza de nobles sicilianos obsesivamente cerrados al progreso”*. Sin embargo, pese a estar aislado en su *“fortaleza”*, *“el gato pardo sabe que ha llegado la hora de los chacales”*. La fiesta final recuerda al film indio **“El salón de música” (Satyajit Ray, 1.958)** y a su vez a **“El jardín de los cerezos” (Konstantin Stanislavski, 1.904)**, ésta última basada en una pieza teatral de Chejov, en que un terrateniente completamente arruinado termina hipotecando su palacio al nuevo rico de la localidad. La sala de música donde se desarrolla el baile es un espacio evocador del antiguo esplendor que se recuerda con *“intensa añoranza”*. Una vez más la radiografía de la muerte (con las consecuencias que entraña) rodea a todos los personajes y el espectador contempla la ruina definitiva de una familia y el final de una época.<sup>18</sup>

**“Las herederas” (Marcelo Martinessi, 2.018)** también ilustra perfectamente esa sensación de decadencia y hace referencia expresa en su título al fenómeno sucesorio al que nos remite. Presenta a dos mujeres muy diferentes, Carmela y *“Chiquita”* (cuya verdadera relación y su naturaleza no resulta aclarada por completo) que han pertenecido a la alta sociedad paraguaya, viviendo de las rentas de la herencia recibida por una de ellas. Sin embargo, cumplidos ya los 60 años el patrimonio se ha consumido y se ven obligadas a vender sus propiedades y todos los enseres de la mansión que habitan (piano, cristalería cuadros, platería, vajillas, etc...). De hecho, *“Chiquita”* llega a ingresar en prisión al no poder afrontar las deudas con el *“Banco Asunción”*. El esplendor de antaño ya ha pasado lo que genera una sensación de amargura para ambas al tener que afrontar esta nueva realidad.

Una vez más, a título estadístico, podemos concluir que de los 72 largometrajes referenciados, en el 67% las herencias se defiere bajo testamento, mientras que en el 37% el causante fallece intestado o no se ha podido determinar si realmente ha existido o no, un acto de última voluntad. En particular, como veremos en el último capítulo de este trabajo en un porcentaje muy elevado de los *“testamentos de cine”* su otorgamiento se produce con el propósito claro y deliberado de desheredar a un legitimario o, cuando menos, excluirle o privarle por diversas vías del llamamiento a la sucesión.

A su vez, en las herencias deferidas con testamento, en un 14% éste reviste la forma de ológrafo al que nos referimos a continuación.

---

<sup>18</sup> **BALLO, Jordi y PEREZ, Xavier:** La semilla inmortal. Los argumentos universales en el cine. Editorial Anagrama, Barcelona, 1.995. Pags. 115 y ss.

## 2. Tipos de testamento: el testamento ológrafo.

El llamado ológrafo (u hológrafo), es uno de los testamentos **comunes** (junto al abierto -ya sea unipersonal o mancomunado- y el cerrado), a diferencia de los denominados **especiales** (militar, marítimo y el hecho en país extranjero, regulados en el Código Civil). Así es, en este tipo de testamento no interviene la figura del notario, sino que es el propio testador, siempre mayor de edad (teniendo en cuenta las diferentes circunstancias por las que, en Aragón, puede adquirirse la mayoría de edad ex **art. 4 CDF**), quien lo redacta de su puño y letra, íntegramente y en su totalidad. Consecuentemente, no resultará válido el testamento escrito por medios mecánicos (máquina de escribir, ordenador, etc...).

Por consiguiente no tendrá la consideración de ológrafo ni debería, por tanto, surtir efecto sucesorio alguno, el testamento del abuelo de James Shannon en **"Siete Ocasiones" (Buster Keaton, 1.925)** en que aparece *"un documento mecanografiado y sin aparentes formalidades"*. Sin embargo, con independencia del superfluo soporte videográfico que le acompaña, sí que reviste la condición de ológrafo el testamento del Sr. Stevens en **"El último regalo" (Michael O. Sajbel, 2.006)** al que antes nos referíamos. Como se encarga de explicar el abogado de la familia, *"el testamento está escrito a mano, pero es igualmente legal y vinculante"*. Deduiremos por las restantes explicaciones y la trama posterior que la citada disposición de última voluntad reúne los requisitos de esta particular forma testamentaria.

La razón de la exigencia de la autografía y la firma del testador, afirma **TORRES GARCIA**, *"viene impuesta por la propia naturaleza de esta forma de testar: no es solo un acto escrito sino que se precisa que sea obra del testador"*.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Para esta autora, dado su carácter de forma privada de testar, deberá manifestarse con claridad la intención del testador, ese *"animus testandi"* que en el testamento abierto declararía ante el notario autorizante. Por otra parte, el testamento *"todo él"*, es decir, íntegramente, ha de ser redactado por el disponente, de forma *"manuscrita"*, *"de su puño y letra"*. Y, precisamente, porque el testamento va a permanecer en poder del futuro causante, hasta su muerte, lo que le hace vulnerable a cualquier modificación o rectificación, las enmiendas, o palabras tachadas o entre renglones, ocasionarán su nulidad, salvo que las salve, una vez más, con su firma. Esta firma, siempre estampada por el testador *"al final de lo escrito"*, perfecciona el acto de declaración de voluntad; en el testamento ológrafo no resulta tan solo una formalidad esencial, sino un elemento de validez. Por último, la fecha (autógrafa, exacta, verdadera y completa) servirá como dato para apreciar si en ese concreto momento el testador gozaba de capacidad suficiente para la conclusión de este negocio jurídico. Vid. **TORRES GARCIA, Teodora F.**: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo IX, Vol. 1º A. EDERSA, Madrid, 1.990. Pags. 386 y ss. A este respecto, el **AAP de Zaragoza 13 mayo 2.005 (EDJ 2.005/61354)**, acordó *"no admitir a trámite la demanda de protocolización del testamento ológrafo ... al existir enmiendas y tachaduras que alteran de modo sustancial la voluntad del testador; sin que hayan sido salvadas."*

De hecho, como hemos visto, la firma es un requisito imperativo en cualesquiera tipos de los testamentos llamados “comunes” (que puede salvarse en algunas ocasiones si el otorgante *“manifiesta que no sabe o no puede firmar y su aserto no es mendaz”* como proclama la **STS 29 abril 1.999 (EDJ 1.999/7246)**, pero en el supuesto del testamento ológrafo adquiere la categoría de indispensable e ineludible, constitutivo podríamos decir, sin que en ningún caso resulte posible su omisión debido a su excepcionalidad y el *“carácter esencial de todos sus requisitos”* (**STS 07 junio 1.923 (CJ T 159, num. 83)**).

De este modo, el “testamento” redactado de puño y letra del Ambrose Ashley en **“Mi prima Raquel” (Henry Koster, 1.952, Roger Mitchel, 2.017)** otorgado a favor de su joven y reciente esposa quien, además se encontraba encinta, nunca podría llegar a tener validez. El abogado Rainaldi lo custodió pero todos los interesados son conscientes de que no puede ordenar su sucesión: *“Te lo legaba todo, pero nunca lo firmó”. “Es su letra, sin duda, pero no llegó a firmarlo”*. De este modo, continúa siendo válido el testamento abierto otorgado una década antes a favor su sobrino y ahijado Philip; en *“caso contrario”* hubiera sido *“anulado”* (quiere decirse revocado). El hecho de que Raquel pierda el hijo que esperaba, reafirma la definitiva transmisión de la fortuna familiar al heredero inicialmente instituido, circunstancia que detonará el dramático desenlace.

Por ello, el testamento ológrafo es además considerado un tipo de testamento “secreto” u “oculto” lo que plantea no pocos inconvenientes como son la falta de garantías de protección de la última voluntad del testador (vg. por la captación o manipulación de la misma), su posible falsificación, el desconocimiento de su otorgamiento por parte de los instituidos, su extravío o destrucción deliberada por una persona no favorecida en el mismo y, por último, debido al otorgamiento sin el concurso de asesoramiento legal, los posibles errores jurídicos en que pueda incurrir el testador, lo que afecte a la eficacia de este particular acto de última voluntad.

Este carácter “autógrafo” debe ser completado con otros requisitos legales coetáneos y posteriores al otorgamiento. Entre los primeros hay que citar la plasmación de la fecha, con objeto de situar el testamento en el tiempo, y la firma, para confirmar su autoría y perfeccionarlo como un negocio definitivo, acabado y completo, sin que resulte precisa la hora, a diferencia del testamento notarial. La **SAP de Zaragoza 02 noviembre 2.006 (EDJ 2.006/310351)** efectuó unas interesantes apreciaciones a este respecto: *“La Sala considera que constituye requisito esencial (de validez) del testamento ológrafo que figure en el mismo el día, mes, año del otorgamiento no precisándose una determinado orden en la consignación, si bien debe estar escrita en todo caso autográficamente”*.

Por ello, **“El testamento del doctor Mabuse” (Fritz Lang, 1.933)** no merece tal calificativo ya que las interminables páginas redactadas por este cri-

minal durante su reclusión en un psiquiátrico (obviando las cuestiones relativas a la capacidad de testar) carecen de toda formalidad, empezando por el también esencial "*animus testandi*" o de disposición de bienes.

Tras el otorgamiento y una vez abierta la sucesión se precisará su **adveración y protocolización** al carecer "per se" de la fuerza probatoria, como acto auténtico, que en el supuesto del testamento abierto le confiere la intervención notarial, a cuyo protocolo queda incorporado. Esta circunstancia acarrea una última desventaja como es el elevado coste de las actuaciones necesarias para conseguir su plena efectividad.

El testamento ológrafo que resulta falsificado en "**Un buen año**" (Ridley Scott, 2.006) difícilmente podría ser autenticado al tratarse de una burda imitación de la letra del causante efectuada por su sobrino Max. De hecho, a título anecdótico, el testamento es redactado con tinta verde que utilizada en sus escritos el difunto "tío Henry". Sea como fuere, el propósito es beneficiar a una hija del causante aparecida con posterioridad cuya existencia se desconocía y que, en cualquier caso, resultaría llamada a la sucesión intestada como descendiente directa, circunstancia que parece quedar del todo acreditada.

De igual modo, encontramos un testamento ológrafo en "**La herencia Ferramonti**" (Mauro Bolognini, 1.976) en que Gregorio Ferramonti, quien no desea dejar nada a sus tres hijos, de los que reniega y a los que considera unos "*vagos y pendencieros*" otorga un testamento a favor de su nuera Irene con la que ha iniciado una tórrida relación sentimental. Ese testamento, del que como es natural no tienen noticia los hijos del Sr. Ferramonti, es custodiado en una caja fuerte sin que haya intervenido ningún fedatario público en la autorización de su otorgamiento. En este supuesto, se advierte uno de los inconvenientes de este tipo de testamento "autégrafo" y "secreto" ya que con arreglo al ordenamiento jurídico español (común o foral aragonés) y aún con el italiano, se estaría vulnerando o lesionando la legítima de los descendientes ya que ni siquiera se les nombra y no consta que resulten expresamente desheredados.

Como afirma **BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA**, citando a LACRUZ BERDEJO, tras la promulgación de la Ley de Sucesiones de 1.999 se permite en el **art. 411 CDFa** el otorgamiento de testamento mancomunado ológrafo, que carece de precedentes en el ordenamiento aragonés, al plantear problemas de admisibilidad debido a la dificultad que plantea hacer compatible la autografía con la intervención de dos personas<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Manual de Derecho Civil Aragonés. Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2.009. Pag. 575.

### 3. La revocación testamentaria.

Una de las tramas cinematográficas más recurrentes consiste en la existencia de un testamento que se cree válido y que, sin embargo, ha resultado revocado por otro posterior. La revocación es consecuencia directa de dos características fundamentales del testamento; el hecho de ser un **negocio jurídico unilateral**, aún el mancomunado, (por tanto la voluntad que lo otorgó puede dejarlo sin efecto, esto es revocarlo), y la circunstancia de que sus efectos jurídicos y sus consecuencias siempre se produzcan **“post mortem”** (resultando esencial la transmisión de un patrimonio “mortis causa”); solo entonces se exterioriza su contenido.

Por ello, esta facultad revocatoria genera un *interés digno de tutela imperativa* de manera que una persona pueda decidir hasta el último momento de su vida como quiere que sea regulada su sucesión; la voluntad de una persona (condicionada y determinada por sus afectos, desafectos, circunstancias personales, familiares, sociales, económicas) puede mudar con el paso de los años; mientras viva, el testador podrá adaptar su última voluntad en la medida en que cambien o se modifiquen sus deseos para después de los días. De hecho, el testamento es un negocio jurídico de eficacia diferida; existe un determinado periodo de pendencia, de espera, hasta que sus particulares efectos puedan nacer y desplegarse para el Derecho.

Tal es así que el **431 CDF**A en sus **incisos 2 y 3** (de parecida redacción al texto del **art. 737 C.Civ.**) determina que el testador no puede renunciar a la facultad de revocar en todo o en parte su testamento y que se tendrá por no escrita cualquier cláusula que contrarie la facultad de revocación como la derogatoria de disposiciones futuras (o “ad cautelam”), o aquella en que ordene el testador que no valga la revocación si no lo hiciera con ciertas palabras o señales, por que en tal caso, estaría limitando, desde un principio, su natural libertad testamentaria, traducida en esa facultad de revocación. De igual modo, nunca podría predicarse la “irrevocabilidad” de un testamento basado en el cumplimiento de la promesa de cualquiera de los progenitores de instituir heredero a un determinado hijo, supuesto litigioso que resolvió la **STS 23 mayo 1.970 (RJ 1.970, 3756)**.

La mayoría de la doctrina científica afirma que el supuesto más frecuente de ineficacia de un testamento es, precisamente, el de su revocación por su otorgante, por tanto, con la concurrencia de los mismos elementos personales y de idénticas solemnidades o formalidades.

---

A este respecto hay que citar la **STS 14 febrero 1.969** que declaró válido un testamento mancomunado ológrafo por lo que el legislador aragonés ha realizado en síntesis, la misma interpretación y ha adoptado el mismo criterio que el Alto Tribunal y la doctrina del BGB.

No obstante, debemos precisar que la revocación de un testamento por otro posterior perfecto debe calificarse como una presunción “*ius et de iure*” (es decir, que no admite prueba en contrario) basada en criterios de seguridad jurídica (ex **art. 9.3 CE**), si bien la jurisprudencia ha atemperado el rigor de tal interpretación que recoge el **art. 741 C.Civ.**

La **STS de 01 febrero 1.988 (EDJ 1.988/08)** se pronuncia sobre el “sistema o vertiente” de la revocación testamentaria: el mero otorgamiento de un nuevo testamento, considerado de manera global, deja sin efecto el testamento anterior, sistema por el que se inclina tanto el Código Civil como el Código de Derecho Foral por ser “*el que goza de la ventaja de la sencillez*”. La revocación solo debe producirse cuando el contenido de la última disposición resulte totalmente incompatible con la precedente. La voluntad del testador de dejar subsistente en todo o en parte un testamento anterior debe aparecer “*constatada explícitamente en el posterior*”. Cuestión distinta es que exista una “*voluntad compatibilizadora*” si lo que pretendía era tan solo complementar, aclarar o interpretar el anterior, extremo que deberá “*deducirse claramente*”. Esta pacífica doctrina jurisprudencial es reiterada en diversas resoluciones posteriores; sirva como ejemplo la **STS 07 mayo 1.990 (RJ 1.990, 3687)**. En cualquier caso, un testamento anterior revocado, al carecer de valor, y haber expirado para el Derecho, no servirá para interpretar la voluntad del causante una vez abierta efectivamente su sucesión, como enseña la **STS 09 julio 1.955 (RJ 1955, 2333)**.

En “**Origen**” (**Christopher Nolan, 2.010**) encontramos un interesante supuesto de revocación testamentaria a la vez que de captación de voluntad. El magnate del sector energético Maurice Fischer ha otorgado un testamento a favor de su único hijo, Robert, pese a que no mantienen una buena relación. Esta disposición de última voluntad se encuentra custodiada en una caja de seguridad. El abogado de la familia, Peter Browning, consciente de que “*los buitres están al acecho*” previene al heredero de que otro testamento posterior revocaría al redactado por el despacho Port and Dunn.

Por ello, resulta interesante realizar una apreciación a la problemática jurídico – testamentaria planteada en “**Fuego en el cuerpo**” dirigida en **1.981** por **Lawrence Kasdan** (quien también figura en los créditos como guionista). El abogado e industrial Edmund Walker otorga un testamento en Miami instituyendo en una mitad de los bienes a su joven esposa Matty, y en la restante mitad a su sobrina Heather, menor de edad. Este instrumento público es custodiado por el abogado del disponente Miles Harvis. Sin embargo, fallecido el sr. Walker aparece un nuevo testamento sobre el que “*no había dicho una sola palabra*” que presenta dudas sobre “*su validez y autenticidad*”. Vulnera una ley federal llamada “*regla contra las perpetuidades*” (que, por cierto, choca frontalmente con el prin-



cipio de troncalidad que informa el derecho sucesorio aragonés) que prohíbe que una herencia “pase de generación en generación indefinidamente”. Por otra parte, el desarrollo de la trama permite colegir que las firmas de los dos testigos son falsas. La conclusión es que el testamento es nulo y, por tanto, el Sr. Walker falleció intestado. Y, en el Estado de Florida (al igual que en Aragón), en defecto de descendientes y ascendientes, la viuda lo hereda todo. Sin embargo, con arreglo a lo expuesto, no se hubiera abierto la sucesión intestada, sino que resultando nulo este segundo testamento, recobraría validez el primero.

A este respecto podemos realizar una importante precisión; así como el testamento (en realidad las “disposiciones testamentarias” en dicción del **art. 431 CDF**A), es “*esencialmente revocable*” (puede ser “derogado” o dejarse sin efecto, sin ninguna otra consecuencia), el testamento mancomunado se califica como “*un acto naturalmente revocable*” (**art. 406.3 CDF**A) mención que hay que poner en conexión con la existencia (o no) de disposiciones correspondientes en éste último (**arts. 420 y 421 CDF**A).

En Aragón hay que tomar también en consideración los **arts. 400 y 401 CDF**A que en sede de sucesión paccionada regulan, respectivamente, la modificación y revocación convencional y los diversos supuestos de la unilateral, en relación con el **art. 433 CDF**A relativo a la ineficacia del pacto o testamento que, a su vez, sea meramente revocatorio.

#### **4. La sucesión legal o intestada.**

La sucesión intestada es supletoria y de rango inferior a la ordenación efectuada por el causante. La voluntad del testador o disponente se convierte siempre en ley de la sucesión y, en defecto de ésta, el orden en el llamamiento a determinados familiares o parientes tendrá lugar “ministerio legis” (teniendo en cuenta siempre la preferencia en la proximidad de grado, en que el próximo excluye al más remoto, el reparto igualitario dentro de cada grado, salvo en el caso de los hermanos de doble vínculo en que rige la denominada “regla del duplo”, recogida en el **art. 533.1 CDF**A).

Además en Aragón existen importantes particularidades derivadas del principio de troncalidad diseñado para reconducir el destino de determinados bienes y evitar que por un azar sucesorio terminen saliendo del “tronco” del que proceden (**arts 524 y ss. CDF**A) y que puede originar la coexistencia de varias declaraciones de herederos en la sucesión de una misma persona como parece indicar el **art. 518.2 CDF**A.

El **art. 516 CDFa** define la sucesión legal<sup>21</sup>, (también llamada en otros ordenamientos legítima, intestada, no testamentaria o ab intestato) en sentido negativo, como aquella que tiene lugar (“*se abre*”) en defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento. Este tipo de sucesión puede coexistir con la sucesión voluntaria al aparecer nuevos bienes u otros desconocidos de los que no se hubiera dispuesto expresamente. Tal posibilidad es perfectamente válida debido a la compatibilidad de ambos modos de delación que proclama el **art. 371.2 CDFa**.

Sin embargo, no siempre la apertura de la sucesión intestada lleva aparejada indefectiblemente la inexistencia de un testamento o un pacto sucesorio. Paradójicamente, una herencia puede deferirse “ab intestato” aún en el caso de que un causante haya fallecido bajo testamento, siempre que concurren determinadas circunstancias que, por otra parte, no resultan tan infrecuentes ni excepcionales en la práctica como pudiera parecer. Será el caso de la existencia de un testamento meramente revocatorio de otro anterior, o en el que tan solo se exprese una desheredación pero sin hacer expresa institución de heredero (testamento “negativo” al que haremos referencia más adelante). Asimismo, también procederá la sucesión intestada en el caso de que el único testamento (o todos ellos) haya sido impugnado con éxito y declarado nulo. Como enseña la **STS 13 octubre 1.934 (RJ 1.934, 1464)**: , “*existiendo un testamento del causante de la herencia que se discute, es indispensable haber impugnado su validez y eficacia para que, en vista de la declaración de nulidad, se abra la sucesión intestada*”.

Por otra parte, también se produciría un llamamiento ab intestato en aquel supuesto en que el único heredero o todos ellos hubieran premuerto al causante (**STS 13 octubre 2.005 (RJ 2.005, 7233)**) o, posteriormente, repudien la herencia sin que se haya previsto una sustitución vulgar (ya que, en todo caso, la sustitución legal no comprende el supuesto de renuncia *ex art. 336 CDFa*), o el contenido del testamento no permitiera identificar al heredero por ningún medio (**STS 04 diciembre 1.975, (RJ 1.975, 4324)**). Y, de igual modo, también resultará posible la apertura de la sucesión intestada en el caso de que la institución de heredero se realice bajo algún tipo de condición y ésta no llegue a cumplirse.

---

<sup>21</sup> La profesora **MARTINEZ MARTINEZ** ha destacado con acierto la “nueva terminología” acuñada por la Compilación del Derecho Civil de Aragón para “*aludir a la delación a falta de disposición voluntaria del causante*” como sucesión legal. Se trata – dice – de una “novedad justificada” por la posibilidad que tienen las personas que ostentan la vecindad civil aragonesa de otorgar pacto sucesorio además de testamento para ordenar su sucesión. Manual de Derecho Civil Aragonés. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2.012. Pag.647.

Por tanto, en defecto de testamento, se produce por ley un llamamiento a título universal y “*a todos los efectos*” (STS 15 junio 1.968, RJ 1.968, 3530). El Código de Derecho Foral de Aragón (al igual que el Código Civil y a diferencia por ejemplo de la Compilación navarra) adopta con alguna matización el sistema sucesorio denominado “*personal de las tres líneas*” presumiendo cuál sería el orden en los afectos del causante ya que según reza el aforismo “*el cariño primero desciende, luego asciende y finalmente se extiende*”. Como proclama la STS 29 mayo 1.980 (RJ 1.980,1872) “*toda atribución sucesoria dominical no emanante del testamento, requiere una atribución legal exclusiva y excluyente en favor de determinada persona o personas hasta ahora no manifestada por el causante*”. En efecto, en primer lugar heredan los **descendientes** del causante (hijos, nietos, etc...) sin distinción o limitación alguna por razón de su sexo, filiación, etc... en observancia del principio de igualdad ante la ley que proclama el **art. 14 CE.** (vid. arts. 521 a 523 CDFa).

Este es el caso que plantea la producción española “**Siete mesas de billar francés**” (Gracia Querejeta, 2007) en que Leocadio Montero fallece sin testamento, siendo llamada a la herencia Angela, su única hija. En este caso surgirá cierta tensión con Charo, la pareja del fallecido que “*no quiso ni casarse ni hacer testamento; lo heredas todo tú o renuncias*”.

En defecto de aquellos, el orden pasa a los **ascendientes** (padres, abuelos, etc...) también sin ningún tipo de discriminación o límite de grado (arts. 529 y 530 CDFa) y con la salvedad de que en esta línea nunca resultará de aplicación la sustitución legal (arts. 335.2 y 338.2 CDFa). En Aragón, existen diferencias sustanciales con la regulación de Derecho Común y aún con la de otros territorios forales ya se establecen unas “*pautas de distinto signo*” entrando en la escena hereditaria el recobro de liberalidades y el principio de troncalidad (arts. 524 a 528 CDFa). En el supuesto de recobro de liberalidades (art. 524 CDFa) de bienes recibidos de un ascendiente o de un hermano, en realidad existe una troncalidad, pero tan solo resultará posible un título gratuito de transmisión (la donación), no admitiéndose la subrogación real (es decir, no existirá tal recobro si, por ejemplo, el donatario vendió un inmueble). En el caso de los bienes troncales propiamente dichos, se distingue entre **simples y de abolorio**, modo de delación que “*protege los bienes tradicionales de una familia evitando que pasen a manos de otro por vía matrimonio*”. Opina SANCHEZ SEIJO, con quien coincido, que se trata de “*normas que no tienen mucho sentido hoy en día*” en la medida en que limitan la libre transmisión de los bienes y suponen “*un cierto descrédito para el cónyuge en nuestro ordenamiento jurídico*”<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Vid. SANCHEZ SEIJO, Jesús: Derecho Foral Aragonés. La sucesión intestada. Un estu-

Acto seguido (en la sucesión de bienes no troncales, después de los ascendientes y antes de los colaterales) la herencia se defiere a favor del **cónyuge viudo (art. 531 CDF)** supuesto que, aún en la sucesión legal, también generará los efectos del agermanamiento o pacto al más viviente (**art. 531.2 CDF**). Este llamamiento decaerá en los supuestos de separación legal – que no de hecho –, nulidad o divorcio (**STSJ de Aragón 28 marzo 2.003 (EDJ 2.003/257848)** y **25 junio 2.007 (EDJ 2.007/118957)**). No obstante, conviene destacar que el cónyuge viudo, en su caso, aunque no resulte llamado a la herencia (ni en la sucesión testada ni en la legal) mantiene su derecho al usufructo viudal como uno de los efectos de la celebración del matrimonio *ex art. 283 CDF*.

Y, para concluir, la herencia ab intestato se deferirá a favor de los denominados parientes **colaterales** (que comprenden hermanos, tíos, sobrinos, primos) según lo dispuesto en los **arts. 532 y 533 CDF**, extraordinariamente casuistas, basados en decisiones jurisprudenciales y, en ocasiones, de difícil comprensión. Como señala la doctrina científica más autorizada (por todos LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, LLEDO YAGÜE y MARTINEZ MARTINEZ), estos parientes son llamados jerárquicamente; en un primer grupo encontramos los **colaterales privilegiados** (hermanos, hijos y nietos de hermanos del causante). Y, por otra parte, los **colaterales ordinarios** (el resto de parientes pero con la limitación de que no se encuentren alejados más allá del cuarto grado).

En **“Un buen año” (Ridley Scott, 2.006)** será el “tío Henry” quien fallezca intestado, sin descendientes – por lo menos conocidos en un primer momento – ni ascendientes y en estado de soltero. Habiendo fallecido también un hermano, resultará llamado a la herencia su sobrino Max. Para el difunto Sr. Kinner *“los testamentos son invitaciones por escrito para la parca”*, por lo que su determinación de fallecer intestado estaba plenamente asumida al igual que sus consecuencias.

Finalmente, como ordena el **art. 535 CDF** resultará llamada la **Comunidad Autónoma de Aragón** (y no el Estado como sucede en el sistema del Código Civil), sin soslayar otra particularidad importante como es el conocido como “Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia” (**art. 536 CDF**), norma de cierre que defiere a su favor la herencia de los enfermos que fallezcan “en este establecimiento u otros dependientes”<sup>23</sup>.

---

dio comparativo de nuestro ordenamiento. II Congreso Aragonés de Jóvenes Investigadores. Cuadernos de INICE, nº 64, Zaragoza, 1.994. Pags. 80 y 81.

<sup>23</sup> **MERINO HERNANDEZ** se mostró particularmente crítico con la regulación que contenía la calendada normativa aragonesa en el orden de suceder “ab intestato”: *“es ésta una de las cuestiones que demuestra una vez más esa especial “capacidad” que en Aragón tenemos para perder*

Desde la promulgación de la **Ley 4/1.995 de 29 de marzo de modificación de la Compilación del Derecho Foral de Aragón y de la Ley de Patrimonio de Aragón en materia de sucesión intestada**, (que entró en vigor el 11 de abril) será la Comunidad Autónoma la que heredará en defecto de parientes hasta el cuarto grado y en fallecimientos acaecidos a partir de esa fecha. Asimismo hay que tener en cuenta el **Decreto 191/2.000 de 07 de noviembre** por el que se crea la Junta Distribuidora de Herencias de Aragón, desarrollado por el **Decreto 185/2.014 de 18 de noviembre** (anterior, por cierto, tanto a la promulgación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria como a la Ley de Patrimonio de Aragón). Entre 2.018 y el primer semestre de 2.019, la Comunidad Autónoma de Aragón ha conocido de 81 expedientes en que resulta llamada a una herencia intestada (en 26 de ellos, la “fuente de conocimiento” fue el Instituto Aragonés de la Seguridad Social y en 25, los Juzgados de Primera Instancia)<sup>24</sup>.

En **“Kingsman” (Mathew Vaughn, 2.014)**, vemos un caso en que resulta llamado a la herencia el Estado. Este elitista servicio secreto y de inteligencia británico se crea con los fondos de grandes fortunas (intestadas) que quedaron sin herederos tras la Gran Guerra. El gobierno de Su Majestad destina ese patrimonio mantener una agencia paralela a MI6.

Sea como fuere, desde la promulgación de la **Ley 15/2015 de 02 de julio de Jurisdicción Voluntaria** se atribuye a los notarios la competencia en exclusiva para declarar herederos ab intestato, (básicamente del último domicilio o residencia habitual del causante) resultando de aplicación los **arts. 55 y 56 de la Ley del Notariado** en su nueva redacción.

Con anterioridad a la reforma operada por esta norma, las declaraciones de herederos en las que resultasen llamados los parientes colaterales, debían sustanciarse en sede judicial y el título hereditario era la preceptiva resolución en forma de Auto (también denominado mandato judicial en el que el Tribunal se pronuncia sobre la petición de las partes y que, en cualquier caso, precisa de una motivación o razonamiento jurídico); Ello es así por que, en realidad, lejos de constituir

---

*el tren de las oportunidades sin ayuda de nadie... planteé en 1980 la posibilidad de que fuera la comunidad autónoma y no el Estado Español la que heredase el patrimonio del causante, caso éste no deje herederos. Lo curioso, sin embargo, es cómo otras Comunidades Autónomas no han tenido los mismos reparos que ésta”* citando como ejemplos, en aquel entonces, los Estatutos de Autonomía de la Comunidad Valenciana y Cataluña. La sucesión intestada: aspectos concretos. Actas de los Segundos Encuentros del Foro Derecho Aragonés. 1.992, pags.117 y ss.

<sup>24</sup> Fuente: **CASABONA BERBERANA, María Asunción** (Jefa del Servicio de Patrimonio de la DGA). El papel de la Administración como sucesora legal. Cuestiones prácticas. Conferencia pronunciada el día 27 de junio de 2.019 en el Gobierno de Aragón.

un proceso propiamente dicho, en este caso ausente de oposición o controversia, se trataba de un “*simple expediente a instancia de persona interesada en el que tan solo debía acreditar su relación familiar con el causante*”.

La declaración de herederos podrá ser instada por cualquier persona que tenga interés en la constancia de la notoriedad de unos hechos que conciernan a la herencia del fallecido y a los llamados a la misma; por tanto – citando de nuevo a **MERINO HERNANDEZ** – incluye a Abogados, Procuradores, Gestores Administrativos, etc... o cualesquiera otros que por razón de su competencia profesional puedan intervenir en la sucesión intestada. En cuanto a las pruebas propuestas y aportadas, el notario goza de la más amplia libertad; así por ejemplo se practicará preceptiva prueba testifical y documental (que podrá incluir títulos de propiedad de los que deduzca la existencia de bienes troncales).

### III. LOS ELEMENTOS ACCIDENTALES EN EL TESTAMENTO: LA CONDICION.

*“Nunca miro hacia adelante,  
me distrae del ahora”*  
**“Los increíbles” (Brad Bird, 2.004)**

#### 1. Los elementos accidentales en el testamento: la condición.

Las obligaciones condicionales son aquellas cuya eficacia se supedita a la realización (o no) de un hecho futuro e incierto, del que depende el nacimiento o resolución de una relación jurídica determinante de derechos y obligaciones. En su aspecto subjetivo consiste en la subordinación (expresamente pactada) de la eficacia de un negocio jurídico a que se produzca tal acontecimiento (vid. **STS 21 junio 1.932**).

De este modo, encontraremos condiciones **suspensivas o iniciales** que determinan el comienzo de los efectos de un contrato, y **resolutorias o finales** cuyo cumplimiento llevará aparejada su extinción. Por otra parte, las condiciones **afirmativas** dependerán de la realización de un acontecimiento, mientras que las **negativas** encuentran su fundamento en su *no realización*.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Puede consultarse **CASTAN TOBEÑAS, José**: Derecho Civil español, común foral. Tomo III. Reus S.A., Madrid, 1.988. Pags. 189 y ss.

Las disposiciones mortis causa constituyen el principal campo de aplicación de los elementos accidentales del negocio jurídico o modalidades accesorias (es decir, **condición y término**, que se caracterizan por una indudable proyección hacia el futuro, y el **modo**, en que el testador, sin llegar a establecer una condición “strictu sensu”, puede ordenar el cumplimiento y/o la atención a determinadas obligaciones). Ello se debe a la extensión e implicaciones contractuales del apotegma “standum est chartae” que proclama el **art. 3 CDEA**. Este precepto, al igual que el **art. 476 CDEA** permite el establecimiento de todo tipo pactos, disposiciones o condiciones testamentarias, siempre que no resulten de imposible cumplimiento, o contrarias a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés y, en general, a cualesquiera leyes e incluso a las denominadas “buenas costumbres”.

Parece lógico, como corolario de la libertad de testar, que quien dispone una liberalidad o realiza un negocio jurídico de carácter gratuito a favor de otra persona, como por ejemplo instituirle heredero en testamento o pacto sucesorio, pueda modalizar esa transmisión patrimonial de la forma que considere conveniente<sup>26</sup>.

La institución modal es aquella en la que el testador impone al heredero instituido o legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este caso nos encontraríamos ante un legado. Se admiten por tanto las condiciones no solo suspensivas sino también resolutorias, pues la genérica referencia legal no permite excluir ninguna. La determinación de la voluntad del testador ha de referirse a un hecho futuro e incierto, de cuya realización se hace depender la eficacia del llamamiento sucesorio. Ahora bien, el nombramiento condicional del heredero no produce efecto cuando muere antes que el testador; aquel no transmite derecho alguno a sus sucesores respecto a la herencia a que estaba llamado, más allá que el de la sustitución legal (**art. 336 CDEA**).

Las condiciones testamentarias expresadas en diferentes películas, suspensivas en la totalidad de los supuestos, se contraen, básicamente a dos apartados: **a)** el destino o finalidad que el beneficiario deba dar al capital o los bienes heredados

---

<sup>26</sup> A título de ejemplo podemos citar la temprana **STS 20 marzo 1.896 (CJ. T.79, 1ª parte, num. 131)** en la que se imponía la condición de que el heredero “*había de seguir carrera o profesar arte u oficio*”, o la también antigua **STS 21 enero 1.907 (CJT 106, num. 27)** en la que el testador imponía al legatario la condición de que “*dejase de beber vino*”, lo que nos permite colegir como con el paso de los años han cambiado las mentalidades, hábitos y preocupaciones sociales.

(**art. 476 CDFa, inciso primero**) o **b**) que el instituido supere una serie de pruebas para hacerse merecedor del “premio” sucesorio.

Por otra parte, el derecho a la herencia puede supeditarse a que el beneficiario contraiga matrimonio (simplemente, que no permanezca soltero o que “se case” con alguien en concreto) o, por el contrario, que no celebre nupcias con una determinada persona que no resulte del agrado del testador (**art. 476 CDFa, inciso segundo**). En ocasiones, contravenir la voluntad del testador (generalmente del padre) y contraer matrimonio con una persona inadecuada, devendrá en una causa directa y expresa de desheredación que comentaremos en el último capítulo.

## 2. Las condiciones válidas y las contrarias a la ley.

Con carácter general el **art. 476 CDFa** dispone que “*son válidas todas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o a las buenas costumbres*”

En este caso, la condición deberá tenerse por no puesta o, como proclama el **art. 1.116 C.Civ.**, “*Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley, anularán la obligación que de ellas dependa*”. Consecuentemente el resto de las disposiciones que pueda incluir el testamento no se verán afectadas y desplegarán todos sus efectos (salvo que no exista más estipulación que la condicional). Como ya hemos adelantado, resultará de particular interés lo dispuesto en el **art. 416 CDFa** en lo relativo a la interpretación del testamento y al “*favor testamenti*” o conservación de este trascendental negocio jurídico. De este modo, las cláusulas ambiguas u oscuras se interpretarán en sentido favorable a su eficacia (apartado 2) y en los casos de duda, la interpretación se realizará en sentido favorable al heredero instituido, y las disposiciones que impongan cualquier carga (como puede ser una condición) se interpretarán restrictivamente (apartado 3), como enseña la **SAP de Zaragoza 31 marzo 2.014 (EDJ 2.014/58103)**, que dispone que también hay que atenerse a las circunstancias jurídicas y sociales existentes del momento en que el testamento fue redactado<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> En la citada resolución el testador ordenaba el pago de una “*determinada suma de dinero con periodicidad mensual*” en el caso de que la hija permaneciera soltera y careciera de una profesión, palabra de “*contenido cierto e inequívoco*” en palabras de la Ilma. Sala.

En el supuesto de hecho planteado en la **SAP de Madrid 03 marzo 2.005 (EDJ 2.005/20984)** la testadora establecía un legado de un terreno a favor de CARITAS DIOCESANA con la condición



En **"El testamento del Dr. Mabuse"** dirigida en **1.933** por el maestro del expresionismo alemán **Fritz Lang**, antes de su "etapa americana", podemos ver un ejemplo de condición (implícita si se quiere) contraria a la ley. Tras el enorme éxito de *"Doctor Mabuse"*, (1.922) nos reencontramos con ese siniestro personaje, recluido en un sanatorio mental tras sus numerosos delitos. Si podemos denominar testamento ológrafo a la infinidad de *"hojas y hojas que redacta de forma compulsiva, casi como un autómata a razón de 30 páginas al día"* en un estado catatónico, su propósito no es otro que transmitir su legado a quien reconstruya un *"imperio del crimen, extendiendo el miedo y el terror, creando un estado de completa inseguridad y anarquía, de miedo y horror"* que no es sino el presagio de la noche tan oscura y larga de terror que se avecinaba primero en Alemania y luego en el resto del mundo.

En realidad, en este supuesto resultaría de aplicación lo previsto en el **art. 424.1 CDF** que declara nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley o el orden público.

Por el contrario, **"El pacto de Berlín" (John Frankenheimer, 1.985)** plantea un supuesto de herencia sometida a una condición que entendemos perfectamente válida y lícita, incluso encomiable. En el Berlín sitiado en 1.945, tres generales nazis se suicidan en un búnker. Cuarenta años después, el arquitecto Noel Holcroft toma conocimiento de que su verdadero padre, Henrich Klausen, junto a los demás oficiales *"distrajeron dinero de la Wehrmacht alemana"* siendo uno de los herederos de la astronómica suma de 4'5 billones de dólares. Para poder percibirla, deberá encontrar a los primogénitos de Erik Gessler y Winhel Von Tibol, también llamados a la sucesión y, lo que resulta más importante, el dinero deberá destinarse a ayudar a las víctimas del Holocausto y *"enmendar aquel terrible error"*. Por otra parte, los beneficiarios tendrán que demostrar su idoneidad para poder administrar los fondos depositados en un banco de Ginebra (Suiza).

**"El gato y el canario" (Paul Leni, 1.927)** traducida también como "El legado tenebroso" plantea otro supuesto de condición testamentaria. La película, basada en una obra de teatro de John Willard, y heredera, nunca mejor dicho, del denominado expresionismo alemán (aunque rodada en Estados Unidos) ha conocido hasta dos remakes con el mismo título (por el norteamericano **Elliot Nugent** en **1.939** y el británico **Radley Metzger** en **1.978**). En este caso, varios familiares son citados en un caserón antiguo para asistir a la lectura de un testamento (imagen bastante recurrente por otra parte). Todos tienen sus legítimas expectativas, pero la herencia

---

expresa de que construyera una Residencia de Ancianos, encomendando a su albacea la ejecución de lo dispuesto; si en los cinco años posteriores al fallecimiento no se hubieran iniciado las obras, el citado legado quedaría "refundido en la masa", lo que constituía el objeto de debate.

ha sido deferida a favor de Annabelle, la sobrina del causante, siempre y cuando resulte probada su salud mental y su capacidad por un doctor que deberá examinarla. Por otra parte, como si de un juego macabro se tratase, deberá encontrar una valiosa joya, los "diamantes West" con base a una serie de instrucciones.

Cabe destacar también **"El último regalo" (Michael O.Sajbel, 2.006)** en que el cumplimiento de las diferentes condiciones reviste un camino casi iniciático, moralizante y hasta redentor para el heredero. El magnate Howard Stevens ha fallecido instituyendo heredero a su sobrino Jason a quien, en principio lega una caja que contiene un DVD con instrucciones grabadas por el ya difunto. Para *"evitar que te echas a perder"* le propone una serie de juegos o regalos hasta que encuentre el último que conduce definitivamente al derecho a *adir* la herencia. Aunque al principio se muestra receloso, finalmente le puede la curiosidad y acepta la inusual propuesta. De este modo, solventando cada una de las pruebas descubrirá el valor del trabajo, del dinero, de los amigos, de la familia, de los viajes... La moraleja es que consiga hacer realidad un sueño: ayudar a los demás a cumplir los suyos.

Una vez hemos dejado atrás el drama (o thriller si se prefiere), y aun el cine de terror, no debemos obviar la comedia. En ocasiones, el cumplimiento de la condición puede prestarse, no solo a la superación de pruebas, sino a todo tipo de chanzas. Es el caso de **"El gran despilfarro"** dirigida por **Walter Hill** en **1.985** y protagonizada por el malogrado humorista Richard Pryor. El multimillonario petrolero Rupert Horn *"uno de los hombres más ricos de EEUU"* ha fallecido dejando heredero a su sobrino – nieto, Monty Brewster, un mediocre jugador de las ligas inferiores de béisbol. El testador, amante en vida de las bromas, decide gastar una después de muerto en forma de condición: *"te va a dar asco gastar dinero; tienes 30 días para gastar 30 millones de dólares, pero no puedes tener nada tangible a tu nombre; no puedes contárselo a nadie, debes mantenerlo en secreto, ni destruir lo que compres. Si lo consigues al final percibirás 30 millones, o bien aceptas un millón ahora y te olvidas de todo"*. Como es natural, tamaño dispendio dará lugar a desternillantes situaciones.

En **"A pesar de todo" (Gabriela Tagliavini, 2.019)** la extravagante condición impuesta a las cuatro coherederas, hijas de la causante, para poder tener derecho a la herencia, será encontrar a sus respectivos y correspondientes padres biológicos.

Y aún podríamos encontrar un interesante ejemplo de condición resolutoria en **"Mi prima Raquel" (Henry Koster, 1.952, Roger Mitchel, 2.017)**. El heredero de la fortuna de su primo y tutor Ambrose Ashley, el joven Philip instituye heredera a la viuda del causante, Raquel, (aunque en puridad, se trate de una donación). Ahora bien, la citada condición consiste en que la *"fortuna retornará a su titular"* si contrae *"ulteriores nupcias o se casa"*.

### 3. La condición específica de contraer matrimonio.

El último inciso del **art. 476 CDFa** sigue diciendo: “*en particular, es válida la condición de contraer o no contraer primero o ulterior matrimonio o hacerlo con persona determinada.*”

En palabras de **GIL NOGUERAS**, este tipo de condiciones habituales que “*por técnica se han declarado válidas*”, en particular la primera de ellas (contraer o no matrimonio) responde a la tradición aragonesa, plasmada en capitulaciones matrimoniales integradas en pactos sucesorios y con carácter más amplio que la prevista en el **art. 773 C.Civ.**<sup>28</sup>

Hay que hacer constar que condicionar una liberalidad al hecho de que una persona permanezca soltera o viuda no vulnera ningún principio ético o moral, ni coarta de modo definitivo y directo la libertad matrimonial; cuestión distinta sería que se impusiera a un posible heredero la condición de que solicite el divorcio. Como afirma **LACRUZ BERDEJO**, se trata de una elección entre dos bienes y por tanto no entra en el terreno de la coacción<sup>29</sup>. Y, atendiendo a la amplia dicción del inciso segundo del **art. 476 CDFa** también resultaría válida la condición de que el favorecido contraiga matrimonio con una persona de una determinada clase o estamento social, supuesto del que conoció la **STS 28 noviembre 1.981 (EDJ 1.981/1734)** en el concreto ámbito del Derecho nobiliario.

En “**Siete ocasiones**” (**Buster Keaton, 1.925**), la más antigua de todas las películas analizadas, basada en una comedia de Roi Cooper, el agente de bolsa, James Shannon, que atraviesa por dificultades económicas, es llamado a la herencia de su abuelo; “*las posesiones ascienden a 7 millones de dólares*” que recibirá a condición de que haya contraído matrimonio a las 19 h del día de su vigésimo séptimo cumpleaños que, precisamente, es en el que ha conocido el contenido del testamento. Ante la urgencia en contraer matrimonio, acude a un club en el

---

<sup>28</sup> **GIL NOGUERAS, Alberto**: Manual de Derecho Sucesorio Aragonés. Volumen I. Ediciones SON LIBROS. Zaragoza, 2.006. Pag. 496.

De hecho, una muy antigua **STS 29 diciembre 1.886**, referida a Aragón, consideró válida la condición establecida por el causante (que instituyó heredera a su esposa), consistente en que si llegaba a contraer segundas nupcias, su enlace debería merecer la aprobación de los dos parientes de la misma más cercanos y que fueran varones y mayores de edad.

<sup>29</sup> En la **SAP de Castellón de 2 marzo 2.010 (EDF 2.010/104628)** el testador establece un legado a favor de la viuda que quedaría reducido a la mitad en el supuesto de que contrajera “*ulteriores nupcias*”. El pleito venía determinado porque Dña. Reyes, sin llegar a casarse, mantenía una relación *more uxorio* con otro hombre, y tras la demanda interpuesta por las dos coherederas había que determinar si, aplicando la analogía, cabía integrar este supuesto en la condición expresada por el causante.

que le presentan una listado de siete chicas (de ahí el título de la película). Llega incluso a publicar un anuncio en el periódico local al que se presentan cientos de mujeres vestidas de novia que le persiguen para *“hacerse con la herencia”* en una escena ya clásica que forma parte de la historia del cine. Finalmente se declarará a Mary (de la que ha estado siempre enamorado) quien cree que quiere casarse con ella tan solo *“para poder recibir el legado”*.

Existe un prescindible remake titulado **“El soltero” (Gary Sinyor, 1.999)** sustancialmente idéntico al largometraje original. Jimmie es un *“soltero empedernido”* que piensa que contraer matrimonio llevará aparejada la pérdida de su libertad. La única diferencia es que las condiciones van a ser más numerosas y enunciadas con más detalle: *“que se case antes de los 30 años, que permanezca casado 10 años, que no se separe de su mujer más de una noche al mes y que antes de los 5 años de matrimonio engendre vástagos”*. Las dos comedias plantean una aleccionadora moraleja sobre el amor y el dinero: *“compartir tu vida con alguien que amas es una bendición. Te mira a la cara siendo viejo y te recuerda como eras antes...”*

Bien es cierto que, así planteadas, algunas de las condiciones impuestas podrían resultar de imposible cumplimiento; una persona no puede contraer matrimonio en un día debido a impedimentos jurídicos (trámites del expediente matrimonial con la obtención de certificados, etc...), temporales (la propia preparación de la boda en tan solo una jornada) y aún sentimentales (lo más importante, encontrar la persona adecuada). De hecho, algunas de las condiciones que plantea el citado remake a buen seguro se prestarían a un encendido debate en sede judicial.

En cualquier caso, baste decir que la posibilidad o imposibilidad de una condición se refiere al momento inicial de su pendencia, no a las vicisitudes que puedan producirse con posterioridad; es, por tanto, aquella que resulta imposible a priori y en un primer momento: la imposibilidad que aparezca posteriormente dará lugar al incumplimiento de la condición suspensiva, pero no la convierte imposible en sí misma.<sup>30</sup> Por tanto, para que la imposibilidad de cumplimiento de la prestación determine la extinción de la obligación, y consecuentemente la liberación del deudor, es necesario que sea sobrevenida (y no originaria), ajena al deudor (que no se sea directamente imputable) y que sea objetiva (no subjetiva).

---

<sup>30</sup> En la **SAP La Coruña de 02 mayo 2.017 (EDJ 2.017/298363)** el disponente instituía heredero a su sobrino con la condición de que necesariamente cuidase y asistiese al propio testador y a su esposa, en su salud y enfermedad y hasta el fallecimiento de ambos. Si todas esas circunstancias *“anudadas en la cláusula testamentaria como condición no concurren, tal condición no se cumplirá y D. Augusto no llegará a ser heredero”*. Tal condición es calificada como suspensiva, posible, mixta de potestativa y casual.

Para concluir este apartado, cabe destacar que por imperativo del **art. 437 b) CDF** la institución de heredero devendrá ineficaz en el caso de que el sucesor fallezca antes de que la condición suspensiva se cumpla (hay que entender que también lo será si la condición, simplemente, no llega a cumplirse). Se trata de un supuesto de testamento perfectamente válido y, sin embargo, ineficaz. Por el contrario, si la condición se llegase a cumplir, será ese el momento de la delación como enseña el **art. 321.2 CDF**. Esta circunstancia puede revestir una notable importancia, pues el plazo de prescripción de cinco años para ejercitar las acciones de intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima se iniciará en ese mismo momento (**art. 493 CDF**), es decir, tendrá la consideración de “dies a quo”. Por otra parte, comenzará también a contar el periodo voluntario de seis meses para la liquidación de los impuestos que graven la herencia (sucesiones y plusvalía inmobiliaria).

#### IV.- LA LEGÍTIMA COLECTIVA: “REYES QUE REPARTEN SU REINO”.

*“Lo que hacemos en la vida,  
tiene su eco en la Eternidad”*  
“Gladiador” (Ridley Scott, 2.000)

##### 1. Concepto y fundamento de la legítima.

En términos generales, la expresión legítima se refiere a una parte proporcional, un “quantum” de la herencia de la que el testador no puede disponer libremente ya que es destinada por la ley a un grupo de familiares determinados que, por ello, reciben el nombre de herederos forzosos. Consecuentemente, la legítima, en su íntima y evidente **relación con la libertad de testar**, es acaso la institución jurídica que mejor define o identifica un determinado sistema o derecho sucesorio por las importantes consecuencias que entraña y el resto de figuras que dependen de ella (desheredación, preterición, exclusión, colación, reservas, etc...). Se trata de una “*decisión básica de política jurídica*” y “*uno de los temas que más apasionó a España en la redacción del Código Civil*”.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> **LASARTE ALVAREZ, Carlos**: Principios de Derecho Civil. Tomo Séptimo. Derecho de Sucesiones. Editorial Trivium. Madrid. 1.998. Pag. 227. Este Catedrático de Derecho Civil reconoce la “eterna tensión” *entre la libertad testamentaria y el establecimiento de un sistema de legítimas o de sucesión forzosamente impuesta al causante, cuestión que “difícilmente nadie, ni ningún*

Consiste, en suma, en una restricción de la libertad de disponer mortis causa, en el derecho a percibir una parte de la herencia “preferente, insoslayable e imperativo”, por imposición del legislador, que asiste al legitimario o legitimarios **tanto en la sucesión legal como voluntaria** (es decir, testamentaria y/o paccionada en aquellos ordenamientos en que exista esta última, como en Aragón). Y, de hecho, la indisponibilidad de la legítima alcanza también a los actos inter vivos a título gratuito como la donación. Este llamamiento tiene lugar, por tanto, por ministerio de la ley y aún en contra de la voluntad del causante como reza la **STS 22 noviembre 1.991 (RJ 1.991, 8477)**.

Por consiguiente, la sucesión “forzosa”, más que un tipo de sucesión en sentido estricto, o tercera causa de adquisición de bienes mortis causa, consiste en una **mera limitación creada por el derecho sucesorio a la libertad de disponer** (basada principalmente en un pretendido y discutible deber del causante con sus familiares más cercanos para después de su muerte, una suerte de obligación de atención y cuidado hacia determinadas personas que sobrevive al causante, y como remedio o medida de prevención de determinados abusos y extralimitaciones por parte de los testadores). Por tanto, carece de sustantividad propia.

Sin embargo no es menos cierto que su estudio en profundidad debido a su controvertida naturaleza, que incide en el debate sobre su mantenimiento en nuestro derecho foral alcanzó su punto álgido a finales del siglo XIX, en particular con las argumentaciones del polígrafo aragonés **Joaquín COSTA**. Ese debate y sus múltiples variantes y modalidades presenta una gran complejidad que excede del contenido de este trabajo<sup>32</sup>.

---

*sistema normativo, puede afirmar superada de un plumazo, ni de forma inconclusa”. Y, evidentemente, tampoco nosotros.*

<sup>32</sup> A este respecto, citamos al *iushistoriador* **Jesús LALINDE ABADIA** en Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa. AHDE, Tomo LV, Madrid, 1.985, Pags. 333 a 38, quien afirma que la legítima aragonesa es una de las instituciones sucesorias “*que ofrecen bastantes dudas*” y cuya evolución se encuentra plagada de “paralogismos” o razonamientos falsos. Califica esta materia de “*delicada y confusa*” (más de lo que puede resultar en la normativa “castellana” o “catalana”) y “*muy discutida en el pasado y es muy posible que haya de seguir siéndolo en el futuro*”. Este autor analiza una pretendida libertad de testar en Aragón (consecuencia de una indefinición inicial debido a la gran “dispersión normativa” existente en el Alto y Bajo Aragón con concepciones diametralmente opuestas), que podría entroncar con la *ausencia de autoridad familiar en nuestro derecho foral, como una muestra de antirromanismo* (a las que podríamos añadir la responsabilidad limitada del heredero, el pacto sucesorio, el testamento mancomunado o el pacto al más viviente también llamado “agermanamiento”). Sea como fuere, - sigue diciendo - esa libertad de testar y con ella la desaparición de la legítima pareció “*abrirse paso*” en los siglos XVI y XVII. Sin embargo en

Por ello, dentro de un derecho de sucesiones en que exista un régimen de legítimas, por amplio que pueda ser, no resulta del todo cierto que la voluntad del testador es ley de la sucesión, ya que ese expreso reconocimiento de la autonomía de la voluntad “mortis causa” encuentra cortapisas en normas de derecho necesario o imperativo que de un modo u otro restringen el “ius disponendi”. De hecho el **art. 318 CDF**A parece contener una suerte de “*contradictio in terminis*” ya que afirma una cosa y la contraria en el mismo precepto: “*El causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión ... sin más límites que el respeto a la legítima*”. Luego la libertad que se le reconoce no es tan “amplia”, plena u omnímoda como pudiera parecer en una primera aproximación al texto legal. Por otra parte, no es del todo cierto que como afirma el **art. 405.1 CDF**A la voluntad testamentaria se rige por la voluntad del disponente o disponentes, por que también resulta mediatizada o condicionada por un elevado número de preceptos que regulan la institución de la legítima, es decir, por la ley.

Así se desprende, por último, de la imperativa dicción del **art. 464.2 CDF**A: “*el que tenga legitimarios solo puede disponer de sus bienes con las limitaciones que se establecen en este Libro*” destacando de nuevo el carácter restrictivo de la legítima.

Bien es cierto que la legítima en Aragón es **global o colectiva** (reducida por la Ley de Sucesiones de 1999 a una mitad de los bienes, en lugar de las dos terceras partes que establecía el texto compilado de 1967), pudiendo distribuirse libremente por el disponente por cualquier título lucrativo, siempre entre cualesquiera descendientes (todos ellos), beneficiando por ejemplo a los nietos, soslayando a los hijos (y en todo caso sin olvidar la especial fortaleza y el notable alcance de la viudedad foral aragonesa). En este sentido, la legítima aragonesa desprende el aroma jurídico de la mejora en el Derecho Civil común, latiendo en ella su mismo espíritu (**art. 808 y 823 y ss. C.Civ.**)

De este modo, ningún descendiente, a excepción de un hijo único que, a su vez carezca de descendientes, conserva una expectativa legitimaria cierta, un “derecho expectante” (si se nos permite la importación de una institución de derecho matrimonial), legalmente exigible y cuantitativamente valorable o medible,

---

la segunda mitad del siglo XIX se produce una “*fuerte reacción contra la libertad de testar y a favor de la legítima*” que queda plasmada tanto en el Apéndice Foral de 1.925 como en la Compilación de 1.967.

La regulación actual, si bien concede un amplio margen de disposición para el instituyente, continua siendo una suerte de transacción entre la legítima individualista del Código Civil y la omnímoda facultad de distribución que pareció existir en los fueros de 1307 y 1311.

desde el momento en que, salvo en este caso, no existe propiamente una legítima que podamos calificar de individual.

Así lo dispone el **art. 486.1 CDFa** cuando proclama que *“la mitad del caudal fijado conforme al art. 489 debe recaer en los descendientes de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios”* pudiendo distribuirse *“igual o desigualmente entre todos o varios de los descendientes, o bien atribuirse a uno solo”*. Del precepto podemos extraer dos conclusiones, acaso obvias, pero de gran importancia práctica: por una parte, se refuerza la **posición hereditaria de los descendientes como únicos legitimarios** ya que carecen de tal condición tanto los ascendientes, como el cónyuge del *“de cuius”*.

Y, por otra, la restante mitad del caudal corresponde a la denominada **libre disposición** que, consecuencias fiscales aparte, puede recaer en cualquier familiar u otra persona sin relación de parentesco (vg. una pareja de hecho, un cuidador o un amigo, que acaso pudieran acreditar más merecimiento que un familiar directo).

Como dispone el **art. 487.1 CDFa**, la legítima puede atribuirse por cualquier título lucrativo, lo que incluye herencia, donación y, en Aragón, también en la sucesión contractual o paccionada traducida en el pacto sucesorio (**arts. 377 y ss. CDFa**) al que haremos referencia en este apartado.

A este respecto, entendemos que hoy en día, deberían desaparecer de nuestro ordenamiento foral cualesquiera limitaciones a la libre transmisión de los bienes (lo que no solamente concierne a la legítima, sino a otras instituciones como el consorcio foral o el derecho expectante de viudedad, por citar dos ejemplos). Las relaciones de afectividad en la familia han cambiado, irradiándose hacia otras personas ajenas a ese restringido ámbito; los hijos o descendientes no pueden suponer un obstáculo que entorpezca la libertad de disposición. La legítima puede tener sentido en algunas ocasiones en el mundo rural (que en la actualidad tan solo supone el 20% de la población aragonesa) pero no desde luego en el ámbito urbano del siglo XXI en que muchas personas tan solo disponen de su vivienda habitual y/o de unos pocos ahorros.

La ley debería confiar en la autonomía privada de los particulares pues son quienes mejor van a regular sus incumbencias personales o familiares y, en mayor medida en Aragón, tierra conocida por su libertad donde, en palabras de **Joaquín COSTA** hubo *“leyes antes que Reyes”*, (de hecho el jurista oscense llegó a decir que *“Aragón es todo él una inmensa Academia de Jurisprudencia”*) en que se ha consagrado el principio *“standum est charte”* como trasunto de esa libertad civil, de estipulación y de pacto, hasta tal punto de que se pide que *“hablen cartas y callen barbas”*, y que resulta vulnerada por la existencia de la legítima sucesoria.



A efectos meramente dialécticos o de *lege ferenda*, podría plantearse su mantenimiento tan solo cuando existan hijos menores de edad o discapacitados, o restringirla tan solo sobre la vivienda habitual o sustituirla por un genérico derecho de alimentos<sup>33</sup> que en materia sucesoria encontramos genéricamente regulado en el **art. 515 CDF**A. La institución de la legítima acaso pudiera alcanzar a aquellos bienes que han permanecido en el patrimonio familiar varias generaciones, de modo que no pudieran transmitirse sino a personas que desciendan de la estirpe del testador o disponente, principio en el que se inspira la institución de la troncalidad o reserva troncal en la sucesión intestada (**arts. 526 y ss CDF**A), de manera que con este destino sucesorio específico pudiera evitarse que un patrimonio inmobiliario que ha permanecido secularmente en una familia, pueda pasar, súbitamente y a título gratuito, a personas extrañas.

En todo caso, junto con otros juristas (vg. **MAGARIÑOS BLANCO**), sostengo la opinión de que no se puede dudar de la capacidad de las personas para regular el destino de su patrimonio; mantener un sistema de legítimas evoca una suerte de complemento de capacidad legal para evitar errores en el ejercicio de la facultad de disposición. El parentesco, por sí solo, no puede ser un argumento válido para mantener la legítima sucesoria.

La existencia de la legítima vulnera el **art. 33.3 CE** que proclama el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La forma más importante de desarrollar esa prerrogativa (inherente a todas las economías de mercado) es, precisamente, la libertad para disponer de los bienes que integran un determinado patrimonio. No obstante, cualquier reforma en materia de legítima (entendiendo por tal su eliminación de nuestro ordenamiento), debería hacerse paralelamente a la abolición del impuesto de sucesiones, medida ineludible en Aragón, que refrendaría esa libertad de testar, manifestación de la libertad civil. Los bienes del causante deben pasar a sus herederos (de cualquier grado, parentesco o condición), sin solución de continuidad y sin ningún tipo de cortapisa impositiva o tributaria, puesto que ya han sido depurados fiscalmente en vida del causante.

---

<sup>33</sup> Ya en 1.994, un lustro antes de la publicación de la Ley de Sucesiones, **CALATAYUD SIERRA** realizaba una *“reflexión sobre los cambios sociales habidos en las últimas décadas en Aragón”* abogando sin ambages por la supresión de la legítima. En efecto, este notario aragonés se hace eco del tránsito de una sociedad casi exclusivamente agraria y estática a una post industrial, urbana y dinámica; de unos vínculos familiares amplios a una familia nuclear. De un patrimonio, también familiar basado en un negocio o explotación que era necesario conservar, a un patrimonio individual, lo que incide en todas las instituciones jurídicas y en particular en la legítima. Las legítimas en Aragón. Actas de los Terceros encuentros de Derecho Aragonés. El Justicia de Aragón. Zaragoza. 1.994. Pags. 51 y ss.

El impuesto de sucesiones (y en general la fiscalidad de cualquier herencia) constituye una preocupación recurrente en todo ese proceso hereditario del que hablábamos. No podemos permitir que en Aragón, a la pérdida del padre, la madre o el cónyuge le siga la desaparición de una parte de su patrimonio. En ocasiones, este injusto tributo termina consiguiendo en Aragón, lo que la legítima estricta en otras Comunidades, empobrecer a las clases medias, trabajadoras y ahorradoras, generación tras generación. Aún en su actual regulación este gravamen vulnera los principios de prohibición de la doble imposición, no confiscatoriedad (particularmente cuando los llamados son parientes colaterales), capacidad económica y progresividad (**arts.31 CE, 3.1 y 3.2 LGT**) y sigue discriminando a los aragoneses con respecto a habitantes de otras regiones españolas, inequidad que atenta contra los **arts. 14 y 149 CE**.

Y, lo que incluso considero más importante: la voracidad recaudatoria que evidencia la existencia del impuesto de sucesiones condiciona, hasta el punto de desaconsejar, la aplicación de diversas instituciones o figuras jurídicas típicamente aragonesas, como por ejemplo la libre distribución de la legítima colectiva entre nietos, el otorgamiento de pacto sucesorio o el nombramiento de fiduciarios. Una institución milenaria como la fiducia, sigue sin encontrar un acomodo fiscal como evidencia el texto de **la Ley 15/2.018 de 22 de noviembre sobre la tributación** de la fiducia aragonesa, que puede incluso ser recurrida por inconstitucional al regular cuestiones relativas al devengo del impuesto, cuestión vedada al desarrollo de un tributo estatal cedido a una Comunidad Autónoma.

Veamos ahora alguno de los ejemplos cinematográficos de reparto de la legítima. En la película japonesa de dibujos animados **"El gato con botas" (1.987)**<sup>34</sup>, se nos cuenta la historia de un molinero que a la hora de hacer testamento no quiso llamar al abogado ni notario, y que teniendo tres hijos, dejó a uno el molino, a otro el burro, y al tercero, el gato, reparto nada equitativo y que se da por bueno pese a que el propietario del felino, como heredero forzoso que recibe menos de la legítima que le corresponde, podría haber exigido el complemento de la misma según lo preceptuado en el **art. 815 C.Civ.** mientras que, como hemos visto, en Aragón resultaría plenamente válido.

La saga familiar de los Corleone en **"El Padrino" (Francis Ford Coppola, 1.972, 1.974 y 1.990)** ha sido definida como una *"trilogía sobre el remordimiento"* en la que existen conspiraciones entre los miembros del clan que nos remiten a

---

<sup>34</sup> Citado por **ESCUADERO LOPEZ, José Antonio**: Los cuentos infantiles y la Historia del Derecho. Discurso de ingreso pronunciado el 23 octubre 2.013. Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. AAJL. 2.018. Pag. 75.

Julio Cesar y en que la locura sanguinaria y los crímenes familiares se inspiran en los excesos de Ricardo III o en Tito Andrónico<sup>35</sup>. Se trata no solo de la sucesión en el poder (sino también de una transmisión estrictamente hereditaria, más presente desde luego en la novela de Mario Puzo) de una familia mafiosa a lo largo de varias generaciones con ribetes típicamente shakesperianos que bebe de la fuente inagotable de El Rey Lear. En la primera parte, el patriarca, Vito Corleone se encuentra en el trance de planear la sucesión de su "reino". Pese a que Michael, héroe de guerra y futuro universitario, es su hijo predilecto y en el que ha puesto parte de sus ambiciones "legales", el elegido es el impulsivo y violento Sonny. El primogénito Fredo queda descartado debido a su talante pusilánime y su condición valetudinaria, al igual que Tom Hagen (hijo adoptivo que pese a todo sí alcanzará el grado de "consigliere" "*muy importante en la familia*"). La única hija, Connie, queda también apartada de la sucesión debido tan solo a esa condición femenina (y quien sin embargo se revelará posteriormente como una despiadada "Lucrecia Borgia").

El asesinato de Sonny y la posterior muerte de un ya anciano Vito, propiciará que Michael asuma la jerarquía de Padrino, convirtiéndose en un auténtico tirano y un déspota: "*yo era un hombre honrado; quería hacer el bien; ¿Qué me traicionó: fue mi mente o mi corazón?*". De hecho, debido precisamente a una traición llegará a asesinar a su hermano Fredo lo que le atormentará toda su vida. Llegado el momento será el propio Michael, ya mayor y enfermo, quien transmita el poder a su sobrino Vicent (hijo ilegítimo de Sonny o "Santino", un "*bastardo*", argumento también muy recurrente en Shakespeare), no así en la fundación familiar para los que la elegida es su hija Mary, debido a que el hijo varón reniega de las actividades de su padre de quien tiene "*malos recuerdos*"<sup>36</sup>.

Lo mismo cabe decir de la trama de "**Todo el dinero del mundo**" la reciente película de **Ridley Scott (2.017)** que plantea la sucesión del magnate del petróleo Paul Getty tras el secuestro de su nieto. "*Mi abuelo no era sólo el hombre más rico del mundo, era el hombre más rico de la historia del mundo*" que convierte la transmisión de su herencia en un importante problema. Paolo, es el preferido de

---

<sup>35</sup> Vid. **BALLO, Jordi y PEREZ, Xavier**: La semilla La semilla inmortal. Los argumentos universales en el cine. Editorial Anagrama, Barcelona, 1.995. Pag. 216 y ss.

<sup>36</sup> De hecho, para **Eugenio TRIAS**, la última parte de la trilogía es la más intensa de todo el tríptico y supone un logro artístico importante, como lo es, desde luego, *toda la saga en su compleja y armoniosa unidad*. El esfuerzo de Michael de hallar paz en su atormentado espíritu, un anhelo de librarse del peso de culpas que asume y reconoce, a la espera de la expiación y un reconocimiento del propósito de enmienda que no va a resultar ya posible. El terrible y sordo alarido, ese grito casi cósmico que clausura de facto El Padrino III y con él toda la trilogía no sirve de expiación; *tan solo le redimirá la perpetua meditación en una sencilla silla, leyendo un libro, ya muy mayor, en una gran casa de campo siciliana, hasta que caerá rendido por el peso de la vida. Y de la culpa*. Vid. De cine, aventuras y extravíos: Editorial Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2.013. Pags. 234 y ss.

entre sus nietos y en quien desea ver continuado su legado. Tras acceder a pagar el rescate, Getty fallece, dejando un fabuloso patrimonio a sus nietos: “El rey ha muerto; el trono está vacío; sus nietos son sus herederos”

Mayor complejidad representa, desde luego, la problemática sucesoria planteada en **“Los hombres que no amaban a las mujeres” (Niels Ander Opler, 2.009)** del que existe un *remake* homónimo realizado por **David Fincher en 2.010**. La película constituye una adaptación de la primera novela que compone la trilogía Millenium del fallecido autor escandinavo Stieg Larson en la que, una vez más y como es natural, el soporte literario hace más hincapié en las implicaciones hereditarias de la trama que el cinematográfico.

**Henrik Vanger** es un importante financiero sueco que encarga a Mikael Blomkvist, un periodista caído en desgracia, la investigación de la desaparición de su sobrina Harriet ocurrida hace varios años (*“era mi favorita, mi heredera, y eso la ponía en peligro”*). Henrik no tiene hijos, se encuentra *“delicado de salud”* y por ello le preocupa la transmisión del holding familiar: *“somos un clan desagradable, la mayoría nos odiamos, pero nos soportamos en los negocios”*. De sus tres hermanos, **Rickard** falleció en la Segunda Guerra Mundial, **Gottfried** (el padre de Harriet y el degenerado Martin) *“está alcoholizado”* y **Harald** *“un fanático de pasado nazi”* es el padre de Anita (fallecida a causa de un cáncer) y Cecilia (que vive en Londres y se ha desentendido de la familia). De hecho, Harriet desaparece durante una celebración familiar *“una reunión de 30 personas ruines y mezquinas, preocupadas por quien se llevará el pedazo más grande del pastel”*, esto es de la herencia.

Se trata de un planteamiento en apariencia sencillo (que no es lo mismo que simple), y sin embargo con importantes consecuencias en caso de plantearse en Aragón. El patriarca cree que su sobrina Harriet sigue viva, (de hecho no consta que cambie su testamento) aunque en un determinado momento llega a pensar que la persona que todos los años le envía una campánula por su aniversario *“desde distintas partes del mundo”* pueda ser un impostor en una especie de broma cruel y macabra. No obstante, transcurridas ya algunas décadas desde la desaparición de Harriet, nunca llegó a instarse su declaración de ausencia (**arts. 181 y ss. C.Civ.**, en particular **art. 183.2º**) ni la posterior declaración de fallecimiento (**art. 193.1º C.Civ.**). En cualquiera de los dos supuestos (ausencia y/o premoriencia) no podría operar la sustitución legal (**art. 336 CDFA**) ya que Harriet carecía de descendientes, ni podría producirse el acrecimiento (**art. 481 CDFA**) al ser instituida como única heredera.

La problemática de esta herencia sube de grado cuando Henrik sufre un infarto y está a punto de morir. En ese caso, se hubiera abierto su sucesión intestada o legal en virtud del **art. 516 CDFA**.

Y aún existe otra interesante particularidad que se plantearía en nuestro derecho como es la existencia de un consorcio foral entre los hermanos Vanger al

haber recibido propiedades inmobiliarias de sus difuntos padres (que en cualquier caso no alcanzaría a los valores mobiliarios, ni al holding empresarial) en los términos del **art. 373.1 CDFA**. De este modo, en caso de que Henrik Vanger no se separase de ese consorcio en escritura pública (**art. 375 CDFA**), a su fallecimiento los bienes acrecerían a sus dos hermanos, Gottfried y Harald, por ministerio de la ley ex **art. 374.3 CDFA** y aún en contra de lo expresado en su testamento.

En no pocas ocasiones, un reparto hereditario totalmente legal y ajustado a derecho, pero considerado injusto o discriminatorio por alguno de los hijos desfavorecidos, deja un inquietante poso de rencor y resentimiento que va a suponer la desintegración de la familia. Es el caso de **"La Loba"** dirigida por el maestro **William Wyler** en **1.941** y con una interpretación memorable de Bette Davis. Ambientada en 1.900 en *"el lejano Sur"* nos cuenta la historia de una familia de *"ricos hacendados"* herederos de una rentable plantación de algodón. La siguiente generación algo *"venida a menos"* tiene que organizar la transmisión hereditaria en la que no faltan celos y matrimonios acordados por conveniencia. Regina (que a diferencia de sus hermanos Ben y Oscar no participó de la herencia familiar por su condición de mujer, excluida del otrora próspero negocio) se ha convertido en una persona altanera, calculadora, sarcástica y sin escrúpulos; no permitirá quedar de nuevo fuera del reparto, buscando una sibilina venganza. De hecho comprobaremos como Regina se casó con su marido Horace tan solo por su posición económica; consciente de esa realidad modificará su testamento para favorecer a su hija Alexandra en detrimento de su ambiciosa esposa lo que no hace sino aumentar su resquemor y su ira.

## 2. Supuestos en los que existe libertad de testar.

Consecuentemente, en virtud de **art. 464.1 CDFA** *"quien no tenga legítimos puede disponer por pacto o testamento de todos sus bienes o parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para suceder"* lo que equivale a la absoluta libertad de testar. Por otra parte, aun existiendo legítimos también resultará posible instituir de *"forma clara y explícita, heredero a un extraño"* en dicción del **art. 487.2 CDFA**, siempre con cargo a la mitad de libre disposición. Por consiguiente, entrarían en este apartado todas aquellas películas en que la herencia es deferida a ascendientes, cónyuge y, en mayor medida a los parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, primos...) del causante.

Es el supuesto que encontramos en **"Noche de duendes"** comedia protagonizada por *"El gordo y el flaco"* en **1.930** y dirigida por **James Parrott**, en que Stan es llamado a la herencia de su tío Ebenezer Laurel. El resto de parientes es citado en una lúgubre mansión para conocer el contenido íntegro del testamento.

En **"Hamam, el baño turco"**, (Ferzan Ozpetec, 1.997) será también una testadora quien legue a su sobrino italiano un menesteroso baño turco.

La producción austriaca **"Los herederos"** dirigida por **Stefan Ruzowitzky** en **1.998** se desarrolla en 1.930 en que un rico hacendado, sin descendientes, otorga un testamento dejando sus tierras a siete de los jornaleros que las trabajan, es decir, a extraños en terminología fiscal.

En **"Herencia"** (Paula Hernández, Argentina, 2.001) se nos presenta a Olinda, una inmigrante italiana, que regenta un restaurante en Buenos Aires, soltera y sin descendientes. Peter, un joven de 24 años se traslada a la capital porteña para reencontrarse, sin éxito, con un amor perdido. Olinda, ya mayor y cansada, encontrará en él un sucesor para su negocio y a quien dejárselo en herencia. A título meramente enunciativo, otros ejemplos serían **"La bestia de los cinco dedos"** (Robert Florey, 1.946) en que la herencia es deferida a favor de la cuidadora del testador, **"Testigo de cargo"** (Billy Wilder, 1.957) a favor de un simple amigo o **"La herencia"** (Robert O'Hara, 2.001) en que los parientes instituidos son primos.

### **3. Intangibilidad cualitativa de la legítima y gravámenes sobre la misma.**

Como hemos explicado en los párrafos precedentes; la legítima (en cualquiera de sus posibles manifestaciones y cuantías) se regula por normas imperativas, de orden público, de derecho necesario o *cogente*, por lo que queda sustraída, por ministerio de ley, de la voluntad y el arbitrio, tanto de los legitimarios como del propio causante. Por ello con respecto a las disposiciones de éste, la legítima se encuentra protegida por una **intangibilidad cuantitativa** (referida a la inoficiosidad, de modo que si los bienes no alcanzan a cubrirla, se puede pedir la reducción de determinadas liberalidades), y **cualitativa**, (traducida en la regla general de prohibición de gravar la misma y que admite algunas excepciones).

En expresión de la **STS 26 junio 1.951 (RJ 1.951, 1670)** *"en el concepto de legítima se encierran dos categorías, de calidad y de cantidad, en relación con el total de la herencia determinada para cada caso, para cada uno de los herederos forzosos"*. Así lo proclama también la **SAP de Zaragoza 18 mayo 2.016 (EDJ 2.016/288004)**, cuando afirma: *"La ley protege a la legítima y por eso distingue dos tipos de intangibilidad de la misma: la cualitativa y la cuantitativa. Con el segundo tipo la ley impide al testador imponer un gravamen al legitimario mientras que en virtud de la intangibilidad cuantitativa se prohíbe otorgar menos de lo que por legítima corresponda (...) afecta al causante que no puede ni gravar al legitimario ni dejarle menos de lo que por legítima le corresponda y abre las acciones que éste tiene para corregir las disposiciones que le perjudican"*. La

intangibilidad cuantitativa se regula en los **arts. 494 a 496 CDFa** y la cualitativa, algo más extensa, en los **arts. 497 a 502, CDFa**.

En efecto, la legítima se encuentra protegida, insistimos, tanto contra posibles actuaciones de quien tiene el deber satisfacerla o distribuirla, como contra determinadas transacciones o pactos de quien tiene derecho a percibirla (vg. de renuncia, posibilidad que existe en Aragón tanto en vida del “causante” como, evidentemente, después de su fallecimiento). Y, de hecho, diferentes instituciones o mecanismos jurídicos como la preterición, la desheredación injusta, la reducción de liberalidades inoficiosas, además de la propia intangibilidad, obedecen a esta necesidad de protección. Más adelante nos referiremos en particular a la desheredación y a la preterición.

Por ello, vamos a detenernos en este apartado en la **intangibilidad cualitativa**; en palabras de **SANCHEZ – RUBIO GARCIA**, el CDFa protege la legítima ante la lesión en la “calidad” de los bienes atribuidos a los legitimarios que puede producirse básicamente por dos causas: no atribuir la legítima en bienes relictos o gravar la misma con cargas no permitidas<sup>37</sup>.

Como ha señalado **SERRANO GARCIA**, de la regla de libre distribución de la legítima entre descendientes se deduce la posibilidad de gravar, evidentemente con cualquier gravamen lícito, (usufructo, derecho de habitación, sustitución fideicomisaria, renta vitalicia, etc...) a unos en beneficio de otros<sup>38</sup>. Del contenido de los **arts. 501 y 502 CDFa** se infiere que puede establecerse cualquier carga, siempre que concorra justa causa, y ésta consista en que produzca un beneficio para cualquiera de los legitimarios. Tal es así que, precisamente, la presunción siempre juega a favor del carácter justo de la causa alegada, a diferencia de lo que sucede en el sistema de derecho común, mucho más restrictivo, limitador de la facultad de testar (sirva como ejemplo la **SAP Alicante 10 junio 2.016 (EDJ 2.016/198717)**).

Dicho de otro modo, esta vez en palabras del magistrado **GIL NOGUERAS**, si en nuestro sistema legitimario no existe cuota legitimaria individual, todos los gravámenes impuestos sobre los bienes de la herencia en favor de un concreto legitimario formarán parte de esa legítima y la *carga o gravamen* en nada perjudicará a aquella<sup>39</sup>. A este respecto puede consultarse la **SAP de Zaragoza 17 julio 2.000 (EDJ 2.000/75904)**.

---

<sup>37</sup> Manual de Derecho Civil aragonés. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2.009. Pag. 640.

<sup>38</sup> La legítima en Aragón. RDCA, 2.010. XVI, Pags. 104 y ss.

<sup>39</sup> Manual de Derecho Sucesorio Aragonés, Volumen 1. Ediciones SON LIBROS. Zaragoza, 2.006. Pags. 582 y ss.

Consecuentemente, la regla general de prohibición de gravámenes sobre la legítima encontrará no pocas excepciones, como aquellas cargas dispuestas en beneficio de otros descendientes, en los supuestos en que fallezcan todos los legítimos sin descendencia y en los bienes de que no se hubiera dispuesto. De igual modo podrán existir prohibiciones de enajenar, siempre que concurra justa causa o relativas a la administración o explotación de un negocio recibido como “legítima”, atribución mediante un fideicomiso, o cualquier otro tipo de sustitución, u otras previstas expresamente en el Código de Derecho Foral Aragonés como las denominadas cautelas de opción compensatoria o “*cautela socini*” (art. 500 CDFA), que permiten optar entre una atribución por causa de muerte libre de gravamen y otra de mayor importe pero sujeta al mismo.

En cualquier caso, los gravámenes susceptibles de suponer una lesión de legítima serán aquellos incluidos en el título sucesorio (ya sea pacto o testamento), constituidos, en consecuencia, por el propio causante, es decir, que no sean previos o anteriores al fallecimiento o incluso determinados por la ley (vg. usufructo viudal) y que afecten a los bienes relictos.

En “**Mi casa en París**” (Israel Horovitz, 2014), encontramos un ejemplo de una “carga o gravamen previo” a la transmisión hereditaria a favor de un heredero forzoso, y por ello intachable. Cuenta la historia de un neoyorkino (Mathias) soltero y sin descendientes “*conocidos*” que hereda de su padre un elegante palacete con jardín en París, en el lujoso barrio de Le Marais. Pero con un problema, ya que al llegar al inmueble, descubre que en el mismo vive una señora mayor de 92 años (Mathilde), con su hija, y según la ley francesa no podrá adquirir la plena propiedad hasta que aquella fallezca. Se trata del denominado contrato de “*viager*” (vida en español), que consiste en un antiguo sistema de adquisición de inmuebles que existe en el país vecino; el comprador paga un precio reducido, pero solo se convierte en titular cuando el anterior propietario muere: hasta entonces, deberá abonar una cuota mensual.

La película, basada en una obra teatral, lo que condiciona su puesta en escena, comienza como una comedia ligera, vacua y con una inicial levedad, pero conforme transcurre la trama nos presenta una atmósfera turbia en la que nada es lo que parece y desvela oscuros secretos y enredos familiares (una historia de adulterio acaso consentido que un determinado momento arroja dudas sobre la filiación de los protagonistas) así como las frustraciones y sueños incumplidos de todos los implicados que descubrimos a través de agudos y mordaces diálogos. De la risa se pasa a la sonrisa, desembocando en una honda amargura por el devenir de la vida de los personajes. “*Tengo 90 años, la sutileza no me interesa*” afirma Matilde, la anciana inquilina. **La moraleja de la película es en suma, que el aliciente para seguir adelante en la vida y ser feliz, depende en buena medida de tener un objetivo o una meta.**



Este particular supuesto, aplicado a nuestro derecho, ni siquiera a efectos meramente dialécticos podría asimilarse con la denominada hipoteca inversa con la que en alguna ocasión se ha comparado de forma un tanto precipitada e irreflexiva. Tampoco se trata de una renta vitalicia que nos plantearía la cuestión de su transmisión hereditaria al sorprendido Mathias. En realidad nos encontraríamos ante una **obligación modal**, que impele al destinatario de una atribución gratuita a cumplir y/o a soportar o respetar una determinada prestación con un carácter o componente aleatorio como es la prolongación de la vida de la anciana Matilde.

#### 4. El pacto sucesorio o sucesión paccionada.

Dentro de las denominadas sucesiones voluntarias, y en virtud del **art. 487.1 CDFa** la legítima puede atribuirse por cualquier título lucrativo que, en Aragón, al igual que en otros ordenamientos jurídicos forales (vg. Cataluña, País Vasco y Navarra) y en diversos códigos de estirpe germánica, comprende el pacto o contrato sucesorio, sucesión contractual o paccionada<sup>40</sup> como un modo particular de delación que se regula profusamente en el **Título II del CDFa (arts. 377 y ss)**, sin que, paradójicamente llegue a definirlo. Sin embargo en derecho común esta “forma de disponer” se encuentra prohibida expresamente casi como una cuestión de orden público (**art. 1.271.2 C.Civ.**), interdicción que, por cierto, alcanza también al testamento mancomunado (**art. 669 C.Civ.**) y a la fiducia sucesoria (**art. 670 C.Civ.**), instituciones o figuras jurídicas típicamente aragonesas, lo que reafirma la libertad civil que preside nuestro derecho foral.

Estos “*pactos sobre la propia sucesión*” deberán constar en escritura pública al tratarse de un *contrato solemne* en expresión de la **SAP de Huesca 05 marzo 1.996 (AC 1.996, 522)**<sup>41</sup>, lo que, desde luego, comprende los capítulos matrimo-

---

<sup>40</sup> Sin embargo, como afirma **CARRAMOLINO GOMEZ**, el concepto de sucesión contractual es en realidad más estricto que el de pacto sucesorio. Si la sucesión contractual implica siempre un pacto sucesorio, no todo pacto sucesorio puede ser considerado sucesión contractual. Pacto sucesorio es todo acuerdo referido a materia sucesoria. Solo los denominados pactos de suceder (pacta de succedendo) cuyo objeto es la institución de heredero o la ordenación de un legado a favor de una de las partes, de ambas recíprocamente, o de un tercero merecen el calificativo de contrato sucesorio o sucesión contractual. Curso básico de Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Práctica de Derecho. Valencia. 2003. Pag. 475.

<sup>41</sup> La mencionada resolución discurre sobre el hecho de si un acto de conciliación puede ser considerado o equiparado a una escritura pública; la sentencia reconoce que el **art. 476.2 LEC** otorga a lo consignado en acto de conciliación eficacia de un convenio consignado en documento público. Pero – sigue diciendo- no todos los documentos públicos son escrituras públicas; el concepto de escritura pública es más limitado, ya que los documentos públicos pueden ser notariales, judiciales o administrativos. Las escrituras públicas, concluye la Ilma. Audiencia Provincial

niales (**art. 195. 2 CDFa**) resultando históricamente el instrumento más habitual y frecuente, por no decir único, para su otorgamiento; puede afirmarse, en síntesis, que su contenido es sucesorio, su formulación contractual y su causa legitimadora, el matrimonio.<sup>42</sup>

Todos los otorgantes de los mismos (que serán como mínimo dos, instituyente e instituido) deben ser necesariamente mayores de edad, sin que se admita ningún tipo de representación al tratarse de un acto de los denominados personálísimos, lo que excluye la participación de un representante legal, tutor (o cualquier otro tipo de complemento de la capacidad), mandatario verbal o apoderado.

Los pactos sucesorios se clasifican en **afirmativos o adquisitivos** (en los que el instituyente ordena su propia sucesión) y **negativos o abdicativos** (en los que el posible heredero renuncia a esa prerrogativa, supuesto que contempla expresamente el **art. 399 CDFa** y cuya finalidad principal en la práctica profesional habitual (notarial o letrada) es que los instituyentes, en la mayoría de los casos cónyuges, obtengan una total libertad de disposición al no encontrarse de ese modo con ninguna limitación legal, (que no es otra que la existencia de la legítima), nombrándose recíprocamente herederos con objeto de protegerse.

La institución de heredero (o legatario) en pacto sucesorio admite dos modalidades: La primera de ellas comprende los **pactos “de presente”** con transmisión perfecta, actual e inmediata de los bienes al instituido que deviene titular de todos los derechos, acciones y/o prerrogativas sobre los bienes en igualdad de

---

de Huesca, son aquellos documentos públicos en los que los notarios como fedatarios públicos, intervienen en su autorización, de conformidad con el Reglamento y Legislación notarial. Así, el documento en que se plasmó el pacto sucesorio no aparece autorizado por Notario y carece de consideración de escritura pública, siendo el requisito exigido “ad solemnitatem” para su validez. Puede consultarse el comentario de esta sentencia realizado por **COARASA LABORDA, María Teresa**, en El pacto sucesorio en el derecho aragonés. Un supuesto práctico. Derechos Civiles de España, Vol. IV, II parte, BSCH, Madrid, Pags. 3.691 a 3.706.

<sup>42</sup> En un trabajo de 1.978 el profesor **CRISTOBAL MONTES**, destacaba este carácter matrimonial – familiar del origen del pacto sucesorio que servía de vehículo al “*delicado juego de afecto e interés, a ese peculiar equilibrio entre el recíproco dar para recibir*” que ahuyenta los peligros que supone el irrestricto mecanismo testamentario. Así, el pacto, como contrato que es, produce una vinculación actual y mutua que impide *retractaciones y abandonos unilaterales*. El padre que precisa la dedicación de la familia creada por el hijo otorga el pacto sucesorio precisamente en capitulaciones matrimoniales con ocasión del enlace nupcial del favorecido. Citando a otros autores como PELAYO HORE y ROCA SASTRE concluye que la sucesión contractual apenas ha tenido operatividad con independencia del matrimonio, y aunque existan algunas costumbres aragonesas en sentido contrario, la práctica mayoritaria y determinante de esta *situación contractual* siempre se ha desenvuelto en torno a las capitulaciones matrimoniales. La sucesión contractual aragonesa. Comentarios. Libros Pórtico. Zaragoza, 1.978, en particular pags. 14 a 27.

condiciones que el disponente, si bien pueden establecerse algunas limitaciones como las derivadas de la reserva del “señorío mayor” que atribuye al instituyente el usufructo y administración de los bienes (**art. 388 CDF**). Esta modalidad ha aparecido vinculada histórica (y fiscalmente) con el contrato de donación, en la medida en que adelanta los efectos de la sucesión a la muerte del causante<sup>43</sup>. De hecho, un sector de la doctrina lo califica como un tipo mixto entre el testamento y la donación; el **art. 383.1 CDF** expresa que salvo pacto en contrario la donación universal de todos los bienes “*habidos y por haber*” equivale a la institución contractual de heredero.

Por otra parte, existirán pactos “**para después de los días o post mortem**” en que la adquisición de los mismos sólo se produce tras el fallecimiento del instituyente que hasta entonces habrá conservado la titularidad de los mismos, por lo que sólo en ese momento alcanza su plenitud como disposición “*mortis causa*”. Por ello, nada obsta para que pueda disponer de los bienes por actos “*inter vivos*” a título oneroso (vg. compraventa) en cuanto que la vinculación que ha asumido solo le compele a respetar el título hereditario conferido, pero no a asegurar un determinado contenido económico en el acervo hereditario. Sin embargo, y esta es una matización importante, que de no observarse puede originar no pocos litigios, para disponer “*inter vivos*”, pero a título gratuito (vg. donación) deberá obtener el consentimiento del instituido (**art. 383 CDF**), exceptuando liberalidades de escaso valor o importancia.

En esta ocasión recurrimos a una historia con múltiples versiones cinematográficas y varios remakes, con la salvedad de que las elegidas son dos absolutas obras maestras. Estamos hablando de “**El Rey Lear**” (adaptación de la tragedia de William Shakespeare “*King Lear*”) en la versión rusa dirigida por **Grigori Kozintsev** en **1.971** y “**Ran**” (**1.985**) un confesado remake de **Akira Kurosawa** tras las cámaras, literalmente en estado de gracia, y felizmente recuperado para el cine tras la depresión y el intento de suicido sufrido en 1.971, debido a severas dificultades en su carrera motivadas por una falta de reconocimiento y un injusto silencio.

---

<sup>43</sup> La tributación del pacto sucesorio “de presente” plantea importantes controversias fiscales que no invitan a su utilización por los ciudadanos aragoneses. Por un lado la reciente **STS 09 febrero 2.016 (EDJ 2.016/6010)** estimó que el pacto sucesorio constituye una transmisión lucrativa por causa de muerte y como tal debe recibir el tratamiento fiscal dimanante de tal condición. Sin embargo, **la Resolución de 18 octubre 2.018 de la Dirección General de Tributos de Aragón** estableció que no resulta de aplicación la reducción de la base imponible del impuesto de sucesiones. Como ya adelantábamos en páginas anteriores, la limitación (o eliminación) de las ventajas fiscales de determinadas instituciones o figuras jurídicas forales, está conduciendo en la práctica a su desuso por parte de los aragoneses. La normativa civil foral no puede verse agredida continuamente por la proteica y cambiante fiscalidad lo que, por otra parte, vulnera el **art. 9.3 CE** relativo al principio de seguridad jurídica.

En la versión de Kozinytsev, totalmente fiel a la obra del dramaturgo británico, Lear decide dividir su reino entre sus tres hijas, Goneril (la primogénita), Regan y Cordelia, para *“liberar mi vejez de tareas y cuidados”* y *“evitar futuras disensiones”*. El monarca reparte su reino entre Goneril y Regan y tan solo se reserva el derecho a poder alojarse alternativamente en los castillos (es decir, su uso y disfrute o usufructo) y un séquito de 100 caballeros de su guardia que nos recuerda al *“señorío mayor”* (**art.388 CDFa**). Hay que tener también en cuenta que el pacto sucesorio comprende, una entrega de dote, (institución familiar consuetudinaria en Aragón prevista en el **art. 201 CDFa**) ya que Goneril y Regan han contraído matrimonio con Albany y Cornwall, respectivamente, quienes se encuentran presentes e intervienen en la adjudicación. En el caso de Cordelia, se reafirma más claramente este componente matrimonial ya que es pretendida por el Rey de Francia y el duque de Borgoña, por lo que urge plantearse también su dote. El noble francés se desentenderá de ella cuando caiga en desgracia.

Sin embargo, en **“Ran”**, será un señor feudal, Hidetora, de 70 años, *“viejo y cansado”*, quien también reparte su reino en este caso entre sus dos hijos varones, Taro y Jiro, dejando fuera a Saburo. En este caso la forma jurídica de pacto sucesorio queda acaso más desdibujada (no contiene ningún tipo de vinculación matrimonial aparente, aunque las esposas de algunos de los hijos les coaccionan e influyen), si no fuera por el importante detalle que *“Monseñor”* llega a firmar el documento (*un pacto*) con su propia sangre en un intento por refrendarlo y otorgarle la mayor de las solemnidades, con un grave compromiso y componente obligacional. Asimismo también parece reservarse ese *“señorío”* que comprende el derecho de ocupar a su antojo el *“castillo 1 y el castillo 2”*, legados a sus hijos mayores.

Las posibles causas de **revocación unilateral** del pacto sucesorio se regulan en el **art. 401 CDFa**; tratándose de un contrato bilateral y, por ello, irrevocable si no es con el concurso de las voluntades que lo hicieron nacer, el instituyente tan solo podrá modificar su disposición por alguna de las causas tasadas por la ley. Una de ellas (**art. 401. c) CDFa**) es que el *“beneficiado”* haya incurrido en una causa de indignidad o desheredación en el supuesto de que recayera en él la condición de legitimario. Como es natural, ambas causas privan de la condición de heredero (a las que nos referiremos expresamente en el capítulo siguiente) por lo que resulta de todo punto lógico y coherente que también alcancen al instituido en este concreto modo de disposición *“mortis causa”*, en el supuesto de que cometa determinados agravios contra la persona del instituyente o las demás previstas en los **arts. 328 y 501 CDFa**. La doctrina más autorizada ha apuntado que resultará más complejo en el caso de *“institución de presente”* cuando la conducta del indigno o desheredado sea posterior a la misma, ya que la transmisión de bienes

hereditarios se habrá verificado, pudiendo haber concluido negocios jurídicos de disposición con el consiguiente perjuicio sobrevenido a terceros.

Vamos a detenernos siquiera brevemente, en el **apartado b) del art. 401 CDFa** que, además, contiene una doble causa de revocación, resultando de nuestro interés la contenida en su primer inciso: “*por incumplimiento grave de las cargas y prestaciones impuestas al instituido*” que posiblemente también podría alcanzar a los supuestos de una institución condicional. El **art. 384.2 CDFa** que reza “*interpretación y normas supletorias*” contempla una remisión a las normas generales sobre los contratos según la respectiva naturaleza de las estipulaciones (es decir, indirectamente a los **arts. 644 a 653 del C.Civ.** relativos a la revocación de donaciones por ingratitud debido a sus evidentes similitudes), así como “*al uso, costumbre y observancias del lugar cuando el pacto se refiera a determinadas instituciones consuetudinarias*” (**STSJ de Aragón 09 noviembre 1.991 (RJ 1.991, 7074)**). Esta revocación deberá ejercitarse a través del correspondiente procedimiento judicial en el que la legitimación activa la ostentaría no solo el instituyente, sino también los hijos y descendientes de éste en caso de su fallecimiento.

Este supuesto parece plantearse en “**Heredarás la tierra**” (**Jocelyn Moorhouse, 1.997**). Basada en la afamada novela de Jane Smiley, resulta evidente su filiación shakesperiana. El rico terrateniente Larry Cook (otro “rey sin corona”) decide repartir su herencia “*en vida y para evitar impuestos de transmisiones*” entre sus tres hijas, (Rose, Ginny y Caroline) y los esposos de las dos mayores, Pete y Ty, quienes trabajan en la explotación familiar, que abarca “*1.000 acres de tierra pagados y libres de cargas*”, lo que de nuevo nos remite a los pactos sucesorios documentados en capítulos matrimoniales. La hija menor, Caroline, abogada de profesión es excluida del reparto. Sin perjuicio de que traigamos a colación este largometraje al tratar las causas de indignidad y desheredación, el pleito con el que concluye enfrenta al padre con las dos hijas debido a que el viejo Larry quiere recuperar la propiedad de la finca invocando textualmente “*una cláusula del pacto*” por que considera que están realizando una “*mala administración*”, “*un abuso en la gestión*”. Cabe manifestar, sin ánimo de hacer *spoiler*, que el Juez fallará a favor de las demandadas argumentando que “*es muy difícil revertir esa cesión una vez hecha*”. Y como suele suceder en este tipo de pleitos familiares, “*se abrió un abismo muy profundo entre todos nosotros*” que constituye el preludio de la tragedia final.

## V. INDIGNIDAD SUCESORIA, DESHEREDACIÓN, EXCLUSIÓN, PRE-TERICION, APARTAMIENTO, Y “DESAFILIACIÓN”.

*“Lo malo del dinero, “Buddie”,  
es que te obliga a hacer cosas que no quieres”  
“Wall Street” (Oliver Stone, 1.985)*

### 1. Indignidad y desheredación; paralelismos y diferencias.

Debemos comenzar precisando que indignidad y desheredación son dos conceptos jurídicos distintos; aunque guardan una estrecha relación y se encuentren próximos, ello no conduce a que puedan asimilarse. Durante siglos han convivido en diferentes ordenamientos jurídicos (como por ejemplo el Código Civil y nuestro Código de Derecho Foral) puesto que se trata de instituciones de derecho sucesorio que hunden sus raíces en un remoto pasado común. Pero como afirma **PEREZ DE VARGAS MUÑOZ** a pesar de que ambas figuras impiden que una persona pueda hacer efectivo un derecho sucesorio *“se trata de institutos que no pueden confundirse.”*<sup>44</sup>

La **indignidad** encuentra su fundamento en una **“falta social”** y constituye por sí sola un motivo de incapacidad relativa para suceder, exista o no desheredación, a no ser que medie la remisión expresa o tácita a que se refiere el **art. 332 CDF**. Las causas de indignidad, al estar reguladas con clara independencia de las de desheredación no precisan de expresión testamentaria para surtir efecto (**STS 7 enero 1.975 (RJ 1.975, 12)**). Por el contrario, las causas de **desheredación** tienen un trasfondo de **“falta familiar”** de modo que es el testador ofendido quien pueda apreciar su magnitud, valorarla e incluso perdonarla reconciliándose con el responsable del agravio.

La indignidad sucesoria puede producirse en la sucesión testada o intestada; sin embargo las **causas f) y g) del art. 328 CDF** implicarán forzosamente la existencia de un testamento puesto que atentan contra la natural libertad en su otorgamiento.

Esta figura sucesoria supone la existencia de una persona plenamente capaz, pero que es privada de la posibilidad de suceder frente a un determinado causante; las personas afectadas por una causa de indignidad (al igual que en el caso de las llamadas incapacidades relativas) no pueden suceder a alguien en concreto, pero nada obsta a que puedan heredar de otro causante; esta incapacidad, si bien es rela-

---

<sup>44</sup> La indignidad sucesoria en el Código Civil español. Mc Graw Hill, Madrid, 1.997. Pag. 45.

tiva al *de cuius*, es absoluta para lo que respecta a su patrimonio (**STS 28 febrero 1.947**). Así entendida podría tratarse de una suerte de desheredación legal.

En efecto, la indignidad consiste en una sanción o castigo, una tacha con la que la ley marca a algunos posibles herederos por cometer determinados actos de particular gravedad contra la persona del causante (y de otras relacionadas con él) taxativamente determinados por la ley que le privan de la posibilidad de adquirir la herencia o le privan de la titularidad o el disfrute de la ya aceptada en el momento en que se esgrima la causa de indignidad (*potest capere sed non potest retinere*). Consecuentemente, se basa en razones morales y éticas y reviste el carácter de una pena civil o privada que no limita la voluntad del testador para favorecer al indigno o perdonarle expresamente.

Como afirma **PUIG BRUTAU** la indignidad se fundamenta en circunstancias que afectan a sujetos de derecho con aptitud general para ser nombrados herederos o legatarios; suponen una verdadera *transgresión jurídica* basada en una presunción iuris tantum de que el causante hubiera excluido de la sucesión al indigno de haber tenido conocimiento de las circunstancias que le hacen ostentar tal condición. La previsión de la ley – concluye – está “*del lado del causante*” pues trata de expresar su presumible intención, mientras que en los casos de incapacidad o prohibición se posiciona “*frente al causante*” ya que adopta medidas opuestas o contrarias a la voluntad que haya podido expresar.<sup>45</sup>

Las causas de indignidad son taxativas y han de interpretarse restrictivamente sin que resulte posible el recurso a la analogía con otros supuestos distintos a los expresamente contemplados; la regla general es la capacidad (y la “dignidad”) para suceder como enseña la **STS 11 febrero 1.946 (RJ 1.946, 121)**.

Lo que no significa que el testador no pueda hacerlas valer igualmente si desea desheredar tomando en consideración alguna de ellas. En cualquier caso, la Ley de Sucesiones de 1.999 (hoy subsumida en el CDFA de 2.011) introdujo una nueva causa de indignidad, la **letra c) del art. 328** – extraída del Código Penal recién promulgado en 1.995 – que difícilmente podrá ser esgrimida a la vez como causa de desheredación: “*el que fuere condenado a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad o autoridad familiar o tutela, guarda o acogimiento familiar; en las sucesiones de las personas sobre las que versara la pena y sus descendientes*”

---

<sup>45</sup> **PUIG BRUTAU, José**: Fundamentos de Derecho Civil V, Volumen 1. Editorial Bosch, Barcelona, 1.976. Pags. 133 y ss.

## 2. Las causas de indignidad del art. 328 CDFa.

Vamos a analizar, en particular, aquellas causas de indignidad y el tratamiento de las mismas que podemos encontrar en las diversas producciones cinematográficas estudiadas. Comenzamos por la contenida en la **letra a)** del **art. 328 CDFa** que ordena: “*son incapaces de suceder por causa de indignidad los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes*”.

Como es natural, esta causa se basa en razones de moralidad y del respeto a las obligaciones derivadas de la institución jurídica aragonesa denominada **autoridad familiar** (en defecto de patria potestad); se funda, en suma, en los deberes que la naturaleza y aún las leyes imponen a la paternidad. Resulta evidente que quien contraviene gravemente la función inexcusable de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, que concierne a ambos progenitores, no puede aspirar legítimamente a heredar de sus descendientes. Esta misión comprende entre otras importantes facetas su educación y formación integrales, un deber de corrección siempre de forma *razonable, moderada y proporcionada*, sustento, vestido y asistencia médica (ex **arts. 63 a 65 CDFa**).

El autor decimonónico **SCAEVOLA** ya reconocía el “buen sentido” de esta causa, “*haciendo figurar como primera de las indignidades para suceder la que verdaderamente constituye la más monstruosa indignidad humana*”<sup>46</sup>

Este precepto incluye por tanto a cualesquiera descendientes (hijos, nietos, etc...). Y, además, habida cuenta de que como dispone el **art. 64 CDFa** esta autoridad familiar puede ejercerse “*siempre en interés del hijo*”, entiendo que la indignidad debería alcanzar, en su caso, a todos los ascendientes, es decir también a los abuelos y posiblemente a otros familiares cercanos como los hermanos que, por cualquier circunstancia, ostentasen la autoridad familiar sobre un menor o incluso discapacitado, si fuera preciso prorrogar esta función cumplida la mayoría de edad.

En cualquier caso, como ha señalado **MATA RIVAS**, la redacción de este artículo supone una “*clara mejora*” sobre la regulación contenida en su “*precedente inmediato*”, el **art. 756 C.Civ.** En opinión que no podemos sino compartir, “*siempre resulta deseable que se refuerce la protección de los menores de edad, por activa y por pasiva*”, elogiando de igual modo la “*sensibilidad del legislador aragonés*”<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> **SCAEVOLA, Mucius Q.:** “Código Civil comentado y concordado extensamente”. Tomo XIII, Imprenta Ricardo Rojas, Madrid, 1.897. Pag. 290.

<sup>47</sup> **MATA RIVAS, Francisco:** Manual de Derecho Sucesorio Aragonés. Volumen 1. Ediciones SON LIBROS. Zaragoza, 2.006. Pags. 41 y 42.



Por otra parte, desaparece la referencia a los actos que *“atenten contra el pudor de los hijos”* que, en el Texto Sustantivo Civil ya había sido modificada por la Ley 11/1990 de 10 de octubre.

A este respecto nos interesa comentar dos películas en las que la conducta o actuación de que son objeto las hijas por parte de sus padres, debería llevar aparejada su indignidad sucesoria.

En **“Herederás la tierra” (Jocelyn Moorhouse, 1.997)** de la que ya hemos hablado en el capítulo dedicado a *“reyes”* que reparten su reino, tenemos conocimiento de que el terrateniente Larry Cook, que pasa por una persona respetable y admirada en su comunidad, *“un gran granjero”*, sin embargo ha maltratado a sus tres hijas, (Rose, Ginny y Caroline) tanto de obra (golpes, agresiones, palizas) como de palabra (graves insultos, y vejaciones en público). Con arreglo a estricta literalidad del precepto foral acaso no llevaría indefectiblemente aparejada su indignidad sucesoria. Por otra parte, tampoco constituye una causa de desheredación ya que el **art. 510 c) CDFA** está concebido para el caso contrario, en que sean los hijos o descendientes quienes *“maltraten de obra o injurien gravemente”* a sus ascendientes. Como ya sabemos, en Aragón tan solo existe la legítima colectiva en línea descendente (**art. 486.1 CDFA**).

Pero lo que todavía resulta más grave e inaceptable es que entre los 13 y los 16 años abusa sexualmente de las dos hijas mayores, Rose y Ginny, sin que nos quede claro si también la hija pequeña, Caroline, fue víctima de esta reprobable actuación. En un momento en que las hermanas se sinceran, Ginny reconoce a Rose que *“cuando su padre dejó de ir a tu habitación empezó a venir a la mía”*. El trauma por los abusos sufridos ha condicionado tanto su vida amorosa como posteriormente su vida marital; como en tantas ocasiones, la hermana mayor se defiende recurriendo a la negación de lo sucedido. Sea como fuere, estas relaciones sexuales incestuosas con hijas (en particular si son menores como es el caso) deberían constituir un ejemplo de lo que se entiende por corrupción y, con independencia de las responsabilidades penales y civiles que entrañe, llevar aparejada la indignidad sucesoria del padre en el caso de que alguna de ellas falleciera sin hijos (como en el caso de Rose) e intestada, siendo llamada a la herencia tan degenerado progenitor. Debemos concluir que **arrebatarse la inocencia, puede ser peor que arrebatarse la vida**.

Y ello es así, porque aplicado al supuesto de la corrupción de menores, la generalidad de la doctrina coincide en afirmar que existirá siempre ésta *“incapacidad para suceder”* al ser el padre quien corrompe, aun en el caso de que la hija pudiera llegar a consentir la relación incestuosa, sea mayor o menor de edad, capaz o incapaz. El hecho de que la(s) hija(s) alcancen la mayoría de edad y la

plena capacidad de obrar “no borra” la relación paterno filial y por tanto la gravedad de esta causa de indignidad<sup>48</sup>.

En la película mexicana **“Nos vemos, papa” (Lucía Callejas, 2.011)** también vamos a encontrar una relación incestuosa entre padre e hija. Pilar una atractiva mujer soltera, ordenada y meticulosa, ha perdido a su padre. Ambos vivían juntos en casa de éste y ha cuidado de su progenitor durante su vejez, surgiendo una malsana relación de dependencia. Pilar, comienza a sentirse *“abatida, deprimida”*; no quiere salir de casa ni acude a las reuniones familiares. Por otra parte, la relación con su “ex -novio” Marco ha estado siempre mediatizada por la figura del padre ya fallecido. En un determinado momento su sobrina (hija de su hermano Pepe con el que mantiene una relación distante) se da cuenta de que *“habla sola” y de que está “profundamente trastornada”*. A través de una serie de “flash backs” y de los recuerdos que asaltan a Pilar, descubriremos un terrible secreto como es que padre e hija mantenían una relación que iba más allá de lo afectivo, lo que nos hace sospechar que tal vez se había iniciado en su infancia, y ha lastrado su vida personal, emocional, familiar y sexual.

El apartado b) del art. 328 CDFa contiene una de las causas más recurrentes y dramáticas, de las que no ha podido abstraerse el Séptimo Arte, en las que se llega al extremo de matar por heredar. De este modo resultará indigno para suceder *“El que fuere condenado por haber atentado contra la vida del causante, del cónyuge, descendientes o ascendientes, contra la vida del fiduciario o contra la vida de otro llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno”*

Como señala LLEDO YAGÜE, se trata de una de las causas que excepcionan la regla general de la calificación de la capacidad al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata; en cualquier caso, en *“tema de indignidad”* lo relevante es la comisión del hecho, sea anterior o posterior al fallecimiento. Si se produce después (vg. asesinar a la viuda del causante), borra retroactivamente la aptitud para suceder y, por tanto, la delación recibida.<sup>49</sup> De entre todas y muy variadas circunstancias que sitúan a una persona en trance de no poder suceder a otra recogidas en el art. 328 CDFa, ninguna es tan significativa y censurable como la de atentar contra su vida.

De la lectura en conjunto del citado precepto deducimos que la indignidad existirá por la realización de cualesquiera de los hechos o conductas que merez-

---

<sup>48</sup> PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: La indignidad sucesoria en el Código Civil español. Mc Graw Hill, Madrid, 1.997. Pag. 66.

<sup>49</sup> LLEDO YAGÜE, Francisco: Compendio de Derecho Civil. Sucesiones. Editorial Dykinson, Madrid, 1.998. Pag. 75.

can el calificativo de *atentar contra la vida* y aún con independencia de que el móvil sea estrictamente sucesorio. Sin embargo, en algunas ocasiones se precisará de la existencia de una resolución judicial que así lo declare; este apartado b) afirma taxativamente que el indigno habrá tenido que ser condenado en el correspondiente procedimiento en la jurisdicción penal por haber atentado contra la vida de una serie de personas, incluido el fiduciario de la herencia (a quien de igual modo se menciona en el apartado d), y no solo al causante o su familia más cercana como se desprende de la escueta redacción del **art. 756 CCiv.**

En efecto, la “prohibición” de heredar (o la nulidad del proceso de la herencia ya adquirida) deberá ser impuesta al indigno mediante una sentencia que no merece el calificativo de constitutiva (no “crea” la indignidad), sino declarativa y que una vez firme en la instancia correspondiente, pondrá fin al procedimiento en el que se discuta la concurrencia de una causa concreta. Considero irrelevante a estos efectos que el indigno haya confesado los hechos o que haya mostrado algún tipo de arrepentimiento o reparado el daño causado aún en el caso de que pudieran esgrimirse como circunstancias atenuantes o modificativas de la responsabilidad criminal que regula el **art. 21 del Código Penal** (la condena seguiría existiendo igualmente pero acaso con una pena menos severa aunque, por otra parte, concurriría una agravante mixta como es la de parentesco).

Sin embargo, con la generalidad de la doctrina, entiendo que no existirá indignidad si concurriera alguna de las eximentes reguladas en el **art. 20 CP** (legítima defensa o “anomalía o alteración psíquica” por citar dos ejemplos). Si estas circunstancias exoneran o liberan de la responsabilidad penal a quien ha cometido un delito, también debe predicarse igual consecuencia en la “responsabilidad sucesoria”.

De igual modo, la prescripción del delito o un posible indulto, si bien dejarían sin efecto las consecuencias estrictamente penales del delito, no sanarían las de la indignidad sucesoria. En el supuesto de que el atentado hubiera sido consumado, el causante, ya no podría rehabilitar nunca al indigno, ni perdonarle en escritura pública o reconciliarse con él (desde luego no antes de la comisión del delito, y mucho menos después, evidentemente) como enseña el **art. 332.1 CDFA**. Cuestión distinta sería que el intento de homicidio recayera en cualesquiera otras personas que cita el **art. 328 b) CDFA** o bien que simplemente se quedase en grado de tentativa y la víctima se encontrase en condiciones de poder redimir al hasta entonces indigno. Por otra parte, considero que este perdón o reconciliación debería ser personalísimo de modo que nunca podría concederlo u otorgarlo un posible fiduciario de la herencia de ese concreto causante.

Como decíamos, esta causa exige una sentencia condenatoria dictada en un proceso penal por un delito doloso contra la vida (homicidio o asesinato), con independencia del grado de participación o colaboración (autor, inductor, cómplice, cooperador necesario y aun incluso encubridor). Sin embargo tampoco debería alcanzar al supuesto de un homicidio culposo o por imprudencia, siempre y cuando en el procedimiento criminal, insistimos, resultase meridianamente claro que no existió un subrepticio móvil sucesorio; en ese caso, podría hablarse de una *“intención de causar el mal”* obteniendo una *“contraprestación”* y por tanto, una vez más, de dolo.

Basada en una novela de Agatha Christie, **“Testigo de cargo” (1.957)** dirigida por el Rey de la comedia, Billy Wilder, y no por el mago del suspense Alfred Hitchcock, como mucha gente cree erróneamente, plantea un claro supuesto de indignidad sucesoria. Emily French una *“viuda cincuentona y adinerada”* ha sido asesinada en su domicilio. Todas las sospechas recaen sobre Leonard Wole, un inventor fracasado y *“sin blanca”* a quien ha conocido recientemente, entablando una interesada amistad. La Sra. French ha revocado su testamento anterior (en que la única beneficiaria era su ama de llaves, la irascible Sra. McKenzie) otorgando uno nuevo en el que le lega 80.000 libras para financiar la fabricación de una novedosa batidora que ha patentado. Se trata de una absoluta obra maestra, imprescindible dentro del género del llamado cine jurídico que explota la figura del falso inocente. En efecto, solo al final de la película llegamos a conocer la cruda realidad: Wole ha engañado a su amiga para que otorgue un nuevo testamento (lo que *per se* ya le haría indigno de sucederla ex **art. 328 f) CDF**), y lo que es más grave, se descubre como autor material de su asesinato con objeto de cobrar el legado e iniciar una nueva vida de *“dispendios y viajes”* con su joven amante.

Podemos encontrar un supuesto muy parecido en **“La casa torcida” (Guilles Paquet – Benner, 2.017)**, curiosamente también basada en una novela de Agatha Christie. En este caso, el argumento es recurrente en la obra de la autora británica; varios familiares viven en la suntuosa mansión del armador Arístide Leónides. El título, como es natural no obedece a ninguna particularidad arquitectónica del palacete, sino a la catadura moral de sus habitantes, de su avaricia y baja estofa: *“esta casa es una caldera de pasión reprimida”*; *“somos unos vanidosos ególatras, una familia rica pero inmoral y desestructurada”*.

Leónides, de 89 años, es encontrado muerto en su habitación. Pese a su prolecta edad, el fallecimiento no se atribuye a causas naturales. Su nieta Sophia cree que el magnate ha sido asesinado y contrata al detective Charles Hayward para que lo investigue. Las principales sospechosas son su segunda esposa (una ex corista de 37 años) y, sorprendentemente, la propia Sophia quien resulta beneficiaria de un testamento que todos los demás parientes desconocían. Finalmente,

se descubrirá que Arístide fue "envenenado", pero no les revelo ni la sorprendente autora ni el disparatado móvil.

Sin embargo en la tórrida "**Fuego en el cuerpo**" escrita y dirigida por el prolífico **Lawrence Kasdan** en **1.981**, la indigna de suceder no sería al autora material del asesinato de su esposo, sino la cómplice o inductora del mismo. Matty Walker es una bella y sensual mujer, casada con el rico financiero y hombre de negocios Edmund Walker que seduce al mediocre abogado Ned Racine. Matty, mucho más joven que su esposo, no puede divorciarse ya que "*firmé un acuerdo prenupcial (léase capitulaciones matrimoniales ex art. 195 CDFa) y me quedo sin nada*". Por tanto, la única forma de hacerse con la fortuna del marido es acabar con su vida: "*deseo su muerte con todas mis fuerzas*". Ned urdirá un macabro plan para asesinar a Edmund y quedarse con parte de su dinero que "*será nuestro o no lo será: la suerte está echada*". Sin embargo obnubilado por la lujuria de "*ese fuego abrasador*" no contaba hasta dónde puede llegar la ambición de la codiciosa viuda.

El cine español también nos ofrece un claro ejemplo de indignidad sucesoria en "**A hierro muere**" (**Manuel Mur Oti, 1.962**) una magnífica muestra de cine negro. Elisa, una atractiva mujer, sale de prisión tras cumplir cinco años de condena por un delito contra la propiedad. Comienza a trabajar como enfermera de una cantante ya retirada y muy rica. Su sobrino Fernando, un "*jugador, mujeriego y vividor*" planea asesinarla para hacerse con su herencia, continuando de este modo con su lujoso nivel de vida. "*Mi tía es avara y rica pero no se muere nunca: necesito el dinero y no veo otra salida que su muerte*". La advertencia bíblica del título nos anticipa el truculento desenlace final.

Por otra parte, también puede resultar indiferente el grado de comisión del delito (bien consumado o en mera tentativa o frustración). La indignidad surgirá por el atentado contra la vida de cualquiera de las personas citadas en el **art. 328 b) CDFa**, sin que importe el resultado final alcanzado. Bien es cierto que la indignidad no es una materia estrictamente penal, sino civil, de ahí que las categorías que contiene el Código Punitivo de 1.995 sobre grados de participación en la actividad delictiva no sean paralelos, ni directamente trasladables al concreto ámbito de esta incapacidad para suceder.

"**Freaks**" o "**La parada de los monstruos**" (**1.932**) constituye la más escabrosa y estrambótica creación de **Tod Browning** (llamado el Edgar Allan Poe del cine) quien tras una larga y fructífera relación con la Metro Goldwyn Mayer fichó por la Universal. Esta cinta, discordante e inusual considerada para algunos como "demasiado extrema" plantea otro evidente supuesto de indignidad sucesoria (con la particularidad de que en este caso el asesinato quedará en grado de tentativa). Basada en una breve historia de Tod Robbins titulada "*Spurs*" se desarrolla en el ambiente endogámico de un circo en el que la atracción principal la cons-

tituyen personas con deformidades o taras físicas<sup>50</sup>. Hans, un “enano de circo” cae rendido ante las turgencias de la trapezista Cleo. Al parecer, Hans goza de un importante patrimonio debido a una fortuna que ha heredado de un familiar lejano. Inducida por su amante, Cleo decide casarse interesadamente con su pequeño admirador; “solo me interesa su dinero” afirma. Tras celebrarse el enlace, Cleo ridiculiza a Hans y reniega del resto de “monstruos babosos y asquerosos” que conviven con ellos en la feria ambulante. Con la ayuda de Frida pronto descubrirán que Hans está siendo envenenado con la comida para que su muerte parezca ocasionada por una enfermedad y, una vez fallecido, la ambiciosa trapezista se haga con sus bienes como su viuda y única heredera. Afortunadamente Hans sobrevive al intento de asesinato. No hará falta que su esposa sea declarada indigna de sucederle; el ajuste de cuentas final en una noche de tormenta en el que la caravana del circo sufre un accidente resulta particularmente sórdido aún hoy en día. No sorprende por tanto, que esta “obra maestra desconocida”, esta pequeña joya del cine de terror, rodada en 36 días, execrada por los críticos más conspicuos de su época estuviera prohibida durante décadas, hasta los años 60.

El **art. 328**, en su **letra f)** contiene otra interesante causa de indignidad sucesoria muy adaptada al cine: *El que con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante o fiduciario a otorgar, revocar o modificar disposiciones sucesorias.*

Un autorizado sector de la doctrina civilista (por todos ALBALADEJO y PEREZ VARGAS MUÑOZ) al analizar las causas de indignidad del **art. 746 C.Civ.** consideran que resultaría conveniente, englobar las contenidas en los apartados f) y g) del citado precepto. El **art. 328 CDFA** utiliza la misma sistemática, de modo que con los autores citados entiendo que hubiera resultado más clara una fórmula general, comprensiva de todas las posibles conductas que constituyen actos contrarios a la libertad de testar y que atentan contra la libre disposición “mortis causa”, (ya sea una acción tendente a que se establezca cierta sucesión ya a evitar que la herencia se defiera con arreglo a unas disposiciones no deseadas por la persona de quien provenga la amenaza, el fraude, el dolo o la violencia). En suma, revocar o modificar un testamento equivale a testar.

El fundamento de estas causas de indignidad se encuentra en que constituyen un atentado contra la voluntad de testador; se trata de proteger la libertad de esti-

---

<sup>50</sup> Como ha señalado **Juan Manuel DE PRADA**, la *horripilación* que provoca este olvidado largometraje no proviene de los efectismos propios del género de terror, sino del “pasmoso” casting que incluyó enanos, mujeres barbudas, tullidos, siameses, hombres tronco, liliputienses, mutilados en diverso grado, etc... La película provocó un invencible desagrado – dice el autor – entre la mayoría de los espectadores de la época, que tal vez vieran en aquel desfile de monstruos una *traducción demasiado evidente de los paisajes de su alma, infestados de lepras morales*. Los tesoros de la cripta. Editorial Renacimiento – Los cuatro vientos. Sevilla, 2.018. Pags. 89 a 91.

pulación y de pacto, la autonomía privada de la persona que decide otorgar un testamento / pacto sucesorio o abstenerse de hacerlo y que, como sabemos, se trata de un principio general fundamental en nuestro ordenamiento jurídico (**art. 3 CDFA**).

Por otra parte, la voluntad del testador constituye la ley de la sucesión y, por tanto, debe emitirse sin ningún tipo de presión, condicionamiento o injerencia de terceros. A este respecto, puede consultarse la **SAP Zaragoza 04 octubre 2.007 (EDJ 2.007/308016)** en el que “*el instituido ejerció actos de violencia psicológica y presiones sobre su madre...*”

Tal es así que como afirma **PEREZ DE VARGAS MUÑOZ**, citando a **ALBALADEJO**, “*lo malo y distorsionante*” de la actuación del indigno se halla en la presión que realiza o el engaño que emplea; y aunque ciertamente es más grave que llegue a alcanzar su objetivo, sin embargo su actuación ya le hace merecedor de tal castigo.<sup>51</sup> Del mismo modo, esta causa de indignidad operará aunque el testamento otorgado bajo estas circunstancias resulte finalmente revocado en un contexto en que la voluntad del testador (víctima inicialmente de la actuación del indigno) ya no se encuentre forzada o mediatizada.

Aún así cabe plantearnos una última reflexión: el testamento otorgado con violencia, dolo, intimidación, fraude, etc... devendría nulo en aplicación del **art. 423 CDFA** – como lo sería cualquier negocio jurídico concluido bajo el influjo de tales circunstancias -. Si esto es así, ¿Por qué además debe reputarse indigno al “heredero”? Precisamente, porque paradójicamente en el supuesto de abrirse la sucesión intestada como consecuencia de la anulación del testamento, el “indigno” podría resultar llamado como heredero ab intestato y aún como posible legitimario, y esto es precisamente lo que la norma foral trata de evitar.

Con objeto de ilustrar este supuesto de indignidad, traemos a colación otra pequeña joya del cine de terror, también arrumbada en los arrabales del olvido. Se trata de “**La bestia de los cinco dedos**” dirigida en **1.946** por **Robert Florey**, considerado uno de los más importantes “artesanos” adscritos al clasicismo de Hollywood. Florey hizo gala de un estilo propio, siendo responsable de varios largometrajes deudores del cine producido en los años de la República de Weimar. En Estados Unidos pudo desarrollar la manifestación fílmica de una profunda turbiedad psicológica, propia de la época.

Un pianista manco muere en misteriosas circunstancias habiendo testado, sorprendentemente, a favor de su enfermera, Julie Holden, en detrimento de

---

<sup>51</sup> **PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, José**: La indignidad sucesoria en el Código Civil español. Mc Graw Hill, Madrid, 1.997. Pags. 101 y 102.

unos codiciosos parientes, un cuñado, el Sr. Arlington y un sobrino, Donald. En este caso, se da la circunstancia de que el causante ya había previsto que los familiares podrían impugnar el testamento por una posible falta de capacidad o captación de la voluntad del disponente por parte de la beneficiaria de su última voluntad. Aunque *"hacer testamento en pensar en la muerte y pensar en la muerte es anticipar el final"* el Sr. Ingram le pide a su secretario personal, el Sr. Hilary, que testifique que *"no estoy loco"* y que *"pienso racionalmente"* lo que refrenda con la firma de dos testigos.

Alevosamente asesorados por el Sr. Duprex, abogado de la familia, Arlington y Donald, en un primer momento acusan a Julie de la muerte del reputado pianista y, en su defecto, de haberle obligado a otorgar testamento a su favor debido a una "devoción" malsana rayana en la coacción. En un clima entre alucinatorio y espectral, la mano amputada del causante vuelve de la ultratumba y se pasea por las estancias vacías de la villa para ejecutar una terrible venganza contra los habitantes de la misma.<sup>52</sup>

En la película italiana, **"La herencia Ferramonti" (Mauro Bolognini, 1.976)** el fraude o engaño es urdido por Irene, una bella y enigmática mujer, ambiciosa y sin escrúpulos, calculadora, manipuladora y arribista que espera ascender en la escala social a través de un matrimonio de conveniencia en que su único interés es el dinero. En efecto, en la Roma de 1.880, Irene contrae matrimonio con Pippo, uno de los hijos del viudo Gregorio Ferramonti quien ha construido un imperio gracias a un exitoso obrador de panadería. Sin embargo, Ferramonti desconfía de sus hijos a los que llama *"imbéciles"*, *"¡que revienten, solo quieren el dinero!"* y les promete que cuando él muera *"heredarán un saco de mierda"*. Los ningunea diciendo que *"no tienen cabeza para llevar un negocio"*; a Pippo le ridiculiza particularmente: *"tu no me has robado, te ha faltado valor"*. Irene desea que todos *"hagan las paces, para que no haya odios"*, pero su intención es controlar a la familia y llegar a manejar el patrimonio a su antojo: *"os he reunido a todos para engañaros mejor"*. Así es, cuando fracasan los arriesgados negocios emprendidos por Pippo para la canalización del Tíber, y "todo va mal" se hace amante de su hermano Mario. Y, finalmente, descubierto este romance adúltero, llega a seducir y acostarse con su propio suegro (a quien previamente había llegado a espiar siguiéndolo hasta su banco y descubriendo un patrimonio de *"centenares de miles de liras"*). Como ya imaginarán, Ferramonti instituye única heredera a su nuera (sigue casada con Pippo) y excluye de la sucesión a sus tres hijos. Fallecido el industrial panadero,

---

<sup>52</sup> De nuevo, citando a **DE PRADA**, el recurso de la mano desembarazada del cuerpo que perpetra las fechorías más siniestras o rocambolescas ha sido posteriormente imitado en "La mano" (dirigida por un primerizo Oliver Stone) y en clave de comedia en la saga de La familia Addams. Los tesoros de la cripta. Editorial Renacimiento – Los cuatro vientos. Sevilla, 2.018. Pag. 196.



Irene exhibe un testamento que tenía guardado en su caja fuerte y del que nadie tenía conocimiento; *"papá me lo ha dejado todo, el dinero es mío"*.

Este fraude o engaño hacia el testador, que se sanciona con la indignidad sucesoria aparece más claramente al inicio de **"Superman Returns" (Brian Singer, 2.006)** que supuso la recuperación para el cine del "hombre de acero" tras la desigual saga protagonizada por el añorado Christopher Reeve. La película comienza con una escena en la habitación de una lujosa mansión en la que Gertrud, una anciana moribunda, conectada a diversos goteros y monitorizada, otorga un testamento nombrando único heredero al malvado Lex Luthor y excluyendo a diversos familiares que se encuentran fuera de la estancia *"aporreando la puerta"* e insultando al archivillano enemigo de Superman: *"es un sinvergüenza, no te quiere"*, le increpan. Sin embargo la enferma cree en las buenas intenciones de Luthor: *"a pesar de tu pasado eres un buen hombre y te mereces una segunda oportunidad; me dijiste que si te ayudaba a salir de prisión cuidarías de mí... y por eso te lo mereces todo"*. La testadora expira en el mismo momento de firmar y, de hecho, es el beneficiario quien termina la firma y rubrica por ella. Consumado el engaño (que ha urdido con la complicidad de la doncella y su amante), en un gesto de desprecio entrega su peluca a los legítimos herederos: *"podéis quedársela; el resto es todo mío"* evidenciando su característica alopecia. La fortuna recién adquirida servirá para crear un imperio del mal.

La captación de la voluntad puede llegar a ser tan sofisticada que se produzca aún incluso durante el sueño. Es la sugerente trama de **"Origen"** dirigida en **2.010** por el británico **Christopher Nolan**, uno de los realizadores más visionarios de las últimas décadas. El título original "Inception" hace referencia a un proceso de extracción de ideas, información, secretos industriales, datos, etc... que se produce mientras la "víctima" duerme. Don Cobb es una especie de mercenario con un oscuro pasado y problemas con la justicia que se dedica a vender este procedimiento al mejor postor, aun siendo *"perfectamente consciente de que entrar en la mente de otros tiene unos usos poco legales"*.

Sin embargo, en esta ocasión el arriesgado encargo no consiste en robar una idea, sino en introducirla en la mente de una persona: el dueño del imperio energético industrial Fischer Morrow (de *"salud muy delicada"*) y al que un competidor quiere eliminar y convertirse así en un monopolio. Al principio Cobb y su equipo recelan: *"ninguna idea es simple si hay que introducirla en la mente de alguien"*, aunque son plenamente conscientes de que *"el parásito más resistente es una idea; una vez que se ha fijado en el cerebro es imposible erradicarla: formada y extendida se queda ahí"*.

Y esa idea no va a ser otra que la destrucción de la herencia: *"hay que empezar por lo más básico; todo dependerá de los prejuicios del sujeto. La semilla que sembramos en la cabeza de ese hombre dará como fruto una idea que le definirá"*

*para siempre. Un testamento puede sembrar esa idea*". En efecto, la definitiva transmisión hereditaria condicionará el futuro de la empresa y por ello el fraude va a afectar no solo a disponente y, en mayor medida al heredero sino también a varias personas, incluido al Sr. Peter Browning, abogado y hombre de confianza del industrial Maurice Fischer. La compleja trama (que incluye "sueños dentro de sueños" e historias y tramas paralelas) discurrirá en torno a la existencia de un testamento oculto, custodiado en una caja fuerte cuyo descubrimiento cambiaría el destino de la sucesión: "revocaría el anterior si tu quisieras"; "querías el número de la caja fuerte para destruir el testamento, era la última provocación de tu padre". Sin embargo Robert Fischer afirma: "no voy a renunciar a mi herencia, no voy a destruirla".

Con carácter general, un contrato en el que falte cualquiera de sus elementos esenciales (en este caso un consentimiento o declaración de voluntad libremente formada y manifestada) no surtiría efecto alguno (vid. **arts. 1.261, 1.265 y 1.266 C.Civ.** relativo a los vicios del consentimiento entre los que figura la violencia, la intimidación y el dolo). Consecuentemente, como ya adelantábamos, no debemos olvidar que si se producen estas causas de indignidad, indefectiblemente y al mismo tiempo, el testamento o pacto sucesorio devendrá nulo de pleno derecho en virtud del **art. 423.1 CDEFA** con las consecuencias previstas en la ley (ya sea la apertura de la sucesión ab intestato o legal si no existía más que un testamento (en virtud del **art. 516 CDEFA**.) o bien la validez de la disposición anterior que de otro modo hubiera quedado válidamente revocada (vid. **art. 421 CDEFA**).

### **3. La desheredación y sus causas. "Desafiliación" y exclusión.**

La desheredación consiste en la declaración expresa de un testador de privar a un legitimario (o a todos ellos, en su caso) de participar en su herencia, especificando que lo hace por que ha incurrido en una de las causas tasadas por la ley. En los ordenamientos jurídicos que la regulan, la desheredación surge para moderar los efectos del sistema de legítima (pero también para protegerla) otorgando una autonomía civil al testador, una suerte de "poder doméstico" para mantener el orden y la disciplina en el seno familiar gozando de potestad para castigar determinadas y concretas infracciones especialmente graves u ofensivas tanto moral como físicamente.

El **art. 509 CDEFA**, enseña que solo produce efectos la desheredación que se funda en una causa legal, cierta y expresada en testamento (ya sea mancomunado, ológrafo, cerrado o de cualquier otro tipo admitido por la ley) y, como es natural, en nuestro derecho foral incluye la posibilidad de que también se exprese

en pacto sucesorio o en acto de ejecución de la fiducia<sup>53</sup>. Por consiguiente, la capacidad para desheredar deberá ser la misma que la que se exige en los citados negocios jurídicos sucesorios (vid. **art. 378 CDFa** para el pacto sucesorio, **art. 408 CDFa** para el testamento y **arts. 456 y ss. CDFa** en lo que concierne a la ejecución de la fiducia).

El elenco de causas legales concretas se enuncia en el **art. 510 CDFa**, como una enumeración taxativa y cerrada de “*numerus clausus*”, sin que resulte posible una interpretación extensiva de las mismas o la aplicación de otros supuestos “*aunque guarden analogía o revistan mayor entidad*” (**STS 04 noviembre 1.997 (RJ 1.997,7930)**). Debido a que se trata de disposiciones limitativas de derechos como es el de la legítima; cualquier interpretación en materia de desheredación debería realizarse siempre en favor y en defensa de la situación legitimaria.

Por otra parte, tanto la doctrina científica más autorizada como la jurisprudencia entienden que la desheredación **no podrá ser condicional (STS 19 diciembre 1.988 (RJ 1.988, 9479))**; - salvo la obviedad de que la condición consista en que la causa de desheredación sea cierta -; cuestión distinta es que, como afirma **VALLET DE GOITISOLO** puedan existir una remisión o un perdón condicionados.<sup>54</sup>

Sin embargo, existen mayores discrepancias en que pueda resultar **parcial**. Coincido con **ALGABA ROS** en que si el castigo puede ser total, privando absolutamente de la condición de legitimario, cabe una moderación que se admite en otros ámbitos del ordenamiento jurídico civil no estrictamente sucesorio; el testador puede, por tanto, atenuar esta pena civil al igual que en otro contexto lo hacen las autoridades judiciales.<sup>55</sup> Utilizando un conocido aforismo, *quien puede lo más* (esto es desheredar completamente), *puede lo menos* (disponer alimentos a favor del desheredado o cualquier tipo de asignación).

---

<sup>53</sup> En el supuesto de hecho conocido por la **SAP de Teruel 28 diciembre 1.998 (EDJ 1.998/36253)** la desheredación “*sin expresión de causa efectuada por el testador, Don José*”, es calificada como “*claramente ilegal e injusta*”, por lo que los efectos “*no pueden ser otros*” que los de anular la institución de heredero “*en cuanto perjudique al desheredado*”

<sup>54</sup> **VALLET DE GOYTISOLO, Juan**: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XI, EDESA, Madrid, 1.982. pag. 534.

<sup>55</sup> **ALGABA ROS, Silvia**: Efectos de la desheredación. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.002. Pags. 101 y ss. De igual modo, puede consultarse: **BATLLE VAZQUEZ, Manuel**: Invalidez de la desheredación parcial en nuestro derecho. Anales de la Universidad de Murcia, 1.952. Pags. 63 - 69; y **VALLET DE GOYTISOLO, Juan**: ¿Puede desheredarse parcialmente o bajo condición?. RDN, 1.967, Pags. 179 - 197.

La desheredación, entendida como privación expresa de la legítima por causa grave (sin que resulte preciso una descripción detallada de los hechos, pero sí la mención expresa de la misma), cierta, justificada, demostrable, y legalmente reconocida solo puede producirse por la voluntad deliberada del disponente. A diferencia de la indignidad (que se desenvuelve en el ámbito público) la desheredación pertenece a la esfera privada del testador (STS 07 marzo 1.980, RJ 1.980,1558).

Además, por regla general, las causas de desheredación suelen ser anteriores a la testamentifacción (vid. **apartados b), c) y d) del art. 510 CDFa**), y en cualquier caso antes de la apertura de la sucesión, mientras que la tacha del indigno acostumbra a aparecer después del otorgamiento (vid. **letras b), e), f) y g) del art. 328 CDFa**). Y, aunque en cualquier caso sean anteriores a la muerte del disponente (**art. 328 c) CDFa**), pueden aparecer abierta ya la sucesión. La indignidad se aplica a toda clase de herederos mientras que la desheredación alcanza a los denominados legitimarios o herederos forzosos (vg. hijo único sin descendientes). La doctrina más autorizada equipara el fundamento de la desheredación al de la revocación de las donaciones por ingratitud, pero con una importante diferencia: en el caso de la donación nos encontramos ante un hecho consumado, la transmisión del dominio o de la propiedad ya se ha producido, mientras que en la desheredación existe una expectativa por parte del sujeto pasivo, un posible llamamiento que tan solo se conocerá tras el fallecimiento del causante y que, precisamente por ello, puede no llegar a producirse si incurre en una de sus causas.

Son varios los foralistas (por todos **CERECEDA MARQUINEZ**<sup>56</sup>) quienes argumentan que la legítima colectiva “*resta interés a la desheredación*” pues el causante puede no asignar ningún bien a un legitimario de grado preferente sin necesidad de desheredarle. Sin embargo, cabe destacar que la calendada Compilación de Aragón de 1.967 no hacía ninguna referencia a esta institución, mientras que la Ley de Sucesiones de 1.999 optó por regularla de forma expresa y detallada.

No obstante, sí que es cierto que únicamente resultará necesaria esta figura cuando se quiera privar de la legítima al único o legitimario (vg. hijo único sin descendientes) o bien a todos ellos, supuestos que por otra parte son cada día más

---

<sup>56</sup> Ley de Sucesiones. Comentarios breves. Librería General, Zaragoza. 1.999. Pag. 149. La **SAP de Zaragoza 09 noviembre 2.010 (EDJ 2.010/302783)** también se hace eco de este argumento cuando afirma: “*La desheredación individual (...) a falta de una legítima propia reservada para casa legitimario, solo tiene un verdadero sentido cuando se desheredan a todos los legitimarios, dado que la legítima es colectiva.*”

habituales en la práctica de los despachos profesionales de abogados y notarías. Tal es así que recientemente han sido modulados o matizados por la jurisprudencia del Alto Tribunal<sup>57</sup> y que, desde luego, vamos a encontrar en casi todas los largometrajes que ilustran este apartado.

Ahora bien, cabe precisar que las desheredaciones llevadas a la gran pantalla solo podrían producirse, en su mayoría, en el contexto de ordenamientos jurídicos en los que exista una absoluta y omnimoda libertad de testar (vg. Derecho hebreo, la mayoría de los Estados Unidos de América, Navarra y algunos territorios del País Vasco).

La estrecha relación entre indignidad y desheredación se pone de manifiesto en la dicción del **art. 510 a) CDFa** puesto que, en primer lugar, enuncia como causas de desheredación, precisamente, las de indignidad. Es por ello que un testador podrá desheredar expresamente acudiendo al elenco recogido en el **art. 328 CDFa** en una suerte de juego doble y combinado entre ambas figuras jurídicas punitivo – sucesorias.

En “**Comanchería**” (**David McKenzie, 2.016**) apreciamos este juego entre indignidad y desheredación. En este caso conocemos a dos hermanos llamados Tanner y Toby cuya madre ha fallecido. El primero de ellos ha cumplido 10 años de prisión por haber matado a su padre de un disparo – si bien sabemos que era debido a las palizas y malos tratos a que sometía a su esposa y a sus hijos –. La causante hizo testamento en el que lo deshereda expresamente por esa causa de indignidad (es decir, aplicando el **art. 510 a) CDFa** en relación con la **causa b) del**

---

<sup>57</sup> La **STS de 3 junio 2.014 (EDJ 2.014/99484)** ha realizado importantes matizaciones al concepto de la desheredación, su alcance y los motivos o causas por las que puede producirse. Esta reciente resolución del Tribunal Supremo, que confirma la dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (por tanto se refiere a un supuesto regido por el Código Civil, pero extensible a nuestro derecho foral), reprocha a dos hermanos el abandono de su progenitor siete años antes de morir, sentando la doctrina de que pese a que las causas de desheredación suponen una *enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva*, esto no significa que la valoración concreta de una causa deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo; se destaca el “*dinamismo conceptual*” que encierra el maltrato de obra destacando que los malos tratos o injurias graves han de ser objeto de una interpretación flexible, conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen, con base a la dignidad de la persona como núcleo fundamental de los derechos constitucionales y su proyección en el derecho de familia y sucesorio. En suma, el TS admite la desheredación debido a un maltrato psíquico y reiterado y la conducta de menosprecio y de abandono familiar hacia el padre, que quedó evidenciada durante sus últimos años de vida (ya muy enfermo) en que quedó bajo el amparo de su hermana, sin que los hijos se interesaran por él o mantuvieran contacto alguno, situación que cambió tras su fallecimiento en que demandaron reclamando sus derechos hereditarios.

**art.328 CDFa).** Pese a las circunstancias “atenuantes” que pudieran concurrir, la madre nunca llegó a perdonar a Tanner por el parricidio: “*nunca quiso saber nada de mi*” por lo que no ha existido, por tanto, perdón o reconciliación (**arts. 332 y 511.2 CDFa).**

De hecho no llegamos a conocer siquiera si es nombrado o no en el testamento; Toby no lo revela. Tan solo explica que el único heredero es él (lo que hubiera resultado perfectamente posible adjudicándole toda la herencia repartiéndolo así la legítima colectiva) y que piensa “*dejarlo todo a sus hijos*” a quienes no visita desde hace más de un año, ni les ingresa la pensión por alimentos.

En “**Disobedience**” (**Sebastian Leio, 2.017**) se nos plantea un caso interesante y de difícil solución que introduce nuevos conceptos, posibilidades e incluso instituciones jurídicas. El rabino Sholmo Krushka, viudo, líder religioso de una ultraortodoxa comunidad judía del norte de Londres ha fallecido repentinamente. Tiene una hija llamada Ronnie que vive en Nueva York, ciudad a la que se trasladó hace varios años (tras un escándalo debido a una relación lésbica con Esti, una amiga de la adolescencia). Desde entonces no ha mantenido relación alguna con su padre ni con la comunidad judía.

“Ronit” (apodo diminutivo con el que es conocida) viaja a Londres para asistir al entierro de su padre y es recibida con recelo, distancia y frialdad: “*no esperábamos volver a verte*”. Quiere arreglar la sucesión y vender la casa familiar. Sin embargo, el rabino ha otorgado testamento nombrando heredera a la sinagoga, “*dejándole la casa con todo lo que contiene*” como le informa su tío Hartog. En el testamento el rabino declara no tener hijos (había perdido una hija con anterioridad que falleció soltera y sin descendientes) y en el obituario publicado en los periódicos locales también se reseña que “*no tuvo hijos*”. Este hecho contraría profundamente a Ronnie quien se plantea no asistir al funeral: “*hubiera sido un detalle que me mencionase en su testamento*”.

Es decir, en el supuesto de hecho planteado por “Disobedience”, no podemos hablar propiamente de desheredación; tratándose de la única legitimaria de grado preferente y heredera forzosa, (hija única sin descendientes) el rabino tendría que haber recurrido a esta figura jurídica, pero no parece que concurra ninguna de las causas legales (el traslado a Nueva York para trabajar como fotógrafa y aún la orientación sexual de “Ronit” no entran, desde luego, en el elenco del **art. 510 CDFa).**

En realidad, podríamos encontrarnos ante una especie de **desafiliación** (ya que ni siquiera es nombrada – lo que implica una preterición intencional - y el testador declara no tener hijos), institución jurídica aragonesa “*exclusiva de Aragón, al menos dentro de la península ibérica*”, documentada ya en el siglo XII,

sin que, en cualquier caso, tampoco podamos identificar los requisitos para su aplicación<sup>58</sup>.

**CAMARA LAPUENTE**, denomina “**testamento negativo**” a aquel que tiene por único cometido la voluntad mortis causa de excluir a todos o algunos de los herederos legales del *de cuius*. A este respecto, el autor, señala el acierto del legislador aragonés al discernir y separar entre “*desheredación y exclusión*”, “*novedosa regulación única en el ordenamiento jurídico español*”<sup>59</sup>. En efecto, el **art. 509 CDFa** lleva por título “desheredación por causa legal”, (es decir, privación de la legítima de los herederos forzosos o “legitimarios”), mientras que los **arts. 512 y 513 CDFa**, se dedican a una institución diferente, la “*exclusión voluntaria de los descendientes*” y a la “*exclusión absoluta*” de los sucesores legítimos mediante una declaración de voluntad mortis causa, que no precisa ni justificación ni causa alguna, pues encuentra su fundamento en la libertad del testador, como enseguida analizaremos. En cualquier caso, en la exclusión existe una voluntad expresa del testador de que el “sujeto pasivo” de la misma, no tenga acceso alguno a los bienes del caudal hereditario.

Por otra parte, **GIL NOGUERAS** también destaca lo “novedoso” de la regulación de la exclusión sucesoria contenida en el CDFa y que califica como “*el parcial reverso de la preterición*”, es decir, la voluntaria mención por el causante en una disposición “mortis causa” de un legitimario con la finalidad de no atribuirle bienes en la que subyace el derecho del legitimario a ser mencionado,

---

<sup>58</sup> **DELGADO ECHEVERRIA** ha estudiado la figura del “desafillamiento” a través de once documentos de derecho aragonés histórico que se inician con el fuero de Daroca y continúan apareciendo con el término “desafillar” en la doctrina científica de los siglos XVI y XVII. Esta particular institución jurídica se relaciona tanto con la inexistencia en Aragón de patria potestad como, evidentemente, con la desheredación, pero con una consideración “*algo más fuerte ya que implica la pérdida de la condición de hijo*”. Sin embargo, estaba pensada para supuestos de una “*forma de vida ignominiosa o antisocial del hijo*” y la consecuencia directa era que los padres no responden por los actos de esos descendientes. No obstante, también es cierto que ese hijo o hija desafillado por acto público inter vivos de jurisdicción voluntaria ante un Juez, quedaba también privado de la herencia salvo que el padre o la madre lo afilien de nuevo. En las glosas de Pérez de Patos se configuró el desafillamiento como una forma de emancipación y cayó en desuso a partir del siglo XVI. Vid. El “desafillamiento” en el Derecho Aragonés. Revista de Derecho Civil Aragonés (RCDA), 2.001/2.002. VII – VIII, pags. 23 a 46. Asimismo, puede consultarse la voz “desafiliación” en la Enciclopedia Jurídica Española. Tomo XI. Pags. 385 a 387. Francisco Seix, Editor Barcelona, en que se califica como una “*odiosa emancipación*” puesta en Aragón en uso antes de la libre y amplia facultad de desheredar a los hijos y que pudo derivar - en una tierra en que no existía la patria potestad - de la práctica de la exclusión de la familia al heredero indigno.

<sup>59</sup> **CAMARA LAPUENTE; Sergio**: La exclusión testamentaria de los herederos legales. Civitas, Madrid, 2.000. Pags. 13 y ss.

esa legítima formal, “*que se dice erradicada, pero a poco que se excave viene a entreverse en el Derecho sucesorio aragonés*”<sup>60</sup>

Distinguiremos la **exclusión simple u ordinaria (art. 512 CDFa)** que priva al excluido de participar en la sucesión voluntaria del causante, pero no en la legal, aunque no concurren los requisitos del **art. 509 CDFa** y sin alegar causa alguna. En este caso, basta que el disponente manifieste su voluntad de excluir para que este opere y un legitimario, o todos menos uno, se vean apartados de los bienes de la herencia (precisamente ese es el problema común a todas las películas analizadas y que plantean esta problemática, la exclusión de la única legitimaria, hija única sin descendientes, por tanto, verdadera “heredera forzosa”).

Por el contrario en la **exclusión absoluta** deberá hacerse constar de forma expresa el carácter de tal “*privar al excluido de todo derecho en la sucesión*” en palabras del **art. 513.1 CDFa**, y como su propio nombre indica, carecerá de cualquier atribución tanto en la sucesión testada (o paccionada) del causante como en la intestada, y aún de la acción de reclamar frente a terceros en caso de lesión cuantitativa, salvo que se trate del único legitimario o se haya excluido a todos. El que resultare excluido absolutamente tan solo mantiene un genérico derecho a recibir alimentos.

La exclusión absoluta produce los mismos efectos que la desheredación que incumple alguno de los requisitos del **art. 509 CDFa** como nos recuerda la **SAP de Zaragoza 09 noviembre 2.010 (EDJ 2.010/302783)**. “*La desheredación sin causa cierta se parifica con la exclusión absoluta, esto es la expresión del testador de no querer que el excluido participe de su sucesión*”

Con respecto a los descendientes del excluido opera la sustitución legal (no derecho de representación) que se regula en el **art. 334 CDFa** y que puede pro-

---

<sup>60</sup> **GIL NOGUERAS, Alberto**: Manual de Derecho Sucesorio Aragonés. Volumen I. Ediciones SON LIBROS. Zaragoza, 2.006. Pags. 619 y ss. Este autor, considera, en síntesis, que en materia de exclusión, nos encontramos “*ante una regulación prolija que ha pretendido cubrir muchos huecos y dar soluciones diversas anticipándose a los problemas que puedan originarse, por tanto muy voluntarista y esforzada ... que va a ser fuente de conflictos*”

No le faltaba razón; la regulación de la exclusión que podría haberse realizado de un modo “*mucho más sencillo*” ha sido un vivero de problemas en los diversos ámbitos de lo que podríamos llamar práctica sucesoria (notarial, registral, judicial y letrada). A este respecto, podemos citar la **STSJ de Aragón 22 septiembre 2.011 (EDJ 2.011/238714)** de complejísima lectura que, en cualquier caso, relaciona los supuestos de desheredación injusta o sin causa legal con la exclusión, y la sustitución legal que opera a favor de los descendientes, y que les reconoce el derecho a ejercer la acción de lesión. En idéntico sentido puede consultarse la **SAP de Zaragoza 25 febrero 2.011 (EDJ 2.011/126424)**.



ducirse tanto en la sucesión voluntaria como en la legal, así como en la legítima y siempre en línea descendente *ex art. 335 CDF* pero que abarca un contenido subjetivo incluso más amplio pues se extiende también a “los descendientes del hermano sustituido” como enseña el *art. 336.2 CDF*.<sup>61</sup>

El denominador común de estos supuestos estriba en que se produce la exclusión absoluta del único legitimario (o de todos ellos) por lo que conservarán el derecho a suceder ab intestato y a reclamar la legítima colectiva frente a terceros cuando exista lesión de la misma, según preceptúa el *art. 513.3 CDF*.

En “**Sucedió una noche**” (**Frank Capra, 1.934**) y “**Dos pillos y una herencia**” (**Mike Nichols, 1.975**) la amenaza de la desheredación va a gravitar sobre sendas herederas, muy diferentes, pero cuyos padres desapruaban la persona elegida para contraer matrimonio.

En la película de Capra, una joven malcriada, hija única y caprichosa heredera de un “famoso financiero”, Ellen Andrews, se fuga del yate en el que la tiene recluida su padre para evitar que se case con un conocido aviador. Conoce a un periodista fracasado quien, en un principio, se interesa por ella tan solo por la repercusión de la noticia y hacerse con la exclusiva del relato. El “padre rico” trata de evitar el escándalo e intenta localizar a su hija, amenazando con desheredarla. Constituye el mejor exponente de lo que se denominó “screwball comedy” o comedia “excéntrica” que floreció durante los años 30 y 40 del siglo XX, con argumentos imprevisibles, erráticos, irreverentes o desequilibrados, y diálogos afilados y espinosos que se intercambiaban con velocidad vertiginosa. Fue la primera película en obtener los considerados 5 Oscar grandes: película, director, actor, actriz y guion.

Mientras que en “**Dos pillos y una herencia**” se nos presenta un triángulo amoroso integrado por dos truhanes, llamados Oscar y Nick que pugnan por hacerse con el favor de “Frederika” una rica heredera que se ha escapado de la casa paterna para vivir una aventura. Su progenitor, un importante industrial, amenaza con desheredarla si no vuelve a casa, textualmente “sacarla de su vida”. El supuesto que plantea el largometraje (y que no contribuye a su correcta comprensión) es la llamada Ley Mann que existía en Estados Unidos en los años 20; una mujer no podía trasladarse de un Estado a otro si no estaba casada, de modo que Oscar se casa con “Freddie” mientras que Nick, su verdadero novio obtiene el divorcio de su anterior esposa. Oscar se dará cuenta de que siendo el esposo

---

<sup>61</sup> STS 15 septiembre 2.015 (EDJ 2.015/225208) que tiene la particularidad de que tratándose del otorgamiento de un testamento mancomunado aragonés se dirimió en “última instancia” en el Tribunal Supremo ya que su otorgamiento por un matrimonio de vecindad civil aragonesa se produjo en Barcelona.

legítimo podría llegar a hacerse con la herencia y ambos se ponen de acuerdo para matar a la *"caprichosa niña rica"* lo que para el viudo supondría, una vez más, la causa de indignidad sucesoria prevista en el **art. 328 b) CDF.A.**

En **"La herencia", (1.933)** de nuevo encontramos en la dirección a **Robert Florey**, pero en esta ocasión durante la etapa de cine americano que se denominó "pre-code", (entre 1.930 y 1.934 en que el cine fue realmente libre), en referencia al Código Hayes que se aplicó en los Estados Unidos a partir de 1.934, determinando unas severas y restrictivas reglas sobre los argumentos que se consideraban moralmente aceptables.

La tortuosa trama nos presenta a la corista Peggy Martin que abandona a Lyndon Fiske, su amante ya maduro, para casarse con el joven y apuesto Monty van Tyle, un rico heredero. Su familia *"anticuada, muy poderosa y conservadora"* recela de Peggy debido a su pasado disoluto, en el que se incluye cierta dependencia por los juegos de cartas, la ruleta y las apuestas en las carreras de caballos. La sombra de la desheredación está siempre presente en la trama, pero un homicidio va a motivar que la protagonista caiga antes en desgracia siendo condenada a 25 años de cárcel (en un sorprendente esfuerzo de síntesis debido al sinfín de imparable acontecimientos que suceden frente al espectador). Tras cumplir condena, con una nueva identidad y emparejada con Blaine, un jugador profesional regresará a la mansión familiar sita en New York, en el 56 de House Street (título original de la película). Por una serie de casualidades conocerá a su hija Eleanor (que la cree muerta), convertida en una dama de la alta sociedad, prometida con otro "rico heredero", lo que también plantea la espinosa cuestión sucesoria. Y por un capricho del azar, como una especie de eterno retorno, la heredera repetirá la misma falta que arruinó la vida y la felicidad de su madre.

Y, para concluir este subapartado, citamos **"La heredera"**, un auténtico clásico, basado en la novela de Henry James, rodado por **William Wyler**, en **1.949** y en el que Olivia de Havilland dejó para la posteridad una de las mejores interpretaciones femeninas de todos los tiempos que le valió un Oscar. La película tuvo un remake en **1.997** por la directora polaca **Agnieszka Holland** titulado **"Washington Square"**. El planteamiento es el mismo en ambas producciones: El doctor Austin Sloper es un afamado médico, viudo, (que había perdido un hijo varón previamente) y que tiene una única hija llamada Katherine, sensible, reservada, apocada y tímida, poco agraciada y con cierto complejo de inferioridad alimentado por su padre quien, en el fondo, la culpa de la muerte de su madre en el parto: *"solo yo se lo que perdí y lo que obtuve en su lugar"; "es una obscenidad que tu madre diera su vida para que pudieras ocupar su espacio en este mundo"*

La señorita Sloper es pretendida por Morris Twosend un joven *"sin formación, medios ni trabajo"* (que por cierto ha gastado la herencia recibida de su tía viajando por el mundo). El doctor se opone inmediatamente a esa relación: *"está*

*buscando el porvenir aquí, como marido de una mujer con gran fortuna”, “es Vd. un oportunista, un cazador de dotes”* llega a decirle personalmente en una tensa entrevista que ambos mantienen. Tal es así que amenaza a su hija con excluirla de su herencia *“si se casa con quien yo no quiero dejaré mi fortuna a la clínica”*. No quiere que su hija se mezcle con las *“ramas inferiores”*. Katherine confía en las buenas intenciones de Morris y de que su amor es sincero y planea fugarse con él. *“No volveré nunca a esta casa; entonces tu misma te desheredas”*; *“cambiaré el testamento si no le olvidas”* le espeta su padre. El doctor Sloper enferma tras un viaje y muere; aquí es donde encontramos la diferencia entre ambos finales; mientras Wyler opta por el perdón del padre: *“mi padre no me desheredó me amenazó para probarme”*, Holland culmina la crueldad del progenitor; la herencia es destinada a una clínica y a diferentes instituciones médicas, mientras que *“la heredera”* solo recibe la casa. Katherine se convierte en una mujer amargada, resentida, fría e insensible: *“soy capaz de ser muy cruel, me han enseñado buenos maestros”*.

La problemática planteada por estas películas podría haberse solucionado recurriendo a la condición de no contraer matrimonio con determinada persona contenida en el **art. 476 CDFA**. y el resultado hubiera sido, desde luego, diferente y menos dramático.

Por ello, **LAGUARTA USIETO** propone una alternativa a la desheredación *“con efectos similares y de mejor comprensión y menos gravosas para los excluidos”*. Se trata de que aunque el disponente haya otorgado testamento con anterioridad puede *“apartar”* de la herencia a alguno (s) de los legitimarios, otorgando un nuevo testamento y nombrándolos simplemente, sin atribuirles bien alguno o cantidad económica<sup>62</sup>.

El **art. 510 b) CDFA** contiene como causa individual de desheredación el *“haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre o ascendiente...”*

Como afirma **RAMS ALBESA**, del parentesco nace, dentro de ciertos límites y concurriendo determinadas circunstancias, un deber legal que, se denomina *“obligación”* o *“deuda”* de alimentos. Esta obligación en su versión más propia, los alimentos *“amplios”* o civiles, no consiste tan solo en proporcionar manutención, sino también en capacitar al alimentista y hacerle partícipe de la posición social del obligado. Reviste una serie de caracteres tales como la personalidad (que se desdobra en irrenunciabilidad e intransmisibilidad), imprescriptibilidad,

---

<sup>62</sup> **LAGUARTA USIETO, Carlos**: Las sucesiones aragonesas. Tratado de las sucesiones aragonesas conforme a la normativa del Código de Derecho Foral de Aragón. Editorial Pirineo, Huesca, 2.104. Pag. 352.

reciprocidad (al serlo también el parentesco), relatividad, variabilidad (la cuantía de la prestación dependerá de las concretas circunstancias) y no solidaridad.<sup>63</sup>

Y como es natural, entre los sujetos recipiendarios de los alimentos pueden encontrarse los padres, pero también otros ascendientes.

El concepto de alimentos tal y como lo contempla el **art. 142 C.Civ.** comprende no solo una deuda dineraria a cargo del denominado alimentante, para quien surge una obligación moral y material, sino también un amparo imprescindible para cubrir las diversas necesidades vitales de una persona que, por cualquier razón, no puede satisfacerla por sí misma. De este modo, para que surja este crédito debe concurrir el presupuesto de una determinada necesidad que supondrá la conjunción de dos partes claramente diferenciadas: una acreedora, que tiene derecho a exigir y a recibir alimentos y otra, deudora, que tiene el deber legal y ético de prestarlos basado en la solidaridad familiar (a este respecto pueden consultarse la **SAP de Zaragoza 30 junio 2.011 (EDJ 2.011/161657)** y la **STS 01 marzo 2.001 (RJ 2.001, 2562)**).

El alimentante podrá, a su elección, satisfacerlos de forma alternativa; o bien abonando la pensión que se establezca o recibiendo en su propia casa a aquel que tenga derecho a recibirlos como enseña el **art. 149 C.Civ.** Cuestión distinta es que el alimentante no se encuentre en posición de poder facilitar tales alimentos o, dicho de otro modo, que su negativa o imposibilidad de hacerlo sea debidamente justificada, por lo que decaerá como causa de desheredación.

La obligación de prestar alimentos dimana en realidad del **art. 58.2 CDFA**, dedicado a los deberes de padres e hijos, y que dispone que ambos se deben mutuamente durante toda su vida, respeto, ayuda y asistencia. Sin embargo, el **art. 510 b) CDFA** no exige que se justifique la reclamación de alimentos, pero el “*juego probatorio*” de la desheredación, determinará que el “*onus probando*” recaiga en los herederos y que sean ellos quienes demuestren que tales alimentos fueron reclamados (pues no resulta obligatorio que se produzca en un procedimiento judicial lo que haría prueba suficiente) y las razones por las que no fueron prestados por el desheredado, en caso de que negase la concurrencia de esta causa (**vid. art. 509.2 CDFA**).

Como proclama la **STS 31 octubre 1.995 (RJ 1.995, 7784)** el desheredado tiene acción para probar que no es cierta la causa de su desheredación; la prueba

---

<sup>63</sup> Vid. **RAMS ALBESA, Joaquín**: Elementos de Derecho Civil, IV. Editorial BOSCH, Barcelona, 1.997. Pags. 36 y ss.

de lo contrario corresponde a los herederos del testador, pero esta ventaja es de índole procesal y más concretamente de naturaleza estrictamente probatoria. En idéntico sentido citamos la **STS 15 junio 1.990 (RJ 1.990, 4760)**.

Llegados a este punto recurrimos de nuevo a la historia de **"El Rey Lear"** (**Grigori Kozinytsev, 1.971**) y a **"Ran"** (**Akira Kurosawa 1.985**).

Como ya hemos visto, Lear decide dividir su reino entre sus tres hijas, Goneril (la primogénita), Regan y Cordelia. Para decidir su elección les pregunta *"¿Cuál de vosotras me ama más?"*. Las dos mayores le embelesan con todo tipo de falsas jaculatorias; solo Cordelia, la hija menor es sincera. Lear, ofendido, la deshereda: *"que tu franqueza sea tu dote; reniego del cariño, del parentesco y de la consanguinidad; desde ahora te juzgo una extraña"*. El monarca divide su reino entre sus otras dos hijas Goneril y Regan, egoístas y desagradecidas. Una vez que han recibido sus tierras, y su padre no ostenta el trono se desentienden de él; *"les estorba"* y le pierden el respeto. En entonces cuando Lear comprende que *"renunció a la Corona de golpe por un minuto de rabia"*. Sus hijas ya no quieren alojarle ni recibirle en sus castillos. Llega a pedirles desesperadamente *"dadme ropa, cama y alimentos"*; *"conoces tu obligación filial"* le ruega a Goneril. *"Yo os lo di todo"* suplica Lear llegando a enloquecer. Finalmente Cordelia, que ha contraído matrimonio con el Rey de Francia, vuelve para ayudar a su padre y se produce la reconciliación, *"olvida y perdona"* asegura poco antes de morir.

La misma mala fortuna va a correr Hidetora el japonés señor feudal en **"Ran"**; reparte su reino entre sus dos hijos varones, Taro y Jiro, dejando fuera a Saburo con quien *"rompo los lazos que nos unen"*. "Monseñor" es expulsado del *"primer y segundo castillo"* que ha legado a sus hijos, quienes incluso llegan a matar a miembros de la exigua corte que se reserva el patriarca. Taro llega a prohibir, bajo pena de muerte, que alguien ayude a su padre. *"Mira en qué me he convertido, abandonado por mis hijos no se a dónde ir"*. Tras un sanguinario final, Hidetora se lamenta de que *"todos los hombres nacen llorando y mueren cuando ya han llorado lo suficiente"* debido a la deslealtad de sus hijos. *¿Acaso se aburren tanto los dioses en el Cielo que tienen que ver morir a los hombres como gusanos"*.

Si como hemos concluido en el capítulo IV, tanto el monarca Lear como el caudillo Hidetora suscriben en realidad sendos pactos sucesorios con sus hijos (y no una simple donación), no cabe duda que concurriría una de las causas de revocación unilateral, en concreto la contenida en la **letra c) del art. 401 CDFa**: *"haber incurrido el instituido (...) en situación que, de ser legitimario implicaría causa de desheredación"*. Y, precisamente, tanto Goneril y Regan, como Taro y Jiro, niegan alimentos y cuidado *"sin motivo alguno"* a sus respectivos padres (**art. 510 d) CDFa**). No obstante, si acogiéramos la teoría de la donación, este negocio jurídico podría ser revocado por ingratitud en virtud del **art. 648.3º C.Civ.** como una acción típicamente antijurídica, culpable y punible, ostensiblemente reveladora de una ofensa hacia el donante como proclama la **STS 23 octubre 1.983 (RJ 1.983, 5338)**.

#### 4. La preterición u “olvido”.

La preterición alcanza particular importancia en un derecho como el aragonés en que, como hemos visto, existe una legítima colectiva a favor de un número indeterminado de descendientes; de hecho pretende la protección de la denominada **legítima formal, formularia, simbólica o foral**. Puede definirse como la omisión de un heredero forzoso en el testamento de modo que no obtiene en el mismo ningún beneficio sucesorio. Supone una privación de la legítima provocada por el “silencio” del testador, mientras que la desheredación implica una sanción expresa, causal, exponente de una “deliberada voluntad testamentaria”. Por ello, aunque ambas instituciones actúan en ámbitos diferenciados, se encuentran relacionadas.

Como señala **ALGABA ROS**, a quien seguimos en este apartado, siempre que en un testamento exista una disposición por la que un testador manifieste su intención de no dejar bienes a un legitimario nos encontraremos ante una desheredación (con causa o sin ella), mientras que cuando esa privación de la legítima no se encuentre reflejada en el testamento, sino que existe una omisión, nos encontraremos ante una preterición, en su caso intencional (el testador no reconoce ni de forma expresa ni implícita el carácter de heredero forzoso del preterido).<sup>64</sup>

Se entenderán efectivamente preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que no hayan sido mencionados en el testamento (pacto o ejecución de la fiducia) y que no hubieran sido favorecidos en vida del causante o en su sucesión legal – ya que entonces puede entenderse satisfecha su legítima -. Por tanto, la preterición lleva asociada la existencia (o no) de lo que deba considerarse “mención suficiente” del legitimario (s).

La **STSJ de Aragón de 30 septiembre 1.993** supuso un punto de inflexión en esta materia, por cuanto consideró preteridos a dos hijos de la causante, distinguiendo una pretendida parte “expositiva” y “dispositiva” en el testamento lo que originó una gran contestación entre la doctrina científica cuyo criterio terminó por imponerse<sup>65</sup>. Hay que tener en cuenta que, a diferencia de una sentencia o

---

<sup>64</sup> **ALGABA ROS, Silvia**: Efectos de la desheredación. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.002. Pags. 387 y ss.

<sup>65</sup> La profesora de Derecho Civil, **Elena BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA**, en unas páginas muy acertadas y críticas, opinión a la que me sumo, realizó un amplio y riguroso estudio sobre el contenido de esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, poniendo de manifiesto el “revuelo” y la “animada polémica” que había suscitado y de la que incluso se hicieron eco los medios de comunicación debido a su “amplia difusión”. En materia de sistema legitimario, afirma, existe una confusa y contradictoria regulación debido a la concurrencia en nuestro derecho de prin-

resolución judicial en la que se exige un encabezamiento, antecedentes de hecho, hechos probados, fundamentos de derecho y parte dispositiva o fallo **art. 248.3 LOPJ**, en un testamento no existen tales “partes” sino que se trata de un negocio jurídico de última voluntad completo e integral en el que las diferentes disposiciones, cláusulas o estipulaciones se relacionan e interpretan conjuntamente, esto es en relación “unas con otras”. El testamento constituye un solo y único acto ya sea en su ámbito temporal (que exige un desarrollo ininterrumpido durante su otorgamiento) o instrumental (en su vertiente de escritura pública).

En cualquier caso, el **art. 504 CDFA** vino a pacificar el concepto de “*mención suficiente*” determinando que bastará con que la misma figure cualquier parte de la escritura pública en que se expresa el testamento, sin hacer distinción alguna entre “partes” dentro de este instrumento público. De hecho, también califica como “suficiente” cualquier mención de carácter simbólico o de valor irrelevante, cada vez menos habitual en la práctica notarial testamentaria, por anacrónica y carente de sentido. Sin embargo, no merece el calificativo de mención suficiente la alusión a nacidos después del otorgamiento del testamento con expresiones que no estén destinadas especialmente a ellos, ni las que se refieran a un descendiente como fallecido, cuando en realidad vive.

El CDFA distingue entre **preterición intencional y no intencional**. La primera (**art. 505 CDFA**) que también podemos llamar voluntaria es aquella debida al propósito deliberado del testador de no nombrar a un legitimario cuando conoce su existencia y su condición de tal, debido a cualesquiera motivos personales como en la **STS 23 enero 2.001 (RJ 2001;997)** al referirse a un hijo extramatrimonial al que testador no quiso “citar” o la **STS 13 julio 1.985 (RJ 1.985;4052)** en cuyo supuesto de hecho, la preterición del heredero forzoso “*claramente intencional*” implicaba que el testador “*no quiso proveer al preterido de todo su patrimonio y que por tanto únicamente es de respetarle la legítima*”.

---

cipios romanos, germánicos y autóctonos. Sea como fuere, la autora concluye con acierto que “*ni en la legislación sustantiva, ni en la normativa instrumental, ni en norma alguna del ordenamiento jurídico vigente encontramos una pretendida distinción dentro del testamento entre parte expositiva y dispositiva con diferenciación de contenido y efectos*” tal como afirmaba la sentencia del Alto Tribunal Aragonés. En suma, la resolución comentada constituía un retroceso en la evolución histórica del sistema legitimario, contravenía lo dispuesto en el entonces art. 120 de la Ley de Sucesiones, incurriendo en contradicciones con sus propios pronunciamientos, hacía depender la existencia de la preterición de la inclusión de la mención del legitimario en una u otra de unas supuestas partes expositiva y dispositiva del testamento y ocasionaba un retorno al sistema de las atribuciones patrimoniales simbólicas perpetuando un sistema ya superado. Vid. La legítima formal aragonesa, la preterición y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 de septiembre de 1.993. RCDI, Año LXX, Mayo – Junio 1.994, Num. 622, pags. 1.253 a 1.292.

Por el contrario la **preterición no intencional, involuntaria o errónea** puede originarse bien por negligencia del testador al no prever determinados eventos futuros, o que no rectifica un testamento a la vista de nuevos acontecimientos (supuesto del legitimario que “nace después”), por una suerte de vicio de la voluntad del causante al no conocer la existencia de un legitimario cuando éste realmente sí que vivía, o desconocer que realmente era descendiente suyo (**art. 506 CDFa**).

Hay que entender, en consecuencia, que verdadera preterición es tan solo la no intencional o involuntaria; en el caso del que ese olvido sea voluntario o expresamente querido por el disponente, debe reputarse como una forma no expresa de desheredación, debido al desapego o el deseo de exclusión que representa.

Como vemos, el hecho de que la preterición pueda deberse a diversas causas, aconseja que las consecuencias o sus efectos también resulten diferentes. Así, en el caso de la preterición intencional, el legitimario no tendrá otro derecho que el que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros (*ex art. 507 CDFa*).

De hecho existe una presunción legal de que toda preterición es intencional (**art. 505.2 CDFa**) salvo prueba en contrario. Al preterido intencionalmente, no le asiste otro derecho que el reclamar frente a terceros si existe lesión en la legítima colectiva.

En el supuesto de la **preterición no intencional**, la ley tiene en cuenta cual hubiera sido la presumible voluntad del testador en caso de haber conocido la existencia del legitimario preterido que tendrá derecho (salvo previsión en contrario del disponente) a una porción del caudal hereditario igual que a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido (**art. 508.1 CDFa**), con la aplicación de unas reglas de cálculo que pueden entrañar notable dificultad.

Si ésta es total, alcanzando a todos los legitimarios o al único, se producirá el llamamiento legal a la herencia (**art. 508.2 CDFa**).

Este sería el caso que se plantea en **“La herencia Ferramonti” (Mauro Bolognini, 1.976)** en la que el viudo Gregorio Ferramonti, tras iniciar una tórrida relación con su nuera, Irene, la nombra única heredera en detrimento de sus tres hijos y legitimarios, sin tan siquiera nombrarles en su testamento.

En **“Greystoke” (La Leyenda de Tarzán)** rodada por **Hugh Hudson** en **1.984**, la acción nos traslada a 1.886. John Cleyton, el heredero de la aristocrática familia británica Greystoke, y su mujer sobreviven a un naufragio en las costas de Africa. Transcurrido un tiempo, ella da a luz a un varón y muere debido a complicaciones en el parto; su esposo Jack también fallece a manos de los chimpancés que



"adoptarán" al bebé criándolo en la manada como un simio más. Años después una expedición de naturalistas, zoólogos del Museo Británico, encabezada por el belga Philip Darno, encontrarán a "Tarzán". Rebautizado como John, vuelve a Escocia en donde el conde de Greystoke lo reconoce como nieto y por tanto como su legítimo heredero tanto en los bienes como en el título nobiliario: *"haz lo que quieras para conservar la hacienda entera, nunca la vendas..."*. Esta circunstancia genera todo tipo de recelos y suspicacias. En particular, en el pretendiente de Jane, la sobrina del noble, y nombrada heredera, quien ve peligrar su fortuna y el poder que ésta podría proporcionarle.

Sin embargo, en este caso, tras la aparición del nieto, cuya existencia evidentemente desconocía, el conde de Greystoke siempre tendría la opción de modificar su testamento, instituyendo a su reencontrado descendiente, como parece suceder en el film aunque no se mencione expresamente. En caso contrario, nos encontraríamos ante un caso de preterición no intencional.

En **"Un buen año" (Ridley Scott, 2.006)**, basada en una novela de Peter Mayle, el tiburón financiero, prepotente y soberbio, Max, es llamado a la herencia intestada de su tío Henry Kinner, (de quien estaba distanciado física y anímicamente desde hacía años) como pariente más próximo. El tío Henry, mujeriego y vitalista, no había otorgado testamento. En cualquier caso, la masa hereditaria se contrae a un viñedo con una casa solariega en Francia. Pasados unos días se presenta en la finca una joven americana, llamada Christine, quien dice ser hija del finado, lo que cambia por completo el orden de la sucesión.

A este respecto, hay que hacer una interesante precisión como es el hecho de que al no existir testamento, difícilmente podría existir preterición, sino tan solo (con ser importante) la aparición de un familiar con mejor derecho a la herencia. Y, en relación con este extremo, en un determinado momento, Max, decide vender el viñedo, pero la aparición de la hija del causante frustra sus planes al decaer su condición de heredero. Se plantea, de este modo, la situación regulada en el **art. 28 LH**: *"Las inscripciones de fincas o derechos adquiridos por herencia o legado, o surtirán efecto en cuanto a terceros hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptuarse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos"*.

El contenido y finalidad de este precepto parecen claros; su fundamento es la inseguridad del título sucesorio en el supuesto de que los llamados sean colaterales (hermanos, tíos, primos, sobrinos) o extraños, al resultar posible la aparición de parientes del testador que no habían sido tomados en consideración, esto es preteridos, si bien en este caso, reiteramos, no existía testamento en el que se produjera ese "silencio" u "olvido". Por ello, la inscripción sufre una suerte de "vacatio" o suspensión y aplaza los plenos efectos de la fe pública registral, que solo protegerá al considerado, en su caso, "heredero real" y a terceros de buena

fe que hubieran podido adquirir el inmueble inscrito por aquel heredero cuya condición resulte claudicante con posteridad.

Sin embargo es en la comedia francesa **“Tres hermanos y una herencia”** donde vamos a encontrar un evidente supuesto de preterición intencional. Esta secuela de “Tres hermanos muy primos” (1.995) codirigida en **2.014** por el también actor, **Didier Bourdon**, nos presenta a Bernard, Pascal y Didier, quienes por distintas razones atraviesan por una etapa difícil de sus vidas (económica, sentimental, profesional, etc...). Su madre Josy Latour, ha fallecido y esperan que la herencia que van a recibir solucione sus problemas. Tras unas dudas iniciales en cuanto al caudal hereditario y las deudas, descubren que existe un importante legado en forma de derechos discográficos que la causante había generado en los Estados Unidos. Sin embargo, también “generó” otras tres hijas, Angela, Nancy y Priscilla que se trasladan a Francia y reclaman su parte de la herencia, en este caso al no haber sido mencionadas por su madre.

## CONCLUSION.

*“Y todas esas cosas  
seguirán en mi memoria”*

**“Toro Salvaje” (Martin Scorsesse, 1.980)**

Debemos concluir; pero sabedores de que se trata de un punto y seguido, no de un punto final. Cualquier trabajo de investigación, divulgación o científico siempre queda inacabado e inconcluso. En efecto, a partir de hoy, se dictarán nuevas sentencias que reafirmarán o modificarán la doctrina expuesta en estas líneas, se promulgarán nuevas leyes o se reformarán las ya existentes, tal vez algunas de las propuestas que hemos enunciado pudieran incorporarse algún día a la regulación positiva de nuestro derecho foral. Este debe ser, precisamente, uno de los fines y objetivos de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación que hoy me ha acogido, mejorar nuestras instituciones y las normas que las rigen.

Y, por supuesto, para mi solaz, se rodarán muchas más películas toda vez que, como creemos haber demostrado en este discurso, las herencias constituyen una de las tramas más importantes del “cine jurídico”, como una especie de “hilo invisible” que le ha acompañado desde sus orígenes. ¡Quién sabe si este discurso no será finalmente el embrión de otro trabajo mucho más extenso y ambicioso!;

a buen seguro habrán quedado varios largometrajes en el tintero y, como digo, se estrenarán otros nuevos. En palabras del filósofo **Séneca**, *“la naturaleza y la ciencia no revelan sus secretos de una vez y para siempre”*

Prueba de ello es que en el mes de septiembre de 2.019, tan apenas pocos días antes de remitir estas páginas a la imprenta se ha estrenado en España **“Downton Abbey” (Michael Engler, 2.019)**. Basada en la serie de televisión homónima la acción nos traslada a 1.927. La aristocrática familia Crowley se prepara para la visita del Rey Jorge V. Entre los invitados, se encuentra Lady Blackshaw, prima de los anfitriones, viuda y sin descendientes. En esta suerte de “intrahistoria” o “subtrama” la familia está intrigada por quien resultará la beneficiaria de sus bienes tras su fallecimiento. Le acompaña como doncella o dama de compañía, la misteriosa señorita Lucy Smith de una personalidad enigmática. Su verdadero origen aclarará la sucesión y los propósitos de Lady Blackshaw al presentarla en sociedad en tan importante acontecimiento.

Ante las dudas que les reconcomen, la “noble” familia ya se ha planteado incluso la posible impugnación de testamento en unos términos muy poco edificantes: *“buscaremos un Juez amigo o corrupto, el que nos lo solucione antes”*

Y, en general, como decíamos al inicio de este discurso, Derecho y Cine, continuarán entendiéndose a la perfección, en otras materias y en diferentes campos de estudio. Sirva como ejemplo la reciente publicación de la obra colectiva “Fiscales de cine” (2.109) editada por la Fiscalía General del Estado.

De nuevo, muchas gracias a todos Vds. y, ahora, sí, como diría Harrison Ford en **“Blade Runner” (Ridley Scott, 1.982)**, ¡¡¡ya he terminado!!!.

**ANEXO: LISTADO DE PELICULAS** (de más antigua a más moderna)

<b>TITULO</b>	<b>FICHA TECNICA</b>	<b>PROBLEMÁTICA PLANTEADA</b>
<b>Siete Ocasiones</b>	“Seven chances”, Buster Keaton, EEUU, 1.925.	Un agente de bolsa se encuentra en la ruina cuando recibe un legado de su abuelo de siete millones de dólares que deberá gastar en un día.
<b>El gato y el canario</b> <i>(El legado tenebroso)</i>	“The cat and the Canary”, Paul Leni, EEUU, 1.927.  <i>Remakes:</i> Elliot Nugent, EEUU, 1.939.  Radley Metzger, Reino Unido, 1.978.	El albacea de la herencia convoca a la familia 20 años después para la lectura del testamento, que ha sido previamente grabada por el causante. La única beneficiaria tendrá que encontrar un valioso collar.
<b>Noche de duendes</b>	“The Laurel – Hardy Murder Case”, James Parrott, EEUU, 1.930.	Stan es llamado a la herencia de su tío Ebenezer Laurel que ha fallecido asesinado. Sus parientes son citados en una lúgubre mansión, en la que nada es lo que parece.
<b>La parada de los monstruos</b>	“Freaks”, Tod Browning, EEUU, 1.932	Hans, un enano de circo sucumbe a los encantos de Cleopatra que planea arrebatarse a su enamorado una suculenta herencia que acaba de recibir.
<b>La herencia</b>	“The house en 56th Street”, Robert Florey, EEUU, 1.933.	La corista Peggy Martin abandona a su amante para casarse con Monty Van Tyle un rico heredero. La familia del magnate “muy poderosa y conservadora” se opone a ese matrimonio.
<b>El testamento del doctor Mabuse</b>	“Das testament des doctor Mabuse”, Fritz Lang, Alemania, 1.933.	El doctor Mabuse, un conocido criminal, está recluido en un sanatorio desde hace varios años. Ha redactado un testamento en el que deja instrucciones para crear un imperio del crimen.

TITULO	FICHA TECNICA	PROBLEMÁTICA PLANTEADA
<b>Sucedió una noche</b>	“It happened one night”, Frank Capra, EEUU, 1.934.	Una caprichosa heredera se fuga del yate en el que la había recluido su padre para evitar su boda con un oscuro hombre que no resulta de su agrado.
<b>Dos fusileros sin bala</b>	“Bonnie Scotland”, James W. Horne, EEUU, 1935.	“El gordo y el flaco” viajan a tierras escocesas con objeto de cobrar una herencia y hacer fortuna. Sus expectativas se frustran al comprobar que los bienes se contraen a una gaita y una tabaquera.
<b>El secreto de vivir</b>	“Mr Deeds goes to town” Frank Capra, EEUU, 1.936.	El Sr. Deeds se desplaza a New York para aceptar una herencia de 20 millones de dólares.
<b>Agárrame ese fantasma</b>	“Hold that ghost”, Arthur Lubin, EEUU, 1.941.	Murray y Jones (Abbot y Costello) heredan una casa del ganster Sidney Watson. Según su peculiar testamento, legaba sus bienes “a quienes se encuentren a mi lado cuando la policía acabe conmigo”
<b>La Loba</b>	“The little foxes”, William Wyler, EEUU, 1.941.	Una ambiciosa y calculadora mujer inicia una cruenta lucha para apoderarse de la herencia familiar, de la que ni siquiera su marido y su hija podrán disuadirla.
<b>Goupi, Manos Rojas</b>	“Goupi mains rouges”, Jacques Becker, Francia, 1.943	Un thriller rural, historia de una familia campesina. Messous hace venir de Paris a su hijo con el que hace 25 años que no mantiene ninguna relación. La muerte ¿? del abuelo, único que conoce el escondite del tesoro familiar heredado generación tras generación desatará un drama dentro de un laberinto de codicia, de arcaicas tradiciones y bajas pasiones.

TITULO	FICHA TECNICA	PROBLEMÁTICA PLANTEADA
<b>Perdición</b>	“Double indemnity”, Billy Wilder, EEUU, 1.944	Un agente de una compañía de seguros y una cliente planean asesinar al marido de ésta para cobrar una cuantiosa póliza. La única heredera es la hija del primer matrimonio lo que priva a la ambiciosa Sra. Dietrichson del control de los bienes.
<b>La bestia de los cinco dedos</b>	“The beast with five fingers”, Robert Florey, EEUU, 1.946.	Un pianista manco muere en extrañas circunstancias tras testar a favor de su enfermera. La familia del causante se planteará impugnar el testamento.
<b>La heredera</b>	“The heiress”, William Wyler, EEUU, 1.949.  <i>Remake:</i> “Washington Square”, Agnieszka Holland, EEUU, 1.997.	El padre de una hija única y rica heredera, se opone a su matrimonio con un joven de una clase social inferior y amenaza con desheredarla.
<b>Mi prima Raquel</b>	“My cousin Rachel”, Henry Koster, EEUU, 1.952  <i>Remake:</i> Roger Mitchel, Reino Unido, 2.017	Philip Ashley sospecha de la muerte de su tío y tutor, Ambrose, por parte de su esposa Rachel. Sin embargo, su testamento le instituye heredero universal, en detrimento de la viuda. Hasta que cumpla los 25 años, la herencia quedará “en custodia”. Todo cambia cuando Philip se enamora de su prima Rachel.
<b>Testigo de cargo</b>	“Witness por the Prosecution”, Billy Wilder, EEUU, 1.957.	Un atractivo joven es acusado de la muerte de una anciana con la que había entablado una reciente amistad. El móvil podría ser la posibilidad de ser el heredero único de todos sus bienes.
<b>La gata sobre el tejado de cinc</b>	“Cat on a hot tin roof”, Richard Brooks, EEUU, 1.958.	La inminente muerte del anciano patriarca de una familia sureña genera una gran tensión entre sus hijos. Brick se refugia en el alcohol y se muestra indiferente ante la posible herencia. Su hermano Gooper es ambicioso y oportunista.

<b>TITULO</b>	<b>FICHA TECNICA</b>	<b>PROBLEMÁTICA PLANTEADA</b>
<b>El testamento del doctor Cordelier</b>	“Le testament du doctor Cordelier”, Jean Renoir, Francia, 1.959.	El doctor Cordelier confía al Sr. Joly, un notario amigo suyo un testamento otorgado a favor de un ser sádico, siniestro y sospechoso de asesinato.
<b>El testamento de Orfeo</b>	“Le testament d’Orphee”, Jean Cocteau, Francia, 1.959.	Un afamado poeta ve acercarse la hora de su muerte y decide hacer balance de su vida y de su obra.
<b>Inheritance</b>	“Karami – ai”, Masaki Kobayashi, Japón, 1.962	Un acaudalado empresario divide su herencia entre sus tres hijos que se encuentran en paradero desconocido. Un grupo de abogados sin escrúpulos tratará de hacerse con el control de ese patrimonio.
<b>A hierro muere</b>	Manuel Mur Oti, España, 1.962	Elisa, una atractiva mujer, sale de la cárcel tras cumplir cinco años de condena. Comienza a trabajar como enfermera de una cantante ya retirada, muy rica. Su sobrino, Fernando, planea asesinarla para hacerse con su herencia.
<b>Las joyas de la familia</b>	“The family Jewels”, Jerry Lewis, EEUU, 1.965.	Una niña de nueve años visita a sus seis tíos para determinar cuál es el más idóneo para ser su tutor testamentario.
<b>La herencia de los Munster</b>	“Munster Go Home!”, Earl Bellamy; EEUU, 1.966.	Herman Munster recibe un testamento desde Inglaterra. Su tío Kavanagh ha fallecido y le ha nombrado quinto duque de Shroudshire, legándole todos sus “bienes, tierras y propiedades”
<b>El Rey Lear</b>	“Korol Lir”, Grigori Kozintsev, Unión Soviética, 1.971.  “King Lear”, Peter Brook, Reino Unido, 1.971.	Basada en la obra teatral de William Shakespeare, adapta el drama del Rey Lear quien decide repartir su reino entre sus tres hijas.

<b>TITULO</b>	<b>FICHA TECNICA</b>	<b>PROBLEMÁTICA PLANTEADA</b>
<b>Dos pillos y una herencia</b>	“The fortune”, Mike Nichols, EEUU, 1.975.	Para viajar legalmente de New York a Los Angeles, un bribón sin escrúpulos convence a un compinche para que se case con una rica heredera.
<b>La herencia Ferramonti</b>	“L’hereditá Ferramonti”, Mauro Bolognini, Italia, 1.976.	En la Roma de 1.880 un panadero decide transmitir el negocio familiar a sus hijos. Una de sus nueras pugnará por hacerse con la herencia.
<b>El ligüero mágico</b>	Mariano Ozores, España, 1.980.	En 1.875 el pasante de un notario tiene que llevar la escritura de aceptación de herencia a la sobrina del causante. Se dirige a una tétrica mansión en que la servidumbre no está de acuerdo con el testamento.
<b>Fuego en el cuerpo</b>	“Body Heat”, Lawrence Kasdan, EEUU, 1.981	El abogado Ned Racine inicia una tórrida aventura amorosa con Matty Walker, una mujer casada con un rico hombre de negocios. Ambos planearán su muerte para que ella reciba la herencia.
<b>Greystoke, la leyenda de Tarzán</b>	“Greystoke, the legend of Tarzan, Lord of the Apes”, Hugh Hudson, EEUU, 1.984.	En 1.886 el heredero de la familia Greystoke sobrevive a un naufragio junto a su esposa. El hijo de ambos, es adoptado por una familia de simios. Años después, tras ser descubierto, vuelve a Inglaterra a reclamar su posición, su fortuna y su herencia.
<b>El pacto de Berlín</b>	“The Holcroft covenant”, John Frankenheimer, Reino Unido, 1.985.	Un arquitecto norteamericano recibe una inesperada herencia de su padre: 4’5 billones de dólares que deberá destinar a supervivientes del Holocausto.
<b>Ran</b>	“Ran”, Akira Kurosawa, Japón, 1.985.	Un señor feudal reparte su reino entre sus tres hijos. Uno de ellos cuestiona su decisión por lo que es desheredado. Los hijos mayores lucharán por hacerse con el poder.
<b>El gran despilfarro</b>	“Brewster’s Millions”, Walter Hill, EEUU, 1.985.	Un testador impone a su único heredero la condición de que gaste 30 millones dólares en un solo día en cosas de poco valor.



TITULO	FICHA TECNICA	PROBLEMÁTICA PLANTEADA
<b>El gato con botas</b>	Video cuento infantil de dibujos animados. Japón, 1.987.	Un molinero, a la hora de hacer testamento no quiso llamar al abogado ni al notario; teniendo tres hijos dejó a uno el molino, al otro un burro y al tercero un gato, con unas botas de siete leguas.
<b>Herencia</b>	“Dedictivi aneb Kurvahosiguntag”, Vera Chytilova, República Checa, 1.993.	Un joven vago y bebedor, descubre que es llamado a una importante herencia que comprende restaurantes, un hotel, etc...
<b>Hamam, el baño turco</b>	“Hamam, Il bagno turco”, Ferzan Ozpetec, Italia, 1.997.	La vida de Francesco cambia drásticamente cuando hereda un baño turco de una tía.
<b>Heredarás la tierra</b>	“A thousand acres”, Jocelyn Moorhouse, EEUU, 1.997.	Un rico terrateniente decide repartir la herencia entre sus tres hijas lo que supondrá un motivo de discordia entre ellas ya que aflorarán terribles secretos familiares.
<b>Los herederos</b>	“Die Siebtelbauern”, Stefan Ruzowitzky, Austria, 1.998	En la Austria de 1.930, un rico hacendado otorga testamento dejando sus tierras a siete de los jornaleros que las trabajan.
<b>El soltero</b>	“The Bachelor”, Gary Sinyor, EEUU, 1.999.	Un abuelo lega a su nieto 20 millones de dólares, con la condición de que contraiga matrimonio antes de los 33 años.
<b>Herencia</b>	Paula Hernández, Argentina, 2.001.	Olinda es una inmigrante italiana que regenta un restaurante en Buenos Aires. Peter, un joven de 24 años se ha trasladado a la capital para intentar localizar a un amor perdido; encontrará en él un sucesor para su negocio y dejárselo en herencia.
<b>La herencia</b>	“Arven”, Peter Fly, Dinamarca, 2.002.	Tras el suicidio de su padre, la viuda exige a uno de sus hijos que vuelva a casa para hacerse cargo del patrimonio empresarial de la dinastía familiar. La herencia comporta un precio personal que tendrá que estar dispuesto a pagar.

TITULO	FICHA TECNICA	PROBLEMÁTICA PLANTEADA
<b>Un buen año</b>	“A good year”, Ridley Scott, Reino Unido, 2.006.	Un bróker londinense viaja a la región francesa de la Provenza para heredar un viñedo propiedad de su tío. Sin embargo la aparición de una hija del causante cambiará radicalmente sus planes.
<b>El último regalo</b>	“The ultimate gift”, Michael O. Sajbel, EEUU, 2.006.	Un joven adinerado asiste a la lectura del testamento de su abuelo con el que mantenía una relación distante. Recibe una caja con pistas para recibir su herencia.
<b>Superman Returns</b>	“Superman returns”, Brian Singer, EEUU, 2.006.	El villano Lex Luthor engaña a una anciana en su lecho de muerte para que le legue toda su fortuna, con la que intentará dominar el mundo.
<b>Siete mesas de billar francés</b>	Gracia Querejeta, España, 2.007.	Angela recibe una inesperada herencia lo que le obliga a comenzar su vida de nuevo y reencontrarse con un doloroso pasado.
<b>Las horas de verano</b>	“L’heure d’été”, Oliver Assayas, Francia, 2.008.	La madre de tres hermanos es la albacea de la herencia de su tío, que comprende una excepcional colección de arte. Su repentina muerte obligará a que todos se pongan de acuerdo en el reparto.
<b>Los hombres que no amaban a las mujeres</b>	“Män som hatat kvinnor” Niels Ander Plev, Suecia, 2.009.  <i>Remake:</i> “The girl with the dragon tattoo”, EEUU, David Fincher, 2.011.	Como último recurso, el financiero Henrik Wanger contrata a un periodista caído en desgracia, para que investigue la desaparición de Harriet, su sobrina y única heredera, que tuvo lugar hace ya varios años.
<b>La herencia Valdemar</b>	La herencia Valdemar, José Luis Alemán, España, 2.009.	Dos tasadores de inmuebles han desaparecido misteriosamente realizando el inventario y la valoración de bienes de la herencia de la familia Valdemar.

<b>TITULO</b>	<b>FICHA TECNICA</b>	<b>PROBLEMÁTICA PLANTEADA</b>
<b>Incendies</b>	“Incendies”, Denis Villeneuve, Canadá, 2.010.	Un notario entrega a dos gemelos, junto con su testamento, sendas cartas redactadas por su madre que acaba de fallecer. Descubrirán una terrible historia familiar que desconocían.
<b>Origen</b>	“Inception”, Christopher Nolan, EEUU, 2.010	Don Cobb es una especie de mercenario al margen de la ley que se dedica a “robar información y secretos industriales” durante el sueño. En esta ocasión recibe el encargo de introducir una “idea” en la mente del magnate Robert Fischer, “destruir la herencia de su padre”
<b>Nos vemos, papa</b>	Lucía Carreras, México, 2.011	Tras la muerte de su madre, Pilar y su hermano reciben una casa en herencia. La tensión surgirá debido a sus diferencias en cuanto a la venta de la misma.
<b>La herencia</b>	“The inheritance”, Robert O’Hara, EEUU, 2.011.	Cinco primos se trasladan a la finca familiar para congraciarse con los ancianos de la familia y asegurarse una parte de su herencia.
<b>Las cosas como son</b>	Fernando Lavanderos, Chile, 1.992.	Jerónimo es un personaje huraño y poco hablador que regenta una casa heredada en la que aloja a extranjeros que se encuentran de paso.
<b>Kingsman, servicio secreto</b>	“Kingsman, The Secret Service”, Matthew Vaughn, Reino Unido, 2.014.	Kingsman es un servicio de inteligencia británico paralelo creado con los fondos de grandes fortunas que quedaron sin herederos tras la Gran Guerra.
<b>Mi casa en París</b>	“My Old lady”, Israel Horovitz, Reino Unido, 2.014.	Un norteamericano se desplaza a París para vender la mansión que su padre le ha legado en testamento. No podrá hacerlo hasta que fallezca su actual inquilina.

TITULO	FICHA TECNICA	PROBLEMÁTICA PLANTEADA
<b>Tres hermanos y una herencia</b>	“Les trois freres, Le retour”, Didier Bourdon y otros, Francia, 2.014.	Tres hermanos se reencuentran tras la muerte de su madre. La herencia que reciban puede sacarles de su delicada situación económica y personal.
<b>Los herederos</b>	Jorge Hernández Aldana, México, 2.015.	Un grupo de jóvenes acomodados pertenecientes a la burguesía mexicana malgastan su tiempo en fiestas con drogas, sexo y alcohol, en el seno de una sociedad decadente y corrupta, sabedores de su ausencia de problemas económicos.
<b>Comanchería</b>	“Comancheria”, David McKenzie, EEUU, 2.016.	Tanner y Toby son dos hermanos que se dedican a robar sucursales del Texas Midland Bank que arruinó a la familia. Su madre desheredó a Tanner por haber matado a su padre.
<b>Mi panadería en Brooklyn</b>	“My bakery in Brooklyn”, Gustavo Ron, España, 2.016	Vivian y Chloe son dos primas que heredan una famosa panadería de su tía Isabelle. Cuando el banco les comunica que van a perder la propiedad debido a las deudas, deciden intentar preservar el legado.
<b>Disobedience</b>	“Disobedience”, Sebastián Lelio, Reino Unido, 2.017.	Tras el fallecimiento del rabino de una comunidad judía londinense su única hija asiste al funeral tras ser localizada en EEUU. Su padre la ha desheredado en su testamento.
<b>La casa torcida</b>	“Crooked House”, Gilles Paquet – Benner, Reino Unido, 2.017.	Inspirada en una novela de Agatha Christie. El patriarca de una familia griega ha sido asesinado. El detective encargado de investigar el caso, sospecha que el móvil puede ser su cuantiosa herencia.
<b>El reverendo</b>	“First reformed”, Paul Schrader, EEUU, 2.017.	Un sacerdote marcado por la muerte de su hijo, dirige una pequeña congregación en Nueva York. Un feligrés le confía su testamento antes de suicidarse.

TITULO	FICHA TECNICA	PROBLEMÁTICA PLANTEADA
<b>Todo el dinero del mundo</b>	“All the money in the world”, Ridley Scott, EEUU, 2.017.	Basada en una historia real; en 1.973 el nieto (y heredero <i>in pectore</i> ) del magnate Paul Getty es secuestrado. Sus captores piden un rescate de 17 millones de dólares. A la muerte de Getty su fortuna será controlada por un fondo fiduciario.
<b>Inheritance</b>	“The Inheritance”, Tyler Savage, EEUU, 2.017.	Un joven recibe la herencia de su padre a quien nunca conoció. Esta circunstancia propiciará que investigue cómo fue la vida de su progenitor.
<b>Las herederas</b>	Marcelo Martinessi, Paraguay, 2.018.	Dos mujeres de la alta sociedad paraguaya gozan de esa importante posición gracias a la herencia recibida por una de ellas. Cumplidos los 60 años el patrimonio está próximo a agotarse y su situación cambia al tener que vender sus propiedades.
<b>Inheritance</b>	“Inheritance”, Vaughn Stein, EEUU, 2.019.	El patriarca de una poderosa familia fallece, nombrando heredera a su única hija. Sin embargo hay otra herencia familiar que amenaza con destruirla.
<b>A pesar de todo</b>	Gabriela Tagliavini, España, 2.019.	Cuatro hermanas con vidas y personalidades totalmente opuestas se reúnen para “leer el testamento” de su madre. Pero antes de repartir la herencia deben desvelar un gran secreto familiar.
<b>“Downton Abbey”</b>	Michael Engler, Reino Unido, 2.019.	Basada en la serie de televisión homónima. En 1.927, la aristocrática familia Crowley se prepara para la visita del Rey Jorge V. Entre los invitados, se encuentra Lady Blackshaw, prima de los anfitriones, viuda y sin descendientes. La familia está intrigada por quien resultará la destinataria de sus bienes.

## BIBLIOGRAFIA JURIDICA:

**ALBALADEJO GARCIA, Manuel:** Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo X, Vol. 1º. EDERSA, Madrid, 1.987.

**ALEGRE ALONSO, Guillermo:** Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria. RDCA, 1.998, (nº 1 y 2), pags. 65 a 85.

**ALGABA ROS, Silvia:** Efectos de la desheredación. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.002.

**BATLLE VAZQUEZ, Manuel:** Invalidez de la desheredación parcial en nuestro derecho. Anales de la Universidad de Murcia, 1.952. Pags. 63 – 69.

**BAYOD LOPEZ, Carmen:** Manual de Derecho Civil Aragonés. Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2.009.

**BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, Elena:** La legítima formal aragonesa, la preterición y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 de septiembre de 1.993. RCDI, Año LXX, Mayo – Junio 1.994, Num. 622, pags. 1.253 a 1.292.

-----: Manual de Derecho Civil Aragonés. Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2.009.

**BIESA HERNANDEZ, María:** La legítima foral a través de la Jurisprudencia. RCDA. 1996 – II (nº 2), pags. 61 a 96.

**CALATAYUD SIERRA, Adolfo:** Las legítimas en Aragón. Actas de los Terceros encuentros de Derecho Aragonés. El Justicia de Aragón. Zaragoza. 1.994. Pags. 49 a 82..

----- De la fiducia sucesoria. RCDA, 1.998 – V (nº 1), pags. 87 a 96-

----- Comentarios breves a la Ley de Sucesiones. Librería General. Zaragoza, 1.999.

**CAMARA LAPUENTE; Sergio:** La exclusión testamentaria de los herederos legales. Civitas, Madrid, 2.000.

**CARRAMOLINO GOMEZ, Jesús:** Curso básico de Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Práctica de Derecho. Valencia. 2003.

**CARMELO LLOPIS, José:** El notariado en Estados Unidos: ¿es mejor que el notario en Europa. Blog [www.notariallopis.es](http://www.notariallopis.es) (26 febrero 2.015)

**CASTAN TOBEÑAS, José:** Derecho Civil español, común foral. Tomo III. Reus S.A., Madrid, 1.988.

**CERECEDA MARQUINEZ, Joaquín:** Ley de Sucesiones. Comentarios breves. Librería General, Zaragoza. 1.999.

**COARASA LABORDA, María Teresa:** El pacto sucesorio en el derecho aragonés. Un supuesto práctico. Derechos Civiles de España, Vol. IV, II parte, BSCH, Madrid, Pags. 3.691 a 3.706.

**CRISTOBAL MONTES, Angel:** La sucesión contractual aragonesa. Comentarios. Libros Pórtico. Zaragoza, 1.978.

**DELGADO ECHEVERRIA, Jesús:** El “desafillamiento” en el Derecho Aragonés. Revista de Derecho Civil Aragonés (RCDA), 2.001/2.002. VII – VIII, pags. 23 a 46.

**DOMINGUEZ LUELMO, A.:** Comentarios a la Ley Hipotecaria. Aranzadi, Cizur Menor, 2.016.

**ESCOLAN REMARTINEZ, Amadeo:** La fiducia sucesoria aragonesa. Del “pacto al más viviente” hasta la problemática fiscal moderna. Aranzadi, Navarra, 2.013.

**ESCUDERO LOPEZ, José Antonio:** Los cuentos infantiles y la Historia del Derecho. Discurso de ingreso pronunciado el 23 octubre 2.013. Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. AAJL. 2.018.

**FERNANDEZ DEL MORAL RODRIGUEZ, Lourdes:** Autonomía privada y testamento en Derecho Común. Editorial Comares, Granada, 1.996.

**GIL NOGUERAS, Luis Alberto:** Manual de Derecho Sucesorio Aragonés. Volumen 1. Ediciones SON LIBROS. Zaragoza, 2.006.

**GIRALDO, Diana:** Historia del notariado en Estados Unidos. Blog [www.notariadoyregistro.es](http://www.notariadoyregistro.es) 25 agosto 2.104.

**GONZALEZ PORRAS, José Manuel:** Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo IX, Vol. 1º B. EDESA, Madrid, 1.987.

**ISABAL y BADA, Marceliano:** Cuestiones de Derecho Foral Aragonés. RDP, Año III, Num. 25, Madrid, Pags. 289 a295.

**LAGUARTA USIETO, Carlos:** Las sucesiones aragonesas. Tratado de las sucesiones aragonesas conforme a la normativa del Código de Derecho Foral de Aragón. Editorial Pirineo, Huesca, 2.104.

**LALINDE ABADIA, Jesús:** Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa. AHDE, Tomo LV, Madrid, 1.985, Pags. 333 a 387.

**LASARTE ALVAREZ, Carlos:** Principios de Derecho Civil. Tomo Séptimo. Derecho de Sucesiones. Editorial Trivium. Madrid. 1.998.

**LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, Emilio:** Manual de Derecho Sucesorio Aragonés. Volumen 1. Ediciones SON LIBROS. Zaragoza, 2.006.

**LLEDO YAGÜE, Francisco:** Compendio de Derecho Civil. Sucesiones. Editorial Dykinson, Madrid, 1.998.

**MARTIN PEREZ, José Antonio:** Jurisprudencia civil comentada. Tomo I. Editorial COMARES, Granada, 2.000.

**MARTINEZ MARTINEZ, Maria:** Manual de Derecho Civil Aragonés. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2.012.

**MATA RIVAS, Francisco:** Manual de Derecho Sucesorio Aragonés. Volumen 1. Ediciones SON LIBROS. Zaragoza, 2.006.

**MERINO HERNANDEZ, José Luis:** La institución del notariado en Aragón. Boletín Oficial de los Colegio de Abogados de Aragón. Año XXVIII, Número 108, 1 enero 1.988. Pags. 23 a 40.

----- La sucesión intestada: aspectos concretos. Actas de los Segundos Encuentros del Foro Derecho Aragonés. 1.992.

-----La fiducia sucesoria aragonesa. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 1.994.

----- Memento Experto. Derecho Foral de Aragón. Ediciones Francis Lefebvre. Madrid, 2.011.

**O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier:** Compendio de Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Sucesiones. EDERSA. Madrid, 1.993.

**PARRA LUCAN, María Angeles:** Manual de Derecho Civil aragonés. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2.009.

**PASTOR RIDRUEJO, Félix:** La destrucción del testamento. Homenaje a Francisco Palá, Zaragoza, 2.002. Pags. 172 a 196.

**PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, José:** La indignidad sucesoria en el Código Civil español. Mc Graw Hill, Madrid, 1.997.

**PUIG BRUTAU, José:** Fundamentos de Derecho Civil V, Volúmenes 1º y 3º. Editorial Bosch, Barcelona, 1.976.

**RAMS ALBESA, Joaquín:** Elementos de Derecho Civil, IV. Editorial BOSCH, Barcelona, 1.997

**RIVERO HERNANDEZ, Francisco:** Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones. José María Boch Editor. Barcelona, 1.993.

**SANCHEZ CALERO, Francisco Javier:** Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y Sucesiones. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.003.

**SANCHEZ – RUBIO GARCIA, Alfredo:** La voluntad del causante en la exclusión sucesoria. RDCA 2.005 – 2.006 XI-XII, Zaragoza. Pags. 209 – 215.

----- Manual de Derecho Civil aragonés. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2.009.



**SANCHEZ SEIJO, Jesús:** Derecho Foral Aragonés. La sucesión intestada. Un estudio comparativo de nuestro ordenamiento. II Congreso Aragonés de Jóvenes Investigadores. Cuadernos de INICE, nº 64, Zaragoza, 1.994. Pags. 79 a 86.

**SCAEVOLA, Mucius Q.:** Código Civil comentado y concordado extensamente. Tomo XIII, Imprenta Ricardo Rojas, Madrid, 1.897.

**SERRANO GARCIA, José Antonio:** La legítima en Aragón. RDCA, 2.010. XVI. Pags. 67 – 134.

**TORRES GARCIA, Teodora F.:** Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo IX, Vol. 1º A. EDERSA, Madrid, 1.990

**TRAVIESAS MIGUEL, Manuel:** Revista de Derecho Privado, Año XXII, Num. 259. 1.935. Pags. 7 a 145.

**VALLET DE GOYTISOLO, Juan:** Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XI, EDERSA, Madrid, 1.982.

-----: ¿Puede desheredarse parcialmente o bajo condición?. Revista de Derecho Notarial, 1.967, Pags. 179 - 197.

**Voz ”desafiliación”** en la Enciclopedia Jurídica Española. Tomo XI. Pags. 385 a 387. Francisco Seix, Editor Barcelona.

**ZUBIRI SALINAS, Fernando:** Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Vol. III. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1.996.**BIBLIOGRAFIA CINEMATOGRAFICA:**

**BALLO, Jordi y PEREZ, Xavier:** La semilla inmortal. Los argumentos universales en el cine. Editorial Anagrama, Barcelona, 1.995.

**BORAU, José Luis:** Palabra de cine. Su influencia en nuestro lenguaje. Ediciones Península, Barcelona, 2.010.

**DE PRADA , JUAN MANUEL:** Los tesoros de la cripta. Editorial Renacimiento – Los cuatro vientos. Sevilla, 2.018.

**GALAN, Diego:** Sucedió una noche. Colección EL PAIS, nº 29, Madrid, 2.006.

**GUBERN, Román:** Historia del cine. Editorial Anagrama, Barcelona, 2.014.

**KEMP, Philip:** Cine, toda la historia. Editorial Blume, Barcelona, 2.011.

**TORRES – DULCE LIFANTE, Eduardo:** El salario del miedo. Cine y Economía. Notorius Ediciones, Madrid, 2014.

**TRIAS, Eugenio:** De cine, aventuras y extravíos: Editorial Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2.013.



# DISCURSO DE CONTESTACIÓN

A cargo de

Excmo. Sr. D. Luis Gil Nogueras

## INTRODUCCION

Como mi ilustre Colega desarrolla en su discurso de ingreso a esta Academia, hay un hilo invisible que une el Derecho sucesorio (y más en concreto el contenido del aragonés) y el cine. En la segunda mitad del siglo XIX, Richard Wagner en su obra *La obra de arte del futuro* ( fechada en 1849) definió la ópera como la obra de arte total en la que se unificaban varias artes tales como la música, la canción, la danza, la poesía, las artes visuales y las escénicas. De haber nacido apenas veinticinco años más tarde, quién sabe si hubiera dejado la composición de óperas por la realización de películas, habida cuenta que el cine incorpora (y aún añade alguna más moderna) todas y cada una de las artes por él enumeradas en su tratado.

Como el cine, el derecho sucesorio aragonés, aúna elementos que bien podrían formar parte de otras ramas del derecho civil tradicional. Engloba elementos de parte general (todo el tema relacionado con los negocios jurídicos y la libertad del testador en articular su mecanismo sucesorio, por ejemplo), del derecho de obligaciones (las propias de los llamados a la sucesión, o las propias de una institución tan significativa como la sucesión contractual); de los derechos reales (como sucede con el denominado consorcio foral) del derecho de familia (la sucesión intestada con la variante de la troncalidad, o el derecho de alimentos a favor del legitimario no beneficiado). Por ello quizás pueda también decirse que el derecho sucesorio aragonés al aglutinar figuras e instituciones que pueden participar de las distintas otras ramas del Derecho civil, es también un derecho civil total.

A la vista de ello, la unión de ambos conceptos ya no nos parezca tan liviana, más aún si nos atenemos a alguna de las acepciones que del término arte da nuestra Real Academia de las Letras: arte como facultad para crear o hacer una cosa

con habilidad o dominio de un técnica; arte como maña, astucia o habilidad; arte como el conjunto de preceptos, reglas, medios o procedimientos para hacer bien una cosa. La utilización y uso del derecho puede en consecuencia ser también ser considerado un arte.

Pero es que además el cine como la ley o el Derecho, lo abarca todo. En este sentido me resulta particularmente ingeniosa la frase que profiere Satanás transmutado en el cuerpo de Al Pacino cuando al final de Pactar con el Diablo (*The devil's advocate*, Taylor Hackford, 1997) tras preguntarle su hijo acerca de por qué la elección del subterfugio de un despacho de abogados para ejercer su actividad mefistofélica, le contesta porque la ley lo absorbe todo, y porque la abogacía es el nuevo sacerdocio de estos tiempos.

## **MOTIVOS PERSONALES**

Se explica en el discurso por el nuevo Académico los personales motivos para la elección del tema de su discurso de ingreso, sin duda fruto de una época ya pasada, pues también me reconozco en la figura del niño que acompañaba a su madre a buscar a su padre al trabajo, y esperaba en el cine más próximo, bien la hora de su salida bien la entrada de su progenitor a las sesiones continuas de los días laborables.

Pero al margen de una impenitente condición de cinéfilo, lo que el discurso leído revela es un profundo conocimiento de las instituciones genéricas del derecho sucesorio, y en particular de las del derecho sucesorio aragonés.

No en vano, Don José Luis Artero entre otros méritos reúne el haber sido miembro de la sección de Derecho Aragonés del REICAZ desde prácticamente su Colegiación en 1996, la cual preside en estos momentos, Master Experto en Derecho Sucesorio y Caudales Hereditarios por ESNECA Business School, Director del Departamento de Sucesiones, Herencias y Testamentarias del Despacho de Abogados en donde presta sus servicios desde 2006, Tutor de la asignatura de *practicum* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y profesor de Derecho Civil, Introducción al Derecho Civil, y Derecho Privado de la Actividad Económica de la Universidad de Zaragoza (entre 1998 – 2004).

Aúna por tanto el nuevo Académico la necesaria formación teórica, base imprescindible para el correcto ejercicio de la actividad tanto educativa como letrada, y la experiencia propia de quien lleva muchos años desarrollando su labor dentro del ámbito del derecho sucesorio. Y ello se trasluce en su discurso; en el conocimiento de la problemática que diariamente se genera en este campo del

Derecho, en el examen de la normativa destinada a ser elemento resolutorio de los conflictos, en sus fallas, y en su adelanto por configurar soluciones posibles.

Pero si algo destaca por encima de todo en su discurso, es la habilidad para desmenuzar y trasladar las historias cinematográficas reseñadas, a la síntesis de su trasfondo jurídico sucesorio. Una actividad que he de confesar, personalmente me supera.

## **SOBRE LA REGULACION DE LA SUCESION ARAGON**

Aunque poco cabe exponer, una vez leído en su conjunto el discurso de Don José Luis Artero, sobre este punto especialmente exhaustivo, acerca de las líneas generales que marcan el Derecho sucesorio aragonés, forzoso resulta dedicar algunas breves líneas sobre el mismo en esta contestación.

Tras la revisión constitucional de la Compilación del 67 acaecida en el año 1985, el Derecho sucesorio aragonés vivió un momento de escaso desarrollo hasta la entrada en vigor de la reforma de la sucesión intestada acaecida en el año 1995.

A partir de ese momento la Comisión Aragonesa de Derecho Civil que asume la Dirección llamémosle técnica del Proyecto regulador de nuestro derecho foral, opta con la ley de sucesiones por una labor global, pero continuista (y así lo reflejan en la exposición de Motivos) evitando las referencias a otras normas (especialmente el Código civil) pero integrando su contenido, esto es haciendo esa norma extraña propia, por asumida en el ideario jurídico aragonés, circunstancia que desde una perspectiva interpretativa entiendo no sólo tan correcta como cualquier otra, sino eminentemente práctica. Si tuviera que elegir un calificativo para la ley de sucesiones de 1999 ese sería el que yo elegiría, la practicidad. Lo cual no es baladí pues personalmente me considero mucho más un práctico que un teórico del Derecho.

Para empezar cabe saludar que la norma aragonesa comenzará con lo que denomina unas Disposiciones Generales destinadas a contemplar el fenómeno sucesorio en su globalidad. (En el Capítulo Primero). De tales podremos extraer no sólo criterios interpretativos sino los Principios Generales que inspiran nuestro Derecho sucesorio.

Una de las curiosidades dentro de estas Disposiciones es el reconocimiento en el art 4.3 del legado de cosa ajena, fórmula ajena al Derecho aragonés, y que el legislador toma del Código Civil (art 861 a 864 CC) en una regulación no idéntica, pero que en la práctica así se ha entendido al exigirse que el testador conociera al testar que la cosa fuera ajena (art 861 CC) constituyéndose en obligación

para el heredero su adquisición, y permitiéndose la sustitución del mismo por una estimación económica sino lo consiguere.

También es de destacar dentro de estas Disposiciones Generales la extensión dada a la figura de la sustitución legal contemplada en el art 141 C'67 clarificando que ella no procederá en caso de renuncia o repudiación de la herencia por el llamado.

En lo que se refiere al ámbito de la capacidad, destacar el intento de mejorar la regulación del CC sobre la materia, y la redacción del contenido del art 11 LS (también del 10) al tratar el llamamiento a favor de los no nacidos, sin distinguir entre la concepción o no del llamado al deferirse la herencia sujetándose a las reglas de la herencia bajo condición suspensiva (Los denominados por algún autor herederos virtuales) También es novedosa la regulación al prever la sucesión a favor de Personas Jurídicas (art 12)

En la regulación del Consorcio Foral, si bien manteniendo casi íntegramente la misma regulación preexistente sí que destaca en el art 60 LS la posibilidad de abandono del consorcio por manifestación en escritura pública, voluntad que deberá de comunicarse fehacientemente al resto de consortes que lo continúen.

En materia de pactos sucesorios, también cabe destacar la modificación de la capacidad, que pasa a ser por mayoría de edad y no por 18 años como en la Compilación del 67.

En materia testamentaria, una de las novedades más curiosas fue la supresión del testamento ante Capellán, que regulaba la Compilación. Siempre he guardado una buena opinión de esta figura, ciertamente en desuso, aunque en su momento cumplió una digna y útil función social, en un país con alto índice de analfabetismo, y en el que el acceso a un fedatario público por el estado de las infraestructuras no era siempre viable. La verdad es que tampoco era una institución que molestara y en nada perjudicaba su mantenimiento, como de hecho sucede en buena parte de los territorios forales adyacentes, como el catalán, y podría haberse trasladado a la presente ley en la misma regulación que la existente en la Compilación. En nada afectaba a la pluralidad religiosa, puesto que en su momento la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se dirigió a los representantes de las principales confesiones religiosas con base en el territorio para poder integrarlas en un símil en caso de necesidad de reforma, y manifestaron no tener institución pareja, y no estar interesados en ella.

Con carácter general se fija la posibilidad de testar en cualquiera de las modalidades lingüísticas de Aragón que los testadores elijan (art 97).

Es en materia del testamento mancomunado donde tienen lugar mayores innovaciones, al facilitar ya de entrada que puedan otorgarlo dos personas sean o no cónyuges o parientes; esto es dos extraños por ejemplo. (Art 102) También es novedoso que la institución recíproca de heredero en este tipo de testamentos no se equipare a los efectos del pacto al más viviente si no lo quieren los testadores. (Art 104. 1) También merece reconocimiento la regulación del testamento mancomunado en cuanto a la facultad revocatoria, mucho más lógica y permisiva que la regulación anterior (art 106) y las cautelas que se adoptan para el supuesto de disposiciones de bienes contenidas en cláusulas correspectivas.

También me resulta particularmente llamativa la normativa tendente a las distintas acciones de impugnación testamentaria o ineficacia, ya no solo porque ni la Compilación ni el Apéndice contenían normas al respecto, sino porque la solución difiere de la dada por el CC (art 108 a 120) Por ejemplo en la naturaleza de los plazos, el 112 habla de la prescripción de la acción, no de la caducidad.

En materia de fiducia igualmente desaparece la necesidad de que en la individual sea fiduciario el cónyuge o pariente. Se clarifica la situación de la herencia pendiente de asignación con la exposición de límites a su ejercicio y duración a salvo que el fiduciario fuere el cónyuge ( art 134 y ss)

Particularmente acertada me pareció la regulación nueva de la legítima, no sólo al minorar su importe a la mitad (de las dos terceras partes) sino en cuanto a la desaparición de la denominada legítima formal que complicaba sobremanera la institución por lo que no se hace necesario la mención formal en testamento de un legitimario, pese a que en muchos preceptos su sombra sigue perenne. Igualmente resulta acertada la regulación de los efectos de la preterición, dependiendo de si la misma era intencional (esto es que el testador conociera la existencia del mismo al tiempo de testar) o la desconociera.

También resultan importantes las novedades en lo que se refiere a la sucesión legal. Se excluye la figura dentro de la troncalidad del recobro de dote al estar en desuso la institución en general, pero se regula el recobro de liberalidades y la sucesión troncal, si bien con algún precepto digno de mejor acierto en su formulación, como es el caso del art 213.2 LS al no ceñir el precepto a lo que parece lógico, cual es que la disposición a título gratuito lo fuere inter vivos, toda vez que la muerte extingue la comunidad conyugal, lo que hace difícil que un bien pueda provenir de una comunidad conyugal disuelta y además sin contar con el concurso del otro consorte disponente, más aún por cuanto la génesis del precepto era evitar una situación incómoda de indivisión entre el cónyuge supérstite donante que mantiene un derecho de recobro sobre la mitad indivisa del bien donado y el derecho sucesorio troncal del hijo sobre el resto.

El texto íntegro de la ley de sucesiones pasa en bloque al actual Código de Derecho Foral Aragonés, constituyendo nuestro Derecho sucesorio, sobre el que el discurso profundiza ampliamente.

## MIS RECUERDOS CINEFILO HEREDITARIOS

Como quiera que a grandes magnitudes nos hemos referido (cine y derecho sucesorio), me he permitido servirme de esta contestación para hacer referencia a algunos films que referidos al tema, no figuran citados por el autor del discurso sin otra intención que de mero complemento o adenda, o dicho en términos más coloquiales, para que se pueda constatar que “he hecho los deberes”, pues poco cabe contradecir ni jurídica ni cinematográficamente a tan extenso y depurado trabajo.

Mis recuerdos sobre los sujetos protagonistas de la sucesión siempre van asociados a la representación de la lectura del testamento.

Resulta recurrente la escena de la reunión del letrado ( en ocasiones con la intervención de algún tipo de fedatario) con los llamados a la herencia en el seno de una amplia habitación, y el reflejo en los rostros de los allegados la lectura de la última voluntad del testador. Una de las secuencias que puede servir de resumen paródico al conjunto de tales secuencias, se encuentra en la escena eliminada de la exhibición comercial de la lectura del testamento en el Jovencito Frankenstein (*Young Frankenstein*, Mel Brooks, 1974) en la que alineados en desvencijadas sillas los llamados, el notario de pie, incrementa la tensión del momento intentando desesperadamente abrir la cerradura del pequeño cofre que contiene la voluntad del difunto, mientras cada llamado se interroga sobre sus posibilidades. La lectura es de por sí superflua en la medida en que las disposiciones sobre las propiedades del barón se contienen en un disco que se emiten a través de un gramófono.

En *Home to danger*, (Terence Fisher 1951) asistimos igualmente a la lectura del testamento en las oficinas del letrado para descubrir que la hija de aquél es excluida del testamento principal por su padre difunto debido a su deseo de vivir independientemente de él, si bien a través de un codicilo redactado cinco días antes de su muerte la nombra heredera de la mansión familiar, lo cual la hace pieza codiciada por una curiosa red de traficantes de drogas conectada a su socio y a una entidad caritativa de viudas y huérfanos, igualmente responsables de la muerte del causante.

Una de las tramas más curiosas que recuerdo en particular, se recoge en *A la caza de herederos* (*Jimmy the Gent*, Michael Curtiz, 1933) donde Jimmy



Corrigan (James Cagney), un tipo sin escrúpulos, tiene una agencia que se dedica a buscar en la prensa diaria gente que ha muerto dejando una herencia que nadie reclama. Su plan consiste en “fabricar” a los herederos adecuados para quedarse él con la herencia.

A veces no es tan clara la designación del llamado a la herencia. Por ejemplo en la Retrospectiva que el pasado año dedicó el festival de San Sebastián a la guionista, productora y directora británica, Muriel Box, pudo verse Herencia contra reloj (*To Dorothy a Son*, 1954) en la cual Myrtle (Shelley Winters), heredará de su tío dos millones de dólares siempre que su ex marido no tenga antes un heredero varón. Pueden ustedes imaginarse los líos que tal situación genera cuando descubre que su ex ha contraído nuevo matrimonio y que su mujer está embarazada.

También era curioso el punto de partida de El pisito (Marco Ferreri, 1959). Rodolfo y Petrita llevan doce años de relaciones. Para casarse necesitan un piso y no hay forma de encontrarlo. Rodolfo vive realquilado en casa de doña Martina, una anciana que está a punto de morir, cosa que el casero está esperando para poder desalojar la vivienda y derribar el edificio. Algunos amigos aconsejan a Rodolfo una solución heroica: casarse con doña Martina y esperar lo poco que le queda de vida para poder heredar, y dentro de tal condición la facultad de subrogación en la vivienda. Y aunque en principio es reacio a ello, acabará claudicando dando lugar a un curioso triángulo, (Doña Martina, el feliz Rodolfo y su novia Petrita) al menos hasta que la primera pase a mejor vida.

En la reciente Quien a hierro mata (Paco Plaza, 2019) el heredero testamentario es nombrado por referencia al atribuirse al primer hijo del Jefe de enfermeros de una residencia, respetando la legítima de los hijos, aunque uno de ellos haya premuerto al testador.

En ocasiones los problemas de la herencia se articulan con otras instituciones familiares como ocurría en la famosa El hombre tranquilo (*The quiet man*, John Ford, 1952). El matrimonio entre John Wayne y Maureen O’Hara se enturbiaba por la negativa de Victor Mclaglen (hermano de esta última) a darle la herencia de su madre y dotarla. Si bien a mitad del metraje la esposa recobraba la herencia materna (propia de una serie de muebles y ajuar), la falta de entrega de la dote desembocaba en el enfrentamiento final a puñetazos entre Wayne y Mclaglen para regocijo general de la concurrencia de Innesfree y alrededores.

Pero ciertamente la mayor parte de las tramas que recuerdo sobre las herencias se centraban en la paulatina eliminación de los herederos con el fin de proceder a alcanzar una suma suficientemente merecedora del riesgo. Y en ello no importaba lo alejado que uno se encontrara de la línea hereditaria, como demues-

tra la simpar, cruel, y a la par divertidísima, *Ocho sentencias de muerte* (*Kinds hearts and coronets*, Robert Hamer, 1949) en la que un joven ambicioso y sin escrúpulos (Dennis Price) proyecta y ejecuta vengar la afrenta que la aristocrática familia D'Ascoyne, a la cual pertenece, les ha infligido a él y a su madre, eliminando a todos los miembros de la familia que le preceden en la sucesión al título de Duque. (Los ocho miembros a que hace referencia el título español, todos ellos interpretados por el gran Peter Sellers)

En el fondo subyace la misma idea de alcanzar el título y el patrimonio hereditario a través de la muerte de los llamados preferentemente al mismo, en el asesino desenmascarado por Sherlock Holmes en las distintas adaptaciones de su relato largo, *El perro de los Baskerville*. A destacar las magníficas adaptaciones perpetradas por Sidney Landfield en 1939 y Terence Fisher en 1959.

También es el caso de la cinta de animación *Los Aristogatos* (*The aristocats*, Wolfgang Reitherman, 1970) donde la excéntrica millonaria Madame Bonfamille antepone en la herencia a su gata y a sus tres mininos antes que a su sirviente, lo que conduce a que éste se desembarace de los animales en un lugar remoto, dando por zanjada la sucesión. No contaba el avieso mayordomo con la tenacidad y fidelidad de los mininos ni con la ayuda que estos pudieran obtener de otros congéneres para regresar al redil.

Aunque también en las márgenes del denominado cine negro, dentro del denominado cine criminal, también resulta común, la necesidad de encontrar al heredero deseado. Es el supuesto planteado por *La Trama* (*Family plot*, Alfred Hitchcock, 1976). La señora Julia Rainbird guarda fuertes sentimientos de culpa porque, hace 40 años, hizo que una hermana -que quedó embarazada estando soltera- abandonara a su hijo al momento de nacer, y fallecida ella, ahora quiere encontrarlo para convertirlo en su heredero. Por tal motivo, ha buscado la ayuda de la falsa "psíquica", Blanche Tyler (Barbara Harris), a la que ofrece 10.000 dólares si lo encuentra. Esta recurre a su compañero sentimental (actor y taxista ocasional) George Lumley (Bruce Dern), para procurar hacer el milagro, esto es seguir la pista de aquél bebé. El problema es, que este bebé, ahora todo un señor, no quiere ser encontrado y mucho menos avivar recuerdos pasados de su infancia, ya que en compañía de un amigo fue responsable de la muerte de sus padres de adopción y en la actualidad mantiene un negocio lucrativo de secuestros a personalidades para lograr un rescate.

Sobre la renuncia a la herencia cabe destacar la reciente *Quien a hierro mata*, donde el personaje de Tosar intenta renunciar sin éxito a la herencia atribuido a su primogénito en la propia lectura del testamento a la que es llamado. El notario le comunica que no puede renunciar a lo que no es suyo. Efectivamente no podría

sin más hacerlo en Aragón. Así con el hijo ya nacido precisaría el concurso de la autoridad judicial o bien de la Junta de Parientes de conformidad con la previsión del art 14 CDFA. Por otro lado también se infringiría la forma de hacerlo ya que el 351 CDFA prevé que la repudiación de la herencia ha de hacerse de forma expresa en escritura pública o mediante escrito dirigido al Juez competente

Las figuras de los tutores testamentarios que recuerdo no son particularmente positivas. En el interesante film británico *Uncle Silas* (Charles Frank, 1947) el disoluto pero encantador (y maquiavélico) tío de Jean Simmons es nombrado por su hermano tutor testamentario de su única hija, y heredera de una considerable fortuna. El hombre que recibe a su sobrina de forma cordial, pronto hará ver, su deseo de silenciarla permanentemente para poder disfrutar de todo su patrimonio.

Algo semejante le sucede al personaje nacido de la pluma de James Hadley Chase en la continuación de su famosa novela *No hay orquídeas para Mss Blandish* (por otro lado deudora de la magnífica *Santuario* de William Faulkner). La hija concebida por aquélla en su reclusión con el *gangster* psicópata Slim Grissom, tras el suicidio de su madre y muerte de su abuelo es heredera de un inconmensurable patrimonio que administra su tía. Esta la recluye argumentando problemas mentales heredados de su padre para poder disfrutar de los bienes de su sobrina, la cual es continuamente maltratada, en *La carne de la orquídea* (*La chair de l'orchidee*, 1975), película que con guion de Jean Claude Carriere supuso el debut en la dirección de Patrice Chereau.

En cuanto a las distintas formas testamentarias, incidir como se ha mencionado en la problemática de los testamentos ológrafos. Cabe recordar cómo precisamente la existencia de un testamento ológrafo y la necesidad de su ocultación genera el sinfín de muertes que (a partir del de la causante) se van desencadenando como jocosa maldición en la más que simpática *The shadow of the cat*, John Gilling 1961. Así tras el asesinato de su esposa con la ayuda de sus criados, un terrateniente local, que intenta de este modo ocultar la existencia de un testamento ológrafo que ignora donde se esconde, es víctima tanto de los remordimientos como de la impericia y superchería local, al creer que el gato de su esposa intenta matarlo en venganza. Por ello hará un pacto con otros parientes para repartir la herencia diferida con éstos en perjuicio de la real designada en el testamento, si matan a la bestia, todo ello antes de que se encuentre y se destruya el expresado documento.

En el ámbito de condiciones y gravámenes testamentarios recuerdo películas que emulan el cuento de Juan sin miedo. Así por ejemplo en el más que prescindible film de terror mejicano *Herencia diabólica* (Alfredo Salazar, 1993) una joven (Lorena Herrera) recibe como herencia una apartada hacienda con la condición de que deba de permanecer una noche en ella.

La fijación de una condición es la base del reguero de sangre que se vierte en el *giallo* Homicidio por vocación (*Omicidio per vocazione*, Vittorio Sindoni 1968). La trama tan mejorable como la película en sí, se centra en que los familiares de un muerto en accidente ferroviario son informados por un notario de que el fallecido tenía mucho dinero que les había dejado, pero para el reparto tienen que esperar a que el hijo varón, adoptado por el fallecido, cumpla la mayoría de edad. Como no todos están dispuestos a esperar tanto tiempo comienza la sucesión de herederos por orden de eliminación.

En la algo plumiza La Crónica de Griesshus (*Zur Chronik von Grieshuus*, Arthur von Gerlach, 1925) Hinrich es el hijo del Señor de Grieshuus. Tras rescatar a la joven Barbara, hija del criado de su padre, Owe Heiken, queda prendado de ella. Su padre, al saber que quiere casarse con una criada, rompe en su presencia el testamento que había otorgado a su favor y le anuncia que testara a favor de su hermano. Un ulterior enfrentamiento con este último le origina la muerte. Fallecido su padre intestado, Hinrich entra en una disputa con su hermano, Detlev, y su mujer, la condesa Gesina, por la herencia del difunto.

La sucesión contractual no es una fórmula novedosa, aunque su estudio esencial se produce a partir de la Pandestística alemana. Y si no, cabe apreciar la película Jacob y Esau (Mario Landi, 1963) donde se nos narra uno de los más antiguos pactos sucesorios documentados. Así Esaú, primogénito de Isaac, vendió a su hermano Jacob su primogenitura por un guisado de lentejas, lo que de facto supone un curioso pacto renunciativo debidamente plasmado en el film de referencia de los que se regulan en el art 380 d) CDFa, aunque si caemos en la cuenta de que el causante está vivo al tiempo del pacto, nos encontraremos ante un pacto sobre la herencia de terceros, en su día prohibidos en la Compilación de 1967. Tal pacto no tendría cabida en la actual regulación del CDFa, pues el art 377 dice que *Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto*. Aquí el pacto no sería sobre la sucesión propia, la de Esaú sino sobre la de tercero, Isaac.

En las distintas adaptaciones de la shakesperiana La fierecilla domada se hace referencia a un acuerdo compromisario sucesorio, en la medida en que el padre de Bianca y Catalina, se compromete a dar a Patruccio si se casa con esta última la mitad de sus tierras a su muerte, lo que en el fondo no es sino un pacto sucesorio para después de la muerte (previsión contemplada en el art 386.1.b CDFa). Cabe destacar en este sentido la divertida negociación que se siga en la estupenda comedia musical Bésame Kate (*Kiss me Kate*, George Sidney, 1953)

o el estupendo film dirigido por Franco Zeffirelli sobre la misma obra en 1967.

En Orosia (Florián Rey, 1944) asistimos al drama creado precisamente por la negociación de un contrato prematrimonial, en que se incluía un pacto sucesorio con entrega de bienes de presente al esposo. ( De los previstos en el art 386.1.a CDFa) Precisamente la divergencia entre los bienes que integran tales entre los representantes del novio y de la novia, genera la aparente ruptura del futuro caso-río, y el subsiguiente drama.

Sí que recuerdo múltiples películas con incidencia sobre la indignidad sucesoria. El cine negro americano es un filón casi inagotable para ello. Así desde obras clásicas conocidas tales como las Hitchcockianas Extraños en un tren (*Strangers on a Train*, 1951), De entre los muertos (*Vertigo*, 1958), o Crimen Perfecto (*Dial M for murder*, 1954) hasta magníficos ejemplos de la serie B americana desconocidos, tales como *Blonde Ice* (Jack Bernhard, 1948) o *Bury Me dead* (Bernard Vorhaus, 1947)

La línea común a todos estos films suele ser el asesinato de un pariente al que el asesino está llamado a suceder, bien por la existencia de un testamento o pacto a su favor, bien por ser heredero ab intestato, generalmente por problemas económicos o por la existencia de un tercero que lo propicie. Es particularmente curiosa la historia de la primera, basada en una novela de Patricia Highsmith y que contó en su guion con la participación nada menos que de Raymond Chandler. Durante un viaje en tren, Guy, un joven campeón de tenis (Farley Granger), es abordado por Bruno (Walker), un joven que conoce su vida y milagros a través de la prensa y que, inesperadamente, le propone un doble asesinato, pero intercambiando las víctimas con el fin de garantizarse recíprocamente la impunidad al tener coartada y no haber móvil. Así podrían resolver sus respectivos problemas: él suprimiría a la mujer de Guy (que no quiere concederle el divorcio) y así podría casarse con una joven de buena familia y posición, y, a cambio, Guy debería asesinar al padre de Bruno para que éste pudiera heredar una gran fortuna y vivir a su aire sin las injerencias del padre que está harto de sus devaneos y le amenaza con desheredarle.

En *Bury Me dead* asistimos a la peculiaridad de que la causante Barbara Carlin a cuyo entierro somos invitados al comienzo de la función, y que se piensa ha sido víctima de un incendio, presencia la ceremonia desde cierta distancia al creer que en ella se encuentra quien pretendió asesinarla, su marido Rod Carlin de quien recela, ignorando además de quién son los restos que son incinerados.

También en esta línea pueden citarse *Angel Face*, Otto Preminger 1952) donde una hija única se libra de sus padres simulando un accidente automovilístico para poder disfrutar de su patrimonio sin sus injerencias, y las distintas adap-

taciones (confesas e inconfesas que en el mundo han sido) de la clásica novela de James M. Cain *El cartero siempre llama dos veces*, en las que Cora (o los distintos nombres inventados quizás para no pagar derechos de autor) con la ayuda de Frank, se libraba de su marido para poder continuar su pasión y explotar la estación de servicio del difunto. También en este ámbito cabe referirse al debut en la dirección del griego Theo Angelopoulos, *Reconstrucción* (*Anaparastasi*, 1970) bastante emparentada con la historia del novelista de Maryland.

Los problemas financieros de esposos arribistas casados con mujeres de fortuna y posición son la base de sendos films negros muy bien resueltos. Así en *Voces de muerte* (*Sorry wrong number*, Anatole Litvak, 1948) Leona Stevenson, directora de una fábrica de productos químicos, es hipocondríaca y está postrada en la cama a causa de una dolencia psicósomática. Su marido Henry es un hombre de origen modesto, pero muy ambicioso, que se casó con ella para mejorar su posición en la fábrica. Un día lo llama por teléfono y, entonces, se produce un cruce de líneas que le permite escuchar una conversación en la que dos personas hablan del inminente asesinato de una mujer que no será sino ella misma. Un argumento parecido sucede en *Miedo súbito* (*Sudden fear*, David Miller, 1952) donde Myra es una autora de teatro cuyas obras triunfan en los escenarios de Broadway, pero su feliz existencia se desmorona cuando escucha cómo su marido Lester planea matarla.

Pero no sólo matan los maridos con fines crematísticos, también lo hacen las esposas. Como sucede en el caso de la estupenda *Los amantes del Tajo* (*Les amants du Tage*, Henry Verneuil, 1955) o al menos se buscan amantes a los que proponen que lo asesinen para cargarles el muerto, como sucede en la muy interesante *Peril a la demeure* (Michel Deville, 1985).

Y en general viene a ser punto de partida de famosos serial killers, reales y ficticios, tales como el seductor tío Charlie, asesino de viudas a las que luego hereda, en la obra maestra de Alfred Hitchcock *La sombra de una duda* (*The shadow of a doubt*, 1941), o de las no menos magníficas *Monsieur Verdoux* (Charles Chaplin, 1947) o *Barba Azul* (Edgar Ulmer, 1944). También de Landrú (Claude Chabrol, 1963), basada en la historia real de Henri Désiré Landru, un hombre residente en París que, durante la I Guerra Mundial, utilizaba la sección de contactos de los periódicos para conocer a mujeres, a las cuales seducía, engañaba y posteriormente asesinaba para poder quedarse con su dinero y sus pertenencias, del infame *Barba Azul* perpetrado por un despistadísimo Edward Dmytryk en 1972 con un irritante Richard Burton como implacable asesino, del *George Carroll* (Humphrey Bogart) en *Las dos señoras Carroll* (*The Two Mrs Carroll*, Peter God-

frey 1947) pintor de personalidad psicótica que tiene como actividad la de envenenar a sus esposas a quienes previamente pinta como ángeles de la muerte, para poder heredarlas, o del cazafortunas que se casa con la joven agraciada por la lotería para poder heredarla tras su asesinato y continuar con la siguiente víctima en *Mortal Sugestión (Love from stranger*, Rowland V Lee, 1937)

De sexo contrario podemos encontrar la estupenda, el Caso de la viuda negra (*Black Widow*, Bob Rafelson 1987) donde una impactante Theresa Russell se desembaraza de sus maridos, todos ellos importantes hombres de negocios, con el fin de mantener una vida a todo tren.

Todos ellos incurrirían en la causa de indignidad prevista en el art 328.b CDFEA *El que fuere condenado por haber atentado contra la vida del causante, de su cónyuge, descendientes o ascendientes, contra la vida del fiduciario o contra la vida de otro llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno*

Las manipulaciones entre hermanos para violentar la voluntad de su madre moribunda en su beneficio y en perjuicio de su hermano pequeño, también se encuentran en la base de la buñueliana *Subida al cielo* (1951). Los dos hermanos intentan ganar la voluntad de su madre y cuando no lo ven posible intentan retrasar el viaje del tercero en búsqueda del letrado que redacte el testamento, lo cual puede también entenderse como un supuesto de indignidad sucesoria (la g del art 328 CDFEA *El que, con amenaza, fraude o violencia, impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantara, ocultara o alterara otro posterior*)

En ocasiones las causas para interesar la indignidad sucesoria no tienen cabida en las circunstancias legales previstas a tal fin. Por ejemplo en *Acuerdate de vivir* (Roberto Gavaldón, 1953) para impugnar la designación de heredera, los hijos aducen la relación amorosa supuestamente adúltera del causante con la favorecida testamentaria, lo cual es sancionada por el juez negando que la misma pueda considerarse como causa de indignidad, aun de ser cierta. Ciertamente tampoco lo es en Aragón.

Finalmente sobre exclusiones, desheredaciones y pretericiones, siempre recordaré la historia pergeñada por Philip Yordan para *Odio entre Hermanos (House for strangers*, Joseph L Mankiewicz, 1947), la misma que acontece en su remake con clave de western *Lanza Rota (Broken Lance*, Edward Dmytryk, 1954) donde el hijo menor, fruto del segundo matrimonio de un potentado, es apartado de la herencia paterna por la voluntad de los hijos del primer matrimonio.

Aunque poco definida en la película, también estamos ante un supuesto más bien de exclusión que de desheredación en el film de aventuras *El señor De Balan-*

tree (*The master of Ballantree*) William Keighley, 1953). Basada en la excelente novela de Robert L Stevenson, de la que solo conserva su planteamiento inicial, el conflicto entre ingleses y escoceses, aconseja al Patriarca local, que uno de los hijos abrace la causa rebelde de los Estuardos, mientras el otro permanezca fiel a la corona inglesa, para así gane quien gane conservar el señorío. La derrota de los primeros, conllevará al primogénito a ser excluido de la herencia que pasará a manos del segundo.

Son pues muchas, innumerables las muestras cinematográficas concurrentes con los problemas que genera la sucesión de una persona. Hemos esbozado algunas.

El inefable Harry Cohn, magnate de la Columbia durante mucho tiempo, decía que la duración de una película debía de ser como mucho la que el trasero de una persona pudiera soportar sin removerse en el asiento. Así que creo que debo concluir esta contestación.

Claro que Harry Cohn también decía aquello de “Dale al Público lo que quiere y vendrá por ello” tal y como irónicamente recordó Red Skelton en su funeral, al verlo tan concurrido.

Por ello no me queda sino dar a Don José Luis Artero formalmente la bienvenida a esta querida Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, con la confianza de que, como ha demostrado hasta el día de hoy, será más que un digno miembro de ella, como lo ha sido de cuántas empresas ha participado. Muchas Gracias.

## **AGENDA COMPLEMENTARIA PARA CURIOSOS IMPENITENTES**

### **Sobre los elementos subjetivos de la sucesión:**

1933 A la caza de Herederos (*Jimmy the gent*, Michael Curtiz USA)

1939 El perro de los Baskerville (*Hound of Baskervilles*, Sidney Landfield, USA)

1947 *Uncle Silas* (Charles Frank, Reino Unido)

1949 Ocho sentencias de muerte (*Kind hearts and coronets*, Robert Hamer, Reino Unido)

1954 Herencia contra reloj (*To Dorothy a son*, Muriel Box, Reino Unido)

1959 El pisito (Marco Ferreri, ESPAÑA)



1959 El perro de Baskerville (*Hound of Baskerville*, Terence Fisher, Reino Unido)

1970 Los aristogatos (*The aristocats*, Wolfgang Reitherman, USA)

1975 La carne de la orquídea (*La chair de l'orchidee*, Patrice Cherau, Francia)

1976 La Trama (*Family Plot*, Alfred Hitchcock, USA)

2019 Quien a hierro muere (Paco Plaza, ESPAÑA)

### **Sobre las formas de la sucesión y su contenido**

1925 La Crónica de Griesshus (*Zur Chronik von Grieshuus*, Arthur von Gerlach, Alemania)

1929 La fierecilla domada (*The taming of the shrew*, Sam Taylor, USA)

1944 Orosia (Florian Rey, España)

1951 Home to danger (Terence Fisher, 1951, Reino Unido)

1952 El hombre tranquilo (*The quiet man*, John Ford, 1952, USA)

1953 Bésame Kate (*Kiss me Kate*, George Siney, USA)

1956 La fierecilla domada (Antonio Román, España)

1961 *The shadow of the cat* (John Gilling, 1961 Reino Unido)

1963 Jacob y Esau (Mario Landi, ITALIA)

1967 La mujer indomable (*The Taming of the Shrew*, Franco Zeffirelli, Reino Unido)

1968 Homicidio por vocación (*Omicidio per vocazione*, Vittorio Sindoni, Italia)

1993 Herencia diabólica (Alfredo Salazar, Mexico)

### **Sobre indignidades sucesorias varias**

1937 Mortal Sugestión (*Love from stranger*, Rowland W Lee, USA)

1941 La sombra de una duda (*The shadow of a doubt*, Alfred Hitchcock USA)

1942 Obsesion (*Ossessione*, Luchino Visconti, ITALIA)

1944 Barba Azul (*Bluebeard* Edgar Ulmer, USA)

1946 El cartero siempre llama dos veces ( *The postman always ring twice*, USA)

1947 *Bury Me dead* (Bernard Vorhaus, USA)

1947 Monsieur Verdoux (Charles Chaplin, USA)

- 1947 Las dos señoras Carroll (The two Mrs Carroll, Peter Godfrey, USA)
- 1948 Voces de muerte (*Sorry, wrong number*, USA)
- 1948 *Blonde Ice* (Jack Bernhardt, USA)
- 1951 Subida al cielo (Luis Buñuel, Mexico)
- 1951 Extraños en un tren (*Strangers on a train*, Alfred Hitchcock, USA)
- 1952 Cara de angel (*Angel Face*, Otto Preminger, USA)
- 1952 Miedo súbito (*Sudden Fear*, David Miller, USA)
- 1953 Acuérdate de vivir (Roberto Gavaldón, Mejico)
- 1954 Crimen Perfecto (*Dial M for murder*, Alfred Hitchcock, USA)
- 1955 Los amantes del Tajo (*Les amants du Tage*, Francia)
- 1958 De entre los muertos (*Vertigo*, Alfred Hitchcock, USA)
- 1963 Landru (Claude Chabrol, Francia)
- 1970 Reconstrucción (*Anaparastasi*, Theo Angelopoulos, Grecia)
- 1972 Barba Azul (Bluebeard, Edward Dmytryk, ITALIA)
- 1978 El cartero siempre llama dos veces (*The postman always ring twice*,  
Bon Rafelson USA)
- 1978 El caso de la viuda negra (Black Widow, Bob Rafelson, USA)
- 1985 *Peril a la demeure* (Michel Deville, Francia)
- Sobre legítimas y sus consecuencias**
- 1947 Odio entre hermanos (House of strangers, Josep L Mankiewicz, USA)
- 1953 El señor de Balantree (The Master of Balantree, USA)
- 1954 Lanza rota (Broken Lance, Edward Dmytryk, usa)

# **CONFERENCIAS**



# ACTO DE PRESENTACIÓN DEL ANUARIO 2018

## LA CALIDAD NORMATIVA

Excm. Sr. D. Pedro Santistevé Roche

Abogado y Profesor Universitario

Alcalde de Zaragoza

Es para el Ayuntamiento de Zaragoza un honor y, para su Alcalde un placer, poder patrocinar la publicación del Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación correspondiente al año 2018, acompañado de juristas tan excelentes como los presentes. La razón de esta complacencia es sencilla. Dispone el art. 9.1 de la Constitución española que *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*.

Si el Ayuntamiento, la Academia y los aquí presentes, en definitiva, si todos los ciudadanos y los poderes públicos estamos obligadamente sometidos al ordenamiento jurídico, y si éste, como destacó en su día el maestro García de Enterría, es indefinidamente perfectible, resultará que deba obtener una perspectiva y una valoración positiva, y deba ser bienvenida, toda aportación que contribuya a una evolución y a un perfeccionamiento del ordenamiento.

En relación a esta tarea de perfeccionamiento, me gustaría relacionar ante Vds. aunque fuere brevemente, algunas cuestiones sobre la calidad normativa y sustancialmente, sobre el reto al que ésta se enfrenta ante una ingente proliferación de normas, provocada sustancialmente por tres causas: el advenimiento del Estado social, la diversificación de centros de producción de normas y la necesidad de regular la aparición de novedosas relaciones jurídicas.

1) Desde el punto de vista constitucional, las primeras referencias a derechos sociales que sugieren la existencia de un Estado social van apareciendo con cuentagotas a partir de la Constitución jacobina de 1793 (trabajo, asistencia e instrucción), luego en el manifiesto comunista de 1848 y paralelamente, en la

Constitución francesa del mismo año, debiéndose, no obstante, esperar al Siglo XX para que se constitucionalice claramente el reconocimiento de los derechos sociales, en primer lugar, en la Constitución de Querétaro (México) de 1917 (la primera que proclama derechos sobre bases no liberales), seguida de la Constitución de Weimar (Alemania) de 1919 (el mismo año en el que aparece la OIT en el marco de las negociaciones del Tratado de Versalles), que es la que implica un cambio radical en la concepción y función del Estado y representa el tránsito de las Constituciones del siglo XVIII a las Constituciones modernas, donde se reconocen y garantizan no solo las libertades individuales sino también los derechos basados en la solidaridad y justicia social (en España, el primer texto que formula explícitamente los derechos sociales fue la Constitución republicana de 1931).

Nuestra Constitución de 1978 consagra en su art. 1 el modelo de España como un Estado social, lo que significa que, a diferencia del Estado liberal, se caracteriza por ser un Estado intervencionista, tanto en el plano económico como en el social, lo que conlleva necesariamente un incremento de normas jurídicas, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. Recordemos que nuestro actual Estatuto de Autonomía, con mayor precisión que el anterior, recoge en su art. 71.34ª la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de acción social, y, en congruencia con ello, dentro del Capítulo II de su Título I, en el ámbito de los derechos y principios rectores, impone en el art. 23.1 que *“los poderes públicos de Aragón promoverán y garantizarán un Sistema Público de Servicios Sociales suficiente para la atención de personas y grupos, orientado al logro de su pleno desarrollo personal y social, así como especialmente a la eliminación de las causas y efectos de las diversas formas de marginación o exclusión social, garantizando una renta básica en los términos previstos por ley”*.

En su aplicación, estamos ya ante la segunda Ley de servicios sociales en Aragón, la Ley 5/2009, de 30 de junio (ya desarrollada por varios reglamentos) en cuyo art. 32.3 observamos el reconocimiento de un derecho subjetivo de los ciudadanos a las prestaciones que configura como “esenciales”, posibilitando, en lógica correlación con ello, el derecho a reclamarlas en vía administrativa y jurisdiccional (art. 1.2).

La proliferación normativa en este ámbito ha sido considerable, hasta el punto de haberse generado una disciplina (los servicios sociales) que es hoy eminentemente científica, que requiere su aprendizaje en las Universidades y que comporta el empleo de sistemas y técnicas normalizadas u homologadas, que requieren ser insertadas en el mundo del Derecho, si pudiese ser, con la mayor calidad normativa posible.

2) El segundo de los motivos al que me he referido como causante de la proliferación normativa lo configura la ampliación de los centros de producción de normas, no limitados ya al Estado, sino desbordados por arriba (la normativa europea) y por abajo (comunidades Autónomas y entes locales). Les pondré un ejemplo que afecta a todas las Administraciones públicas y que es ciertamente importante en su funcionamiento: las normas sobre contratación pública.

Como antecedentes parciales y no generales: el *Real Decreto Bravo Murillo* de 1852 (para limitar abusos de autoridades y funcionarios), la *Ley de Administración, Contabilidad y Hacienda Pública* de 1911 y el *Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales* de 1953.

La primera Ley de Contratos en España nace con la Ley de Bases de 1963 articulada en el texto de 1965 y desarrollada en el Reglamento de 1967. Esta Ley solo soportó una modificación importante por la Ley 5/1973, de 17 marzo. Hasta aquí, relativa tranquilidad.

La agitación comienza con la incorporación de España a la entonces denominada Comunidad Económica Europea en 1986, que provocó la necesidad de acomodación del Derecho interno, no sin reticencias, a la primera generación de Directivas del Consejo Europeo, las 1971/305 y 1977/62, que provocaron la adaptación del Derecho español a través del Decreto legislativo 931/1986.

Una segunda generación de Directivas del Consejo vino configurada por las 1992/50 (servicios), 1993/36 (suministros), 1993/37 (obras) y 1993/38 (sectores especiales), que determinaron la aparición de una nueva **Ley española, la 13/1995**, modificada, al menos en seis ocasiones y por ello refundida y adaptada en el texto de 2000.

Fue una tercera generación de directivas, la 2004/17 y la 2004/18 la que determinó aparición de la **ley de contratos de 2007**, luego refundida en el texto de 2011 junto con nada menos que diez modificaciones sufridas en su corta existencia.

Así llegamos hasta la cuarta y hasta ahora última generación de directivas, las 2014/23, 2014/24 y 2014/25, al igual que las anteriores, no siempre fáciles de incorporar al derecho interno, como lo muestran las ocho sentencias condenatorias del Reino de España dictadas por el Tribunal Europeo por incumplimiento de la normativa comunitaria.

Estas últimas Directivas determinaron la génesis de la **Ley 9/2017, hoy vigente**, ya modificada en dos ocasiones a pesar de su corta vida.

Todo ello combinado con las reglas europeas para la mayor eficiencia del gasto público y la consecución de los objetivos sociales de la Estrategia Europa

2020 (medio ambiente, innovación, empleo e integración social) que obviamente inciden directamente en la contratación. Y aderezado con varios reglamentos europeos, unos generales (sobre productos y actividades), otros singulares (regulando la contratación en sectores especiales).

Sin olvidarnos de los propios reglamentos internos que desarrollan las leyes estatales españolas y las leyes de las Comunidades Autónomas (en el caso de Aragón, Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, ya modificada en siete ocasiones, una de ellas obligada por la STC 237/2015, y afectada por variedad de Decretos, Órdenes, Convenios e Instrucciones). Y, ya finalmente, en pequeña medida, por la normativa presupuestaria, contractual y de organización de las entidades locales.

El contenido normativo expuesto, a pesar de haber omitido la cita de numerosas disposiciones, viene a poner de manifiesto, por una parte, la intensidad de la proliferación normativa en esta materia y, por otra parte, revela la dificultad de afrontar el cumplimiento cabal de la norma por parte los operadores jurídicos, incluso los altamente cualificados.

Esa maraña normativa, surgida de distintas instancias decisorias, provoca que surgan problemas de estricta técnica jurídica: como la aparición de disposiciones discordantes, el incumplimiento derivado de la falta de claridad del sistema, el riesgo de prevaricación para autoridades y funcionarios, y la aparición de Tribunales administrativos que resuelven con celeridad conflictos, en casos, altamente dificultosos, y cuyas decisiones, aunque fiscalizables por los jueces, no lo son en realidad por la pérdida de interés en obtener una solución que tarde varios años, cuando se halla superado el problema lo que conlleva *de facto* la desaparición de jurisprudencia.

Ingente tarea pues para los juristas que en vía de interpretación normativa deben buscar y perseguir constantemente mayores cotas de seguridad jurídica, aportando una mayor calidad normativa. Es lo que llamamos en Teoría del Derecho el principio cuasi hipotético del legislador racional, por el que los juristas “nos comprometemos” -en sede interpretativa- a maximizar el ordenamiento jurídico en términos de contribuir a su racionalidad y congruencia.

3) El tercero de los motivos, al que nos venimos refiriendo como causantes de la proliferación normativa, es el incremento de la complejidad en las relaciones jurídicas y la rapidez con la que se produce, fundamentalmente originada por la evolución de la técnica y de la tecnología.



Hace tan solo unos pocos años las normas jurídicas eran relativamente sencillas. La evolución de la técnica ha propiciado que el ordenamiento jurídico se vaya llenando y ensamblando poco a poco con numerosas normas provenientes de disciplinas diversas y tradicionalmente ajenas al Derecho, cuya interpretación es cada vez más difícil para el jurista, si es que puede hacerla. A su vez, la evolución de la tecnología es tan rápida que el Derecho no solo no puede preverla, sino tampoco acompañarla debidamente. Nada en la historia de la humanidad ha afectado tanto a las sociedades como lo está haciendo ahora la tecnología. Hoy tenemos un ejemplo que puede verse en muchas ciudades europeas: el patinete eléctrico. Su aparición y su evolución han sido tan espontáneas y rápidas que no han dado tiempo todavía al Derecho para seguirlos y regularlos debidamente. Y ello está pasando también con la aparición y evolución de otros aparatos, máquinas e instrumentos, que provocan el desbordamiento de las normas existentes y empujan constantemente a una producción normativa tardía.

Sabemos hoy que una mayor perfección implica una mayor complejidad y por ello se hace preciso que los juristas estemos preparados y dispuestos para poder afrontarla, si pudiera ser, con la mayor calidad normativa posible. Es por ello que la proliferación normativa ha hecho nacer en los legisladores una preocupación por la calidad de las normas. Esta preocupación se planteó a finales del siglo XX, al surgir autorizadas voces que alertaban del riesgo que suponía un crecimiento desaforado y asistemático del ordenamiento jurídico que podía tener consecuencias negativas para la debida seguridad jurídica e, incluso, para el crecimiento económico.

La Unión Europea se mostró fuertemente comprometida con la mejora de la normativa (*better regulation*) y la incluyó como prioridad en la Agenda Renovada de Lisboa (2001) considerándola un elemento indispensable dentro de las medidas encaminadas a aumentar la competitividad y promover el crecimiento sostenible dentro de la Unión. Así lo plasmó el Libro Blanco de la Comisión sobre gobernanza europea, de julio de 2001, y en el informe Mandelkern de noviembre de 2001.

En el ámbito español, con el antecedente del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 por el que se aprueban las *Directrices de Técnica Normativa* y el *Real Decreto 1083/2009*, de 3 de julio, que regula la Memoria del análisis del impacto normativo en los proyectos estatales, la preocupación por la calidad normativa aparece en una norma básica por vez primera en nuestro ordenamiento a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Dicha Ley, impuso en su art. 4 que en toda iniciativa normativa debe quedar suficientemente justificada su adecuación a los principios de necesidad, pro-

porcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia y acreditar el cumplimiento de estos principios en cada reforma de la normativa vigente.

Estos mandatos legales (hoy reflejados por los arts. 127 y sgs. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -que derogó la Ley 2/2011 en estos aspectos-) han de ser interpretados con arreglo a lo dispuesto en la STC 55/2018, que fiscaliza la Ley 39/2015, y no constituyen ya sugerencias o recomendaciones, sino imperativos categóricos a respetar y cumplir por todos los operadores jurídicos.

Los tribunales no se han mostrado tradicionalmente rigurosos con la exigencia del cumplimiento de los requisitos legales exigidos para la tramitación de las normas (así puede verse, por ejemplo, en las SSTS de 9 de febrero y 12 de mayo de 1999, o las de 10 de marzo de 2003, 7 de julio de 2004 y 14 de julio de 2006).

Tampoco lo han sido a la hora de valorar su calidad. Con la salvedad de las normas tributarias, las sancionadoras y las penales, en las que no cabe Ley confusa ni plural (STC 150/1990, siguiendo la doctrina del TEDH en las sentencias de 26 de abril de 1979 y 30 de junio de 2009) y en las que *“la calidad de la ley aplicada, debe ser suficientemente accesible y previsible, es decir, establecida con la precisión suficiente para permitir al individuo -con el asesoramiento que pueda ser preciso- acomodar su conducta”*, en las restantes, el Tribunal Constitucional ha renunciado claramente al control de la calidad de las normas, asumiendo que ello es ajeno a su constitucionalidad.

En el caso de las leyes ómnibus o leyes plurales (el más conocido) y en el de las leyes complejas, el Tribunal Constitucional ha afirmado con rotundidad que *“aun aceptando que una ley como la impugnada puede ser expresión de una deficiente técnica legislativa, no por ello cabe inferir de modo necesario una infracción de la Constitución habida cuenta que el juicio de constitucionalidad que corresponde hacer a este Tribunal no lo es de técnica legislativa”* (SSTC 109/1987 y 195/1996), ni de *“perfección técnica de las leyes”* (STC 226/1993).

En la STC 136/2011, frente a la queja de los Diputados recurrentes que decían no ser posible que la ley impugnada modificase 76 leyes, 7 decretos legislativos y 6 decretos-leyes, se declaró que *“el dogma de la deseable homogeneidad de un texto legislativo no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar normas multisectoriales, pues tampoco existe en la Constitución precepto alguno, expreso o implícito, que impida que las leyes tengan un contenido heterogéneo”*.

Nuestro Tribunal de garantías constitucionales suele indicar con cierta reiteración que el control de constitucionalidad de las normas *“nada tiene que ver con*

su depuración técnica” (SSTC 226/1993 y 195/1996). Y el mismo juicio de valor resulta extrapolable a nivel de normas reglamentarias.

Como dice la STS de 4 de febrero de 2004, “*el principio de seguridad jurídica, dado el ámbito que debe reconocerse a la libertad de configuración del legislador, **no autoriza la anulación de disposiciones legales que incurren en deficiencias técnicas***”.

O, como expresa la STS de 7 de Marzo de 2006, “*las observaciones críticas no se refieren a problemas de legalidad, sino de técnica normativa y de oportunidad, y cualesquiera que sean las reservas que puedan oponerse a la técnica seguida, ello no supone ni que la norma impugnada sea por esa causa contraria a derecho, ni que la técnica pueda ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa*”.

Ante ello, ha de comprenderse que no puede sobrar ninguna colaboración, por pequeña que sea, tanto en el ámbito de la aportación de contenidos al ordenamiento como en el de interpretación y la asignación de soluciones a los conflictos jurídicos planteados. Y esta colaboración entiendo que habrá de ser la adecuada cuando los juristas que la efectúen dispongan el sello de excelencia.

Obviamente, no están en la Academia todos aquellos que lo disponen pero sí es harto probable que lo dispongan todos los que están.

Un jurista excelente es una persona que se esfuerza. No hay juristas excelentes que no sean juristas esforzados, que hayan dedicado su tiempo, su energía y, hasta su pasión, a leer y escribir, a estudiar, a aprender y a reflexionar sobre lo estudiado. Y lo es quien, además, dispone de una singular sensibilidad que le faculta a percibir conceptos, conexiones, ideas y soluciones que otros no pueden percibir. El conocimiento y el entendimiento del Derecho es indispensable para poder hacerlo evolucionar, si bien la cada vez mayor facilidad de acceso a los medios electrónicos y a los depósitos de información disminuye progresivamente la relevancia de este conocimiento.

Es aquella singular percepción que solo disponen algunas personas, de lo justo y de lo injusto, de lo beneficioso o lo perjudicial para un sujeto o para el conjunto de la sociedad, de la armonía o desarmonía con los principios y valores que sustentan las normas, lo que denota el acierto o el desacierto de una opinión y de una decisión jurídicas, incluso del contenido de una norma, pues, como decía Sanchez Agesta, “*La mera existencia de una norma carece de valor si no se halla al servicio de valores que la trascienden*”.

El acierto, pues, de las opiniones de un jurista se asienta en la asimilación, la interiorización y en la posibilidad de hacer prácticos los principios y valores en

los que el Derecho fundamenta su existencia. No pocos de ellos se hallan recogidos por nuestra Constitución, en su Preámbulo, cuando refiere a la libertad, la justicia, la seguridad, la promoción del bien común, la convivencia democrática, la protección y promoción del ejercicio de los derechos humanos, del progreso, la economía, la cultura, y el fortalecimiento de la paz y la cooperación entre los pueblos.

Como también lo hace en parte en su articulado, cuando refiere a la configuración de nuestro país como **un Estado Social**, garantizando *la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político* (art. 1), *la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos* (art. 9), *la dignidad de la persona y al respeto a la ley y los derechos de los demás como fundamento del orden político y la paz social* (art. 10.1) y *el sometimiento a los acuerdos y tratados internacionales y, particularmente, a la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando se trate de interpretar los derechos de libertades reconocidos en la Constitución* (art. 10.2).

En la recta interpretación y aplicación de tales principios estará la excelencia en la creación, interpretación y aplicación del Derecho.

En la medida, pues, que me dirijo a juristas que disponen del sello de excelencia, he de hacerles saber que, mientras pueda quien les habla, la Academia podrá contar con el apoyo municipal en sus proyectos y desde aquí y en la medida en que pueda darlos este Alcalde, reciban también tales juristas el estímulo, el ánimo y la fuerza al objeto que continúen en su esfuerzo, en su mejoramiento personal y en el de la Academia, así como en el perfeccionamiento del Derecho.

# EL CINE ESPAÑOL. CONTORNOS DE SU REGULACIÓN

Excmo. Sr. D. Luis Alberto Gil Nogueras  
Académico de la Academia de Jurisprudencia y Legislación

## LOS PRIMEROS AÑOS (1896- 1923)

### Un inicio

Para el común de los historiadores de Cine, este periodo es foco de continua frustración, habida cuenta que a la ausencia de obras cinematográficas, debido a la fugacidad del material por entonces empleado en la filmación que hace que la mayor parte de aquél se haya perdido o deteriorado hasta extremos que hace imposible su visionado, se une la falta de unos testimonios escritos que documenten el periodo con cierta precisión.

No puede olvidarse que el cine nació como una atracción de barraca de feria, y que así continuó durante gran parte de éste periodo, hasta que se consolidó su exhibición en teatros y posteriormente en salas *ad hoc*.

El cine, como tal, no como experimento, se bautiza el día de los Santos Inocentes de 1895 en el Salón indio del Grand Café de Paris con una proyección hecha por los Hermanos Lumiere. Y algunos meses más tarde un empleado de aquéllos, Promio, organiza una proyección similar en los bajos del Hotel Rusia de Madrid, como parte de la Programación de la Festividad de San Isidro.

La evolución de la Industria continúa en Europa. El 1-10-1900 se presenta en la Exposición Universal de Paris la sincronización de sonido con imagen cinematográfica, a través de varias secuencia, una de las cuales, es un fragmento de Hamlet con voz de Sara Bernhardt.

En 1908 (agosto) se proyecta en Paris el primer filme de dibujos animados realizado por Emile Cohl.

## **La situación política**

Este comienzo tiene lugar durante plena alternancia de partidos bajo el reinado de Alfonso XIII (Periodo regente), una situación extraña en nuestro país a la que se llega después de una serie de convulsiones que sacuden la practica totalidad de la política española del siglo XIX. Tras la disolución de la I República, el general Martínez Campos proclama a Alfonso XII como rey de España, y se inicia esta alternación de bipartidismo a la inglesa, entre los liberales y conservadores que la muerte de Alfonso XII en 1885 no frena pese a su pronto deceso. La regencia del nuevo rey es un período de gran agitación social. España es un país donde las oligarquías ostentan la práctica totalidad del poder y la clase obrera se encuentra pésimamente tratada. Ya pasadas las convulsiones de las guerras civiles, que han sumido a España en una absoluta pobreza, la falta de perspectivas claras y de una activación económica, conducen a desastres internacionales como los de Cuba y Filipinas o la situación marroquí, con plenos reflejos en la sociedad española como el tristemente famoso de la Semana Trágica de Barcelona de 1909 o los disturbios de Bilbao en Octubre de 1903. El día 8 de Agosto de 1905 campesinos y obreros se amotinan en diversos puntos de Andalucía saquearon las tahonas, y el 12 empezó el asalto de cortijos para robar ganado y comida. Al hambre y paro se une la extendida costumbre contrastada de que los caciques políticos de la zona sólo dan trabajo a los obreros dispuestos a votar a los candidatos oficiales en las elecciones próximas.

## **El público**

Los destinatarios iniciales del cinematógrafo no son muy distintos de los que acuden a visitar los fenómenos extraños de las ferias. La situación social y económica ha creado grandes masas de desempleados, analfabetos y de personas sin muchos recursos que son fácilmente abducidos por un mundo diferente, extraño y novedoso, un mundo que te permite viajar y contemplar cosas que de otra forma jamás se podrían ver, un mundo de sueños.

## **Las películas y sus artífices**

Como en cualquier nueva empresa se nutre de pioneros, de aventureros, técnicos que buscan un nuevo modo de poder ganar dinero rápidamente, y de pequeño-burgueses que distraen de otras inversiones pequeñas cantidades de dinero para destinarlos a una empresa, que su popularidad parece desterrar el riesgo de toda aventura.

El cine español oficialmente nace con “Salida de misa mayor del Pilar de Zaragoza” de los Hermanos Gimeno en 1896. Estos eran empresarios del sector de las variedades y regentaban un museo de cera, pero se decantaron por ofrecer en una barraca de feria películas que luego llegaron a producir y dirigir para distribuir las. Proliferan en nuestro país los cortos sobre festividades religiosas y estampas de ciudades. En 1897 Fructuoso Gelabert rueda con guión y producción propia la que se considera como primera película de ficción en España, Riña de café. A partir de ahí alternará la producción de films de ficción y otros de reportaje o documentales. Entre los primeros La Dorotea (1898) y entre los segundos Visita a Barcelona de Doña María Cristina y don Alfonso XIII (1897) o Procesión en el Barrio de Sans

Nacido en Teruel, en esta época con nombre propio debe hablarse de Segundo de Chomón. Ingeniero, de profesión, este personaje mostró su interés por las maquetas, los trucos de fotografía y de diseño. A él se deben los primeros trucajes fotográficos por sobreimpresiones de fotogramas obtenidos en Francia durante su trabajo en Pathé. Su película clave de este período es El hotel eléctrico (1905) Tras pasar un período en España en que rueda varias obras y entre ellas una representación zarzuelera, que abrirá todo un género en nuestro país durante gran parte del siglo pasado, se marcha a Italia donde colabora en una de las grandes obras del período silente, Cabiria de Giovane Pastrone, donde pondrá en marcha uno de sus invenciones, el movimiento lateral de cámara (travelling)

A principios del siglo XX proliferan las películas dramáticas con base literaria, al modo francés, con preferencia del folletín y de traslación de obras teatrales. Es el auge de la industria catalana a través de Hispano Films, Iris Films y Films Barcelona. De esta época son Don Juan Tenorio y Locura de amor de los Hermanos Baños (1908-1909). Posteriormente se intenta el éxito con la fórmula de los seriales muy en boga en USA y en Francia, en Barcelona y sus misterios (1915) de Alberto Marro, pero sin lograr un despegue industrial.

La industria madrileña se desarrolla de la mano de los Hermanos Perojo. Tras el fallecimiento de José, Benito asume la dirección de los negocios familiares a través de un cine de base muy popular con inclinación a la comedia y a la astracanada.

## **La industria**

Inicialmente las proyecciones son fruto de empresarios que se dedicaban a espectáculos de variedades. Proliferan por tanto las barracas y carpas para la exhibición del material por ellos rodado, siempre muy variado para poder sor-

prender a un público ávido de sensaciones. Pero poco a poco se tiende a la estabilidad y los cineastas van afincándose en las ciudades donde se construyen o se destinan pabellones para exhibición, los denominados coliseos.

En 1914 hay más de 900 cines en España y el volumen de negocio que la industria produce en España se calcula en torno a los 20 millones de pesetas. Sin embargo no es la industria española la gran beneficiada pese a tener una de las masas de población más atenta a las evoluciones del mercado dentro de Europa, sino la pujante industria americana, pese a que en aquel tiempo el precio de los royalties era muy importante. La producción en España es baja, y siempre se depende de fuera en lo más básico. Así es curioso que mientras se abren muchos laboratorios de revelado y positivado, sin embargo los negativos y la maquinaria cinematográfica se adquiera en el exterior, lo que encarece el precio de un producto más artesanal que industrial. En los años 1914-1917 se crean 17 productoras en Barcelona, y todas han desaparecidos dos años después.

En el ámbito interno las relaciones entre el productor y el exhibidor eran directas. Inicialmente se vendían al exhibidor. Conforme las películas son más largas y el coste es más elevado las películas se alquilan para su exhibición a través de un sistema de listas de exhibidores con las que el productor contrataba. Pero finalmente se impone la figura intermedia del distribuidor, que además de las funciones propias del alquiler de los films van a desarrollar también labores de promoción publicitaria. Sin embargo pronto se advirtió que estas distribuidoras atendían más al producto más elaborado de fuera del país, de modo que trabajos de la industria española no se exhibían.

## **La legislación**

Pese a la dinámica de un sector en expansión, los Gobiernos de turno no prestan ninguna atención especial al nuevo fenómeno ni en su faceta industrial ni en su faceta artística. A pesar de que desde 1879 existe una Ley de Propiedad Intelectual, el reconocimiento del cine a afectos normativos no tiene lugar hasta 1908 con normas de policía sobre las condiciones que deben reunir los locales de exhibición.

El notable atraso y falta de miras de la sociedad española, fuertemente enraizada en una dependencia excesiva de la tierra, y el conservadurismo de sus titulares, los terratenientes y caciques, y la pujanza y control que ejercía la Jerarquía eclesiástica, conducen a que las únicas normas que se dicten sean de “buenas costumbres”



Así por ejemplo una ROrden de fines de 1912 del Ministerio de Gobernación intenta regular la exhibición pero con la finalidad de protección de los jóvenes, donde se prevé la necesidad de realizar sesiones para este concreto público destinadas a su educación, y permitiendo que fuesen matinales.

Igualmente tienen reflejo una regulación del fenómeno por el Fisco, que fija un impuesto del 5 % sobre el precio de cada localidad.

A petición del Gobernador de Barcelona se dicta un Real Decreto de 19-10-1913 por el que se establece la censura cinematográfica. Ello obliga a todos los propietarios de cines a que presenten en la secretaría de los Ayuntamientos y por anticipado, los títulos y los temas de las películas que se vayan a ofrecer al público por si en ellas hubiera alguna de perniciosa tendencia y para combatir la pornografía.

En 1920 a instancia del Gobernador de Barcelona se prohíbe que los nombres de personajes famosos o conocidos o tan similares que puedan inducir a identificación, tengan reflejo en los caracteres de las películas. Más adelante este mismo año el Director General de Seguridad, Millán Prieto dicta una disposición en que se insta a hombres y mujeres que se sienten separados en las salas cinematográficas.

## **LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA Y EL PERIODO INTERMEDIO**

El 13-9-1923 el General Primo de Rivera se hace con el poder mediante un golpe de estado incruento. El manifiesto de Primo anuncia que velará por el mantenimiento del Orden Público y asegura el funcionamiento normal de los Ministerios Públicos y organismos oficiales con total olvido de los partidos políticos. Se suprime el Parlamento y se instaura el estado de guerra en el país, por lo que quedan anuladas las libertades públicas. Los Gobiernos Civiles pasan a control de la Jurisdicción militar y se sustituyen los ayuntamientos por Juntas Rectoras. Los motivos del pronunciamiento hay que buscarlos en los intentos del Gobierno de García-Prieto de iniciar una serie de medidas liberadoras que le enfrentaron con los ultraconservadores. Se plantea como una solución provisional, con un plazo de 90 días para observar la evolución de los acontecimientos. Los Sindicatos obreros, menos la UGT, han sido suspendidos en sus actividades incluidas las publicaciones.

Como primeras acciones se suspenden las Oposiciones a cargos públicos.

## El sector cinematográfico

Los desenfrenados años 20 no fueron locos en el cine español. La industria seguía sin contar con unos buenos laboratorios y unos estudios cinematográficos en condiciones. La distribución estaba en manos extranjeras, pero aún así hubo una importante novedad, existió una vuelta a las raíces populares y nació un género propio como el zarzuelero. En 1921 José Buchs rueda con gran éxito *La verbena de la paloma*, meritorio éxito por hallarnos ante un film musical mudo. También las corridas de toros tuvieron sus epígonos cinematográficos. Alejandro Pérez Lugin cosechó un gran éxito con su versión de *Currito de la Cruz*. Se adaptaron autores de teatro y novelistas españoles. Fueron famosas las versiones de *Pepita Jiménez* o *Malvaloca*. También hubo tiempo para los films patrioterros condicionados por la Campaña de Marruecos como *Los héroes de la legión*. Como en el resto de Europa también llegaron las vanguardias con títulos como *El orador* de Ramón Gómez de la Serna. También cabe destacar *La malcasada* de Gómez Hidalgo, 1924, por la característica de reunir en la trama del film figuras importantes de la época de su rodaje.

Ello contribuyó a tener por implantado el cine como gran espectáculo en todo el país. A fines de esta década solo en Barcelona había más de cien salas, y en España más de 1500. Comienzan a parecer las primeras publicaciones y revistas sobre el tema como *La pantalla* y *Arte y Cinematografía* (esta ya en activo desde 1910)

En 1928 tiene lugar un hito importante, pues se organiza por mediación de la publicación *La Pantalla*, el Primer Congreso de Español de Cinematografía para analizar la situación del cine en nuestro país. Quedaron en su seno al descubierto la carencia de una infraestructura siquiera artesanal. Se pidió la creación de un centro oficial de enseñanza de la profesión, una normalización de la censura y la instalación de actuaciones proteccionistas como la creación de cuotas de pantalla en la distribución. Las propuestas fueron desoídas.

## La llegada del sonoro

La primera película sonora española se hizo esperar hasta 1929 con *Misterio en la Puerta del Sol* de Francisco Elías. El problema del mal acondicionamiento de las salas impidió un pronto desarrollo del sistema. De hecho mientras algunos productores optaban con éxito reponer películas mudas sincronizadas con nuevo sonido, como es el caso de *La aldea maldita* de Florián Rey, otros deciden aprovechar las mejores instalaciones y medios de los países vecinos y rodar allí, como son el caso de *El embrujo de Sevilla* rodada en Alemania o *La canción del día* en Inglaterra.

La llegada del sonoro supuso un gran descalabro para la industria española. En 1931 en Madrid se llegaron a estrenar tres largos españoles por 260 norteamericanos.

Pero también tuvo un problema añadido, el uso del idioma. Como quiera que el cine americano tenía, la mayor red de distribución cinematográfica mundial, inicialmente se decantó por el uso de las dobles versiones. Sobre un mismo guión e idénticos decorados, trabajaban distaos equipos técnicos y artísticos. Ello supuso la necesidad de importar a Hollywood un buen número de técnicos y actores españoles que realizaran estas versiones. (Grandes Majors como MGM o Fox optaron por ello) Otras productoras optaron por crear sus divisiones en Europa para rodar aquí películas con destino al mercado europeo (La Paramount por ejemplo) En pocos años hubo hasta 150 versiones en Español de películas norteamericanas (Drácula de Tod Browning, El Presidio de George Hill son por ejemplo dos películas de éxito de principios de los 30 que cuentan con versiones españolas)

## LA SEGUNDA REPÚBLICA

### La industria

Hasta 1932 los únicos estudios con carácter regular que existen en España son los Estudios Orphea que fueron fruto de un empeño personal de Francisco Elías. En este año se crean por un grupo de cineastas y escritores los Estudios sonoros Ciudad Lineal en Madrid (Los CEA) En estos se ruedan éxitos como *La traviesa molinera* de Henry D'abbadie; *El bailarín y el trabajador* de Luis Marquina, *El negro que tenía el alma blanca* de Benito Perojo y *La Hermana DE San Sulpicio* de Florián Rey. Por el éxito de estas producciones a mediados de los 30 el número de estudios en Madrid se eleva a cinco. A la par que proliferaban los estudios, se desarrollaban los centros de doblaje, las compañías de edición, los laboratorios. Todo ello hizo disparar la producción de películas, dando lugar a un brevísimo período de esplendor que la Guerra Civil iba a truncar. Fueron los años donde se iba a alumbrar dos de las productoras con mayor bagaje del Cine Español, la primera CIFESA que con una vena de producción colorista y folklórica alcanzó un notorio reconocimiento comercial con títulos como *Nobleza Baturra*, *La verbena de la Paloma* de Benito Perojo, *La Dolores o Morena Clara*. La segunda mucho más innovadora fue FILMOFONO, responsable de títulos como *Don Quintín el amargao* de Luis Marquina, *La hija de Juan Simón* de Jose Luis Saenz Heredia y *Centinela alerta*, parcialmente dirigida por Luis Buñuel.

Al margen de estas dos grandes empresas, otras producciones resonantes de esa época son *El malvado Carabel* de Edgar Neville, *María de la O* de Francisco Elías y *El Gato montés* de la primera realizadora del cine español Rosario Pí.

En 1935 se alcanza una producción de 37 películas cuando en 1932 el número de producciones no alcanzaron las 6.

## **La Administración**

Continúa la tónica anterior de dictar una serie de disposiciones sin coherencia interna alguna que venían además de sectores ministeriales diversos, ni siquiera cohesionadas. Quizás lo más relevante fuere en 1934 la Orden del Ministerio de Industria de doblar al castellano las películas procedentes del extranjero, disposición a la que se deben grandes de los males que acucian al cine español desde entonces al facilitar sobremanera la entrada sin contrapartida de los films extranjeros en el mercado español. Posteriormente en la década siguiente otra norma similar zanjará durante años la cuestión y condicionará en buena medida la disposición y los hábitos del público.

Además de ello y a consecuencia del Congreso Hispanoamericano de Cinematografía habido en 1931, cuatro años más tarde la Administración republicana crea un impuesto que grava el cine español al 7'5 %. Tal medida desproporcionada fue prontamente corregida pasando al 3'75 y al 1'5 frente al 4'5 que gravaban los films extranjeros.

Pese a una cierta liberación del orden social se mantuvo en buena medida las prácticas de censura por la Administración, dándose el caso paradigmático de la prohibición de exhibición del documental de Luis Buñuel *Las hurdes* que previamente la propia Administración le había encargado.

En el balance positivo podemos encontrar la constitución por Orden del 14-3-33 del Consejo de la Cinematografía, creado con gran número de competencias, que a la postre no va a desarrollar.

## **LA GUERRA CIVIL**

### **Los dos sectores**

El periodo de bonanza concluye irremediabilmente con la Guerra Civil. La producción prácticamente se extinguió, las películas que se encontraban en marcha, apenas pudieron acabarse, y las que lo lograron tardarían varios años en ver la luz.

Por el contrario el negocio de la exhibición fue bastante bueno, con la llegada de nuevas películas norteamericanas o la reposición de películas de éxito de años anteriores, como la de *Morena Clara* que obtuvo grandes resultados.

De los dos bandos en principio el republicano partía con ventaja toda vez que contaba con los dos principales centros de producción nacional, Madrid y Barcelona. El empuje de la utilización como elemento de lucha del medio cinematográfico, dio pie a que centrales sindicales (en especial la CNT) desarrollaron proyectos como *Barrios Bajos* de Pedro Puche, *Aurora de Esperanza* de Antonio Sau. Conjuntamente surgen proyectos intrascendentes como *Paquete el fotógrafo público número uno* de Ignacio F Iquino y *No quiero...No quiero* de Francisco Elías.

Pero donde más se desarrolló la producción en aquellos años, fue en el terreno del documental. La CNT promovió el primer documental sobre la contienda, *Reportaje del movimiento revolucionario en Barcelona* de Mateo Santos. Y a partir de ahí se realizaron títulos como *El frente y la retaguardia* o *Bajo el signo libertario*. Otras entidades políticas también promovieron sus iniciativas cinematográficas. El PCE estaba detrás de proyectos como *Mando único* de Antonio del Amo o *Defensa de Madrid* de Angel Villatoro. Y el propio Gobierno Central apoyó el que sería sin duda el proyecto más emblemático, que dio lugar a la magistral *Sierra de Teruel* de André Malraux. (Probablemente con el excelente *Tierras de España* del belga Joris Ivens el mejor trabajo sobre la Guerra Civil Española)

Por el contrario en el bando nacional, la escasez de infraestructura le condujo a encauzar sus producciones con la ayuda de terceros países de idearios afines. Y así fueron comunes los rodajes de producciones en Portugal, Italia y Alemania. Los hitos más importantes de este período serían *El barbero de Sevilla* de Benito Perojo, *Suspiros de España* también de Perojo y *Carmen la de Triana* de Florián Rey. (todas ellas rodadas en Alemania)

También resultó fundamental en estos años la delegación de CIFESA en Sevilla, a través de la cual se llevaron a cabo proyectos como *Asturias para España* o *Ya viene el cortejo*, producciones de Fernando Delgado de marcado carácter propagandístico.

En 1938 tiene lugar un hecho trascendente cual es la creación en Burgos del Departamento Nacional de Cinematografía desde donde se unificará la producción de la causa franquista.

El final de la contienda conllevó el consabido exilio de algunos de los responsables de los éxitos de la primera época dorada del Cine español y la instauración de una férrea censura que abarcaba todos los planos del proceso de creación cinematográfica.

## LOS AÑOS DE LA POSGUERRA

Al concluir el conflicto, con la experiencia vivida durante la guerra, la Administración continúa con la mirada fija en la experiencia alemana, y apuesta decididamente por la intervención en el sector de modo general. Este intervencionismo se hace mediante el control de la producción por dos vías. La primera a través de un rígido sistema de censura, con un entramado complejo de normas, y la segunda con estímulos y ayudas a la producción.

Se constituye un entramado inicial del que forman parte diversos Ministerios, y del que a su vez participan sindicatos y organizaciones afines al Régimen franquista. En 1939 se establece la censura previa de guiones. Además hasta el año 1962 no se publicitan unos criterios claros sobre lo permisible o no permisible, que sin duda dificultan sobremanera la iniciativa para llevar a cabo los proyectos cinematográficos. La ausencia de estos criterios va a favorecer a su vez los posibles cambios de criterio o bandazos de los integrantes de estas Juntas de censura, que van a depender de la distinta situación internacional y de los propios intereses del Régimen. Y así si inicialmente en ellas va a primar un componente ideológico importante de componente falangista, con la derrota del EJE, va a existir un cambio de orientación a un componente religioso católico, que se distanciará del ideario filofascista. A título de ejemplo, el 11-10-1947 se publica el Reglamento de Régimen interno de la Junta Superior del Ministerio DE Educación Nacional, creada un año antes, y en ella se otorga al vocal eclesiástico, nombrado por el diocesano del lugar la posibilidad de vetar cualquier película en lo que se refiere a la edad del público, al dogma y a la moral.

Sin embargo va a ser la segunda de las vías antes enunciada, la que servirá principalmente a los fines de la Administración, por cuanto mediante esa política de ayudas, se hacía primar un determinado tipo de cine proclive a sus intereses, en detrimento de otro. Ello favorecía el interés de los productores por este tipo de producciones, que a la postre podrían obtener estímulos como el acceso a fuentes de financiación como el Crédito Cinematográfico Sindical creado en 1942 o a los incentivos que promovían los Premios del Sindicato Nacional del Espectáculo.

La situación de la exhibición y la distribución en España sin embargo despliega un gran auge, a lo cual no es óbice la existencia de un público deseoso de evadirse por poco coste, y a medidas en su momento muy populares (que todavía hoy estamos pagando) como la prohibición el 23-4-1941 (con inspiración en una norma homónima italiana) de exhibición de películas en distinta lengua del castellano, lo que a la postre obligaba al doblaje de las rodadas en otro idioma, con un control añadido sobre el contenido o mensajes que en estas se difundieran,

que no quedaban a la posible advertencia del espectador. Este regalo del idioma a la Industria extranjera, que de este modo ( A diferencia del caso inverso) va a potenciar la entrada en un mercado ávido por mínimo coste, va a marcar en buena medida el desarrollo posterior del cine español.

Pero además y a través del sistema de las licencias de exhibición va a poderse obtener la cuadratura del círculo. A los productores españoles por la realización de películas españolas se les ofertaba licencias de importación y de doblaje, sin atenerse a unos criterios claros o conocidos, de tal modo que el número de las mismas (que era variable) dependía de la opinión que a un Comité de 8 miembros le mereciera la producción. Lógico es pensar que las producciones que se acercaran al pensamiento de estas personas o al de aquellos que las habían elegido, condicionaba el número de licencias a obtener, y con ello a asegurar la obtención del beneficio industrial correspondiente, ya que luego con las licencias de importación y de doblaje venía a establecerse otro mercado subterráneo.

En definitiva la intervención era total. Un proyecto tenía que pasar dos líneas de censura, la previa de guiones y la final con el proyecto concluido, previa a su exhibición. De cara a la financiación del mismo, los productores encontraban alicientes de todo tipo para rentabilizar sus producciones dentro de unos determinados parámetros, y todo tipo de problemas en otro, incluido el veto en la exhibición por razones de índole moral.

Hasta 1947 no se autoriza la exhibición de películas extranjeras en versión original. Y en esta fecha igualmente se sustituye el sistema de las licencias de importación, por los denominados permisos de rodaje, si bien la concesión de los mismos se sigue fiscalizando, esta vez por la Junta Superior de Orientación Cinematográfica, con criterios similares a los que se barajaban para las anteriores licencias.

Otra normativa importante es la que se refiere a la cuota de pantalla. En una Orden del Ministerio de Industria y Comercio de 10-12-1941, se recogen reglas sobre protección del cine español y se constituye una cuota de pantalla que obliga a la proyección de una semana de cine español por seis de extranjero. (En 1944 se modifica el equivalente y se reduce a cinco semanas).

Resulta igualmente relevante la creación en 1941 del CIRCE (Círculo cinematográfico español) que lleva a cabo una íngente labor de difusión cultural, y que incluso crea su propio festival del cine documental. Es importante sobre todo la creación de un importante archivo bibliográfico. Y en términos parejos la del Circulo de escritores cinematográficos en 1945.

También debe resaltarse la aparición del NODO en 1942, por orden de 17-12. a través del cual existe un medio de información del Régimen con destino al gran

público, que inicialmente se encuadra dentro de la Vicepresidencia de Educación Popular (por aquel tiempo reducto falangista). Este noticiario se configura con carácter exclusivo, y lo más importante por lo que de hecho suponía para la crisis del cine documental en España (que había adquirido cierta importancia en la década anterior) era que ningún operador no perteneciente al NODO podía en España y Colonias ejercer labor documental o realizar reportajes cinematográficos, lo que suponía dejar en poder del estado la información cinematográfica.

En el aspecto positivo debe destacarse en 1947 la creación por Orden de la Subsecretaría de Educación Popular del Instituto de Investigaciones y Experiencias cinematográficas, centro destinado a la formación técnica de futuros miembros de la Industria, con un importante elenco de profesionales destinados a actividades docentes. Entre ellos por ejemplo Carlos Serrano de Osma (como director) o Luis Marquina (de producción)

## **Las Películas**

En el haber de CIFESA es donde deben apuntarse el mayor número de éxitos de la Producción española en la década de los cuarenta. Nacida en los años de la República, en concreto en 1932, en esta década acaba por convertirse en la productora más importante del país, reinado que no cederá hasta mediados los cincuenta. Adaptada prontamente al sistema de los estudios americanos con una importante plantilla artística y técnica fija, y con propensión a la creación de un sistema de estrellas español, se caracterizó como también sus homónimos americanos por una producción popular, dirigida a las masas e ideológicamente conservadora, propiciando valores como la patria o la fe católica. Ello les granjeó el favor del Régimen franquista y les favoreció la explosión empresarial en un sistema como el descrito anteriormente. No obstante lo cual resulta obligado resaltar las bondades intrínsecas de buena parte de su producción. En esta década por ejemplo alumbrarían films como *El último husar* (Luis Marquina, 1940), *La gitanilla* (Fernando Delgado, 1940), *El hombre que se quiso matar* (Rafel Gil, 1942), *Huella de Luz* (Rafel Gil, 1942), *Viaje sin destino* (Rafel Gil 1942), *Eloisa está debajo de un almendro* (Rafel gil 1943) *La culpa de otro* (Ignacio F Iquino, 1942), *El fantasma y Doña Juanita* (1943, también de Rafael Gil), *El clavo* (Rafael Gil, 1944), *El escándalo* (J L Saenz de Heredia, 1943), *Deliciosamente tontos* (Juan de Orduña, 1943) *Locura de amor* (Juan de Orduña, 1947), *Nada* (E Neville, 1947) *Don Quijote* (Rafel Gil, 1948)

Pero hubo otras productoras que configuraron pese a todo una buena década para el cine español, como CEA quien proporciona dos de los mayores éxito



de estos años, Los últimos de Filipinas (Antonio Román, 1945) y Fuenteovejuna (Román 1946) y la de Cesareo Gonzalez, SUEVIA FILMS (entidad que aún se mantiene) que produjo títulos como Polizón a bordo (Florián Rey, 1941) y Campeones (Ramón Torrado, 1942) y cuya importancia posteriormente va a ser grande al recoger el testigo de CIFESA, lo que evidencia el giro de los tiempos, al sustituir en buena medida la grandilocuencia y el alto coste de las producciones de la primera, por el aspecto puramente comercial de la segunda. Otros títulos importantes durante esta década de Suevia son El abanderado (Eusebio Fernandez Ardavin, 1943) La pródiga (Rafel Gil, 1945) y La fé (Rafel Gil, 1947)

Finalmente debe considerarse la actividad de emprendedores y francotiradores como Lloveta Gracia (Vida en sombras, 1948) o Edgar Neville (La vida en un hilo, 1945; La torre de los 7 jorobados, 1944; Domingo de carnaval, 1945, El crimen de la calle Bordadores, 1946) y Carlos Serrano de Osma con títulos como Abel Sanchez, 1946 y Embrujo 1948.

Debe también mencionarse la producción Raza (José Luis Saénz de Heredia, 1941), por lo que ideario significara para otras posteriores producciones cinematográficas al implicar el ideario filmico del Régimen, no en vano tras el nombre de su guionista y argumentista, Jaime de Andrade se hallaba el propio Francisco Franco donde hacía un relato novelado de la vida de su propia familia, y a la postre falso, y la producción corría a cargo del denominado Consejo de la Hispanidad.

## LOS CINCUENTA

### La consolidación del Régimen

El 16-7-1952 por Orden del Ministerio de Comercio y del Ministerio de Información y Turismo, se vuelve a reordenar el sector. La orientación es aparentemente más económica y promocional. Y así al apoyo económico tradicional a la producción española se añade una subvención a la distribución en el exterior de las películas españolas o en régimen de coproducción, con un premio en proporción a las divisas obtenidas.

Respecto de las ayudas (a fondo perdido) son concedidas por la Junta de Clasificación y Censura de Películas Cinematográficas en virtud de dos criterios fundamentales: su calidad según propio criterio de evaluación de la Junta y su coste de producción basado en la propia declaración del productor. Los films se dividían en tres categorías. A la primera se subvencionaba el 50 %, a la segunda

(Ay B) podían ser subvencionado con el 35 o el 40% del coste estimado de producción. A la tercera (Ay B) entre el 30 y 25 %. Finalmente había otra categoría final que no obtenía ninguna subvención.

Este sistema, en realidad era un sistema menos radical que el anterior, pero que apostaba claramente sobre el aliciente económico de los productores para orientar los asuntos y el modo de tratarlos que se representaban en pantalla, y ello con base en la experiencia de años pasados. Por tanto la orientación de la producción giraba preferentemente en atención al propio gusto de los integrantes de la Junta pues de ellos dependía la automática recuperación del 50% de la inversión. Consecuencia de ello es que las grandes inversiones se hacen al margen del público y de las evoluciones del propio fenómeno cinematográfico. Hay excepciones como los éxitos de películas como *Marcelino, Pan y vino* (Ladislao Vajda, 1954) y *El último cuplé* (Juan de Orduña, 1957) (un año entero de proyección en el cine Palafox de Zaragoza) que calan en el final destinatario del producto, pero la mayoría de películas apenas cubren los gastos con las propias subvenciones que obtienen.

En 1955 ante el fracaso económico de las medidas anteriores y con el fin de revalorizar la exhibición de cine español, se crea la cuota de distribución. Por Orden del 14-7-1955 se obligaba a las empresas distribuidoras a incluir en sus lotes de películas una de producción nacional por cuatro de las extranjeras. Y además la cuota de pantalla por dos OM de 11-8-1953 y 7-2-1958 en que se obliga a exhibir una película española por cada cuatro extranjeras.

Se intenta la búsqueda de una proyección exterior del Cine Español, y para ello se crea UNIESPAÑA, que toma como modelo el francés (Unifrance Films) en 1959 de modo oficial con una misión principal de edición y promoción del cine español en el extranjero.

Pero el medio de dar a conocer el Sector al exterior se lleva a cabo a través de las coproducciones, que hay que recordar también obtenían ventajas y ayudas gubernamentales. La primera aventura de este tipo viene de la mano de *Jack el negro* (con USA) codirigida por Julien Duvivier y Juan Antonio Nieves Conde, en 1950. La intervención alternativa de grandes nombres de la industria internacional y nacional unido a unas facilidades de rodaje que el Régimen va a publicar, va a ayudar la proliferación de estas películas, que en muchas ocasiones van a ser la auténtica tabla de salvaguardia de nuestro cine. En 1958 el número de coproducciones fue de 24 frente a un total de 75 producciones. Entre las más interesantes del período destacar por ejemplo *Mr Arkadin* (Méjico-francia-alemania.) de Orson Welles, 1956; *El deseo y el amor* (Francia) de Heri Decoin, 1952 o *Aquel hombre de Tángen* (USA) de Robert Elwynn, 1954.

## Los resultados cinematográficos

La llegada del Neorrealismo italiano supone un auténtico cambio de orientación en el sector, toda vez que el coste de rodaje de este tipo de historias que además engarzan con el gran público, es menor, y en consonancia sirve de estímulo y de entrada en la Industria de jóvenes realizadores. Así en este período alumnos del denostado IIEC como Juan Antonio Bardem y Luis García Berlanga (*Esa pareja feliz*, 1951), Carlos Saura (*Los golfos*, 1958) o Antonio Eceiza (1960 día de paro cm) acceden por esta vía a la vida industrial con diferente éxito.

También la Industria tímidamente se apuntó al fenómeno con éxito, como es el caso de *Surcos* (1951) o *El inquilino* (1958), ambas de Juan Antonio Nieves Conde, *Mi tío Jacinto* (Ladislao Vajda, 1956) o *La vida por delante* (Fernando Fernán Gómez, 1958) o de extrañas, y en ocasiones sorprendentes muestras de puro cine negro, como las estupendas *El expreso de Andalucía* 1956 (Rovira Beleta, Apartado de Correos 1001 (Julio Salvador, 1950) o *El cerco* 1955 (Miguel Iglesias)

Pero el grueso de la producción se basaba en las propuestas de la década pasada que tan del gusto de los gobernantes había sido. Predominan por tanto las películas pseudohistóricas como *El Capitán Veneno* (Luis Marquina, 1950) o *Alba de América* (Juan de Orduña, 1951), o de fervor religioso como *El Judas* (Ignacio F Iquino, 1952) *Balarasa* (Nieves Conde 1950), *La guerra de Dios* (Rafael Gil, 1953) o *Marcelino Pan y Vino*, 1954 (Ladislao Vajda)

Florece igualmente el género folklórico, que ya en los años 30 había sido uno de los más apreciados por el gran público. Algunos obtienen gran éxito y todavía se recuerdan como *Violetas Imperiales* (Richard Portier, 1957), *María de la O* (Ramón Torrado, 1957), *¿Dónde vas Alfonso XII?* (Luis Cesar Amadori, 1958), *El último Cuplé* o *La violetera* (Luis Cesar Amadori, 1958), y otros con dispar fortuna y hoy olvidados ( *El emigrante*, Sebastián Almeida, 1958), *El cristo de los faroles*, Gonzalo Delgrás, 1957, *El rey de la carretera*, Juan Fortuny, 1954; *El ruiseñor de las cumbres*, Antonio del Amo 1956..)

Pero fue preferentemente la comedia, costumbrista o romántica donde se fraguó la conexión del cine español con su público, circunstancia esta que se prolongaría hasta bien entrados los setenta. Y así títulos como *El día de los enamorados* (Fernando Palacios, 1959), *Muchachas de Azul* (del propio Palacios, en 1957), *Ana dice sí* (Pedro Lazaga, 1957), *Un marido de ida y vuelta* (Luis Lucia, 1957) son precursoras aunque por reflejo de la propia tendencia existente por ejemplo en Italia o Estados Unidos (*Las chicas de Plaza de España* de Luciano Emmer, *Las Amigas de M Antonioni* o *¿Cómo Casarse con un millonario y Creemos en el*

amor de Jean Negulesco, por ejemplo) los que van a sentar las bases de la comedia española hasta dos décadas después.

Y al margen de todo ello queda la obra de cineastas incombustibles que de hecho han dejado prácticamente lo mejor del cine español del periodo, figuras como Edgar Neville (*El último caballo*, 1950; *Duende y misterio del Flamenco*, 1952; *La ironía del dinero*, 1955; *El baile*, 1959 y *Mi calle*, 1960), Luis García Berlanga (*Bienvenido Mr Marshall*, 1952; *Novio a la vista*, 1953; *Calabuch*, 1956), Juan Antonio Bardem (*Cómicos*, 1953; *Muerte de un ciclista*, 1955; *Calle Mayor*, 1957), Manuel Mur Oti (*Cielo Negro*, 1949; *Fedra* (1956), *Condenados* (1954), *Orgullo* (1955), Ladislao Vajda (*Añadir a Marcelino Pan y vino y Mi tío Jacinto* ya mencionadas, las magníficas *Carne de Horca* y *El Cebo*), Marco Ferreri (*El pisito*, 1958) y *El cochecito*, y ¿por qué no? al Jose María Forqué de *Amanecer en Puerta Oscura*, 1957.

## LA RENOVACIÓN DEL RÉGIMEN FRANQUISTA

Con el florecimiento económico y social, una vez superada la tensión del periodo de postguerra, parece existir un clima favorable para el desarrollo del cine español. Se hace evidente un cambio de estrategia desde el ámbito administrativo, que se va a abordar con cierto aire reformista a través del Ministerio de Información y Turismo de Fraga Iribarne y de la DG Cinematografía y Teatro de García Escudero con un importante paquete de medidas con resultado diverso.

La primera de las reformas parte de la nueva configuración del IIEC que pasa en 1962 a llamarse Centro Oficial de Cinematografía con una intención clara de potenciar la creación de profesionales aptos para la Industria. Se considera un centro experimental que ya no va a depender del Ministerio de Educación sino del de Información y Turismo que va a dotarlo de un mayor presupuesto, en el que no sólo se van a verificar enseñanzas teóricas, sino un programa tutorial de prácticas. El Centro funcionó bien hasta que las dificultades con que se encontró el sistema diseñado a fines de la década y comienzos de la siguiente prácticamente lo hicieron inoperativo. No obstante hay que reconocer que entre 1962 y 1967 por ejemplo, 46 nuevos realizadores accedieron a través del Centro al Cine Español, y que realizaron en ese periodo 86 películas, constituyendo el que vino a llamarse Nuevo cine español (Del mismo modo que se hablaba del movimiento de la Nouvelle Vague en Francia o del Nuevo Cinema Brasileiro en Brasil)

En 1963 se establece un Código de Censura, que al menos va a significar no estar en principio sujeto a decisiones arbitrarias, pues se fija los límites entre lo

que se tiene permitido y no, aunque se mantiene la censura previa y el control económico del producto.

Pero el cambio principal tiene lugar en 1964 por el que se regulan las ayudas a la producción. Se establecen básicamente dos tipos de ayuda. El primero se generaliza prácticamente y afecta al 15 % de los ingresos brutos en taquilla durante los 6 primeros años de explotación. El segundo afecta a las películas denominadas de interés especial, según criterios de valoración artística, que alcanzan hasta un 40%, que aún pueden suponer un 10 % adicional si se obtuviere cualquier premio o galardón en un festival cinematográfico. Estas ayudas tienen el interés adicional de que se financian a través de un fondo que se obtiene del gravamen de taquilla (un 5 % del precio de la entrada) así como de las tasas por doblaje que se imponen.

Por vez primera, en 1965 se establece un Control de Taquilla, si bien a la postre se mostró poco efectivo, pero era un primer paso para poder determinar los reales ingresos del sector.

Y respecto de la cuota de pantalla, en 1967 se previó la exhibición de una película española por cada tres de nacionalidad extranjera. (Desde 1958 la cuota preveía una película española de cada cuatro)

Respecto de la distribución se mantiene la cuota existente (1 de cada 4) pero se estimula la distribución de cine patrio mediante la concesión de permisos de doblaje. Ello consideraba no gravadas las películas no dobladas, esto es subtítuladas que se exhibían.

Si a ello se une la creación en 1967 de las denominadas Salas de Arte y Ensayo (en que se van a proyectar buena parte de las películas extranjeras sin doblar), la potenciación de un cine infantil, a la que por lo menos hay que apuntar la creación del Festival de Gijón, y una atención a los cineclubs, hay que concluir que la iniciativa en principio fue bien recibida.

Ello tiene una consecuencia importante y es cierto desarrollo de un cine comercial, de una cierta industria, necesaria para poder acceder a las ayudas que funcionan sobre el rendimiento comercial obtenido. De otro lado quienes quieren apostar por un cine de calidad, pueden intentarlo ya que el Gobierno les respalda (dependiendo de la obtención de la calificación) con la obtención de una importante ayuda. El suplemento de la ayuda por galardón hace que los profesionales busquen el acceso a festivales, que además les suponen un extraordinario modo de promoción, lo cual va a incidir normalmente en los realizadores recién llegados, como Miguel Picazo, Carlos Saura, Angelino Fons, Mario Camus, Jaime Camino, Francisco Regueiro, Claudio Guerin, Victor Erice, Pedro Olea, Basilio Martín Patino...

De las 70 películas al año de media en los años 50, la producción en 1966 pasa a ser de 164. No obstante el panorama no estaría completo sin contemplar el auge de las coproducciones que partiendo de la experiencia anterior se duplican, hasta alcanzar el año 1966 el número de 97, esto es poco más del 60% de la producción total. La importancia del fenómeno de las coproducciones fue esencial para el despegue del cine español, así como las facilidades dadas por el Gobierno para el rodaje y establecimiento de productoras de capital extranjero en nuestro país, como fue el caso del famoso Samuel Bronston, que estableció su breve imperio a las afueras de Madrid entre 1959 y 1966, hasta que el mismo se derrumbó tras el fracaso de sus dos últimas producciones, *La caída del imperio romano* (Anthony Mann, 1964) y *El fabuloso mundo del circo* (Henry Hathaway, 1965)

Las medidas pues resultan eficaces, pero curiosamente, al no prever que la demanda nacional pudiera absorber tal volumen de títulos y no tener bien fijados los canales de distribución internacional, el Fondo para las Ayudas viene a resultar insuficiente para atender las propuestas que debe amparar, lo que hace que el modelo resulte agotado a principios de los 70.

Paralelamente al fenómeno renovador en general, se observa focos de renovación también a nivel local, y más concretamente en la ciudad de Barcelona, que hay que recordar nunca había dejado de ser un foco importante dentro de la actividad cinematográfica industrial en nuestro país. Había varias productoras que tenían su sede en Barcelona y alrededores, y gran parte de sus películas se habían rodado allí, dando lugar a una industria si se quiere menor y paralela.

Lo que hace más específico este movimiento es la radicalidad de sus propuestas, mucho más libres formalmente que sus homólogos mesetarios, los integrantes, de esta llamada Escuela de Barcelona, y su ausencia de dependencia del sistema de protección estatal. La propia radicalidad de la propuesta conllevó el final de la misma, pero quedó como un intento loable, que por otro lado algunos de sus miembros perpetraron a lo largo de buena parte de su carrera. (Joaquín Jorda, Pere Portabella)

### **El auge de los géneros**

Si hay algo que puede sintetizar el cine de este periodo es su adscripción a los códigos populares. El grueso de la producción se orienta hacia la comedia, el musical, el drama, el cine de aventuras, el bélico, el western o al policiaco. Hay multitud de ejemplos de ello. Por ejemplo de entre las primeras cabe mencionar el éxito de producciones tales como “*La niña de luto*” (Manuel Summers, 1964), *Las chicas de la Cruz Roja* (Rafael J Salvia, 1958) *La gran familia* (F Palacios,

1962) Atraco a las 3 (Jose María Forque, 1963), Plácido (J L Berlanga, 1961), El verdugo (JL Berlanga, 1963) Maribel y la Extraña familia y Las que tienen que servir (ambas de Jose María Forque, de 1965 y 1966), La ciudad no es para mí (Pedro Lazaga, 1965) o No desearás al vecino del quinto ,uno de los mayores éxitos de la década, de Ramón Fernández, 1970.

Entre las musicales cabe recordar, Un rayo de luz (Luis Lucia, 1963), Zampo y Yo (Lusi Lucia, 1964), la propia Fray Escoba (también de Lucia), Digan lo que digan (Mario Camus 1968 o Los chicos con las chicas (Javer Aguirre, 1967) por citar algunos ejemplos variados.

Hubo dramas como La tía tula (Miguel Picazo), Young Sanchez (Mario Camus, 1963), El mundo sigue (Fernando Fernán Gómez, 1964) La caza (Carlos Saura, 1963) ,La busca (Angelino Fons), Campanadas a medianoche (O Welles, 1967) La Regenta (Gonzalo Suarez, 1973) o Furtivos (Jose Luis Borau, 1975)

También deben recordarse aventuras como Llanto por un bandido (Carlos Saura, 1962) Estambul 65 (Antonio Isasi, 1964) Tres sargentos bengalíes (U Lenzi, 1966), El último mohicano (Harald Reinl, 1966) El tigre del Kyber (JL Merino, 1971) o El faro del fin del mundo (K Billington, 1971), la mayoría de ellas en régimen de coproducción.

Y hay films de terror como Gritos en la noche (Jesús Franco, 1962) La residencia (Narciso Ibáñez Serrador, 1969) Pánico en el transiberiano (Eugenio Martín, 1971), La novia ensangrentada (Vicente Aranda, 1972) No profanar el sueño de los muertos (Jordi Grau, 1973).

Entre los films bélicos se pueden destacar 55 días en Pekín (N Ray, 1963), El Cid y La caída del imperio romano (Anthony Mann, 1963 y 1964), Tierra de Todos (Antonio Isasi Isasmendi, 1963) Posición avanzada (Pedro Lazaga, 1964) El último día de la guerra (Juan Antonio Bardem, 1967), o La araucana (Julio Coll, 1971)

Hubo westerns, alguno de ellos como La muerte tenía un precio (Sergio Leone, 1965), la película más taquillera del cine español. Pero hubo otros incluso anteriores a la propia trilogía de Sergio Leone, que se presupone como el acta fundacional del género del eurowestern, como los estupendos El sabor de la venganza y Antes llega la muerte (ambos de Joaquín Luis Romero Marchent, 1963 y 1964). Cabe también citar Por un puñado de dólares (Sergio Leone, 1964), , Brandy (Jose Luis Borau, 1964), El precio de un hombre (Eugenio Martín, 1966) 7 pistolas para los McGregor (Franco Giraldo, 1969) o Diango (Sergio Corbucci, 1968)

Dentro del género policiaco hay que destacar producciones como *Los atracadores* (Rovira Beleta, 1963) *Ensayo general para una muerte* (Julio Coll, 1963), *A tiro limpio* (Perez Dolz, 1964) *Crimen de doble filo* (Jose Luis Borau, 1966), *Culpable para un delito* (José Antonio Duce, 1967), uno de los escasos proyectos de la productora aragonesa Moncayo Films, *Las vegas 500 millones* (Antonio Isasi, 1967), o *Hay que matar a B* (Jose Luis Borau, 1973)

Finalmente destacar algunos títulos tan inclasificables y tan emblemáticos como *Viridiana* (Luis Buñuel, 1961) *El extraño viaje de Fernando Fernán Gomez*, 1964, *9 cartas a Berta* (Basilio Martin Patino, 1967), *Tristana* (Buñuel, 1969) *Pim, pam pum, fuego* (Pedro Olea, 1975) o *El espíritu de la colmena* (Víctor Erice, 1973)

## LA TRANSICIÓN

### La cobertura legal

La mala situación que el agotamiento del sistema anterior había propiciado, unido a la falta de actuación durante el periodo originó una situación preocupante, con un cine español muy entroncado con unos géneros populares con un nivel artístico muy devaluado. Si a ello añadimos una nueva competencia como era la llegada del video doméstico hay que concluir que la situación era preocupante. No obstante existieron importantes avances, como la derogación de la censura y de la figura de los permisos de rodaje.

En la época de la transición, la Industria cinematográfica española pasó a regirse inicialmente por el D-ley de 11-11-1977, que tildado de nefasto por su falta de proteccionismo respecto del Cine español, tuvo que ser prontamente rectificado por otro posterior de 6-6-1980.

En 1977 se volvió al sistema de la subvención automática del 15 % recaudado en 5 años y la cuota de pantalla se estableció de 2 a 1. (En 1980, tres a 1), se promovió la figura del cortometraje. (La supresión del NODO en 1978 hizo que muchos de ellos, durante un periodo con carácter obligatorio actuaran de complemento del largometraje en las salas de exhibición lo cual conllevó a una demanda de aquéllos, aunque esta exigencia se cubrió en buena parte por cortos de promoción turística de dudoso interés)

Se crearon las salas especiales “S”, dirigidas a la proyección de películas que por su contenido o imágenes pudieran herir la sensibilidad del espectador, y se promovió una más estrecha colaboración con TVE, que sin embargo no dio los frutos pensados hasta mucho después.



Y también entra en juego el apoyo institucional periférico a través del proceso autonómico, que conlleva la aparición de nuevos realizadores y de una nueva temática, principalmente en Galicia, País Vasco y Cataluña.

### **La situación industrial**

La escasez de medidas iniciales, y los errores cometidos, condujo a una situación problemática. Debido al éxito del fenómeno del destape, que permitía al menos obtener un prudente éxito de taquilla, entre otras cosas, los géneros populares sufren una simplificación importante, lo cual renta a los productores, que así reducen el alcance de sus propuestas argumentales y artísticas, lo cual era importante por el alto incremento del coste de las producciones originado a partir del año 1976. Ello originó una mayor dependencia estatal que en la década anterior y buenas partes de las producciones dependían exclusivamente de la subvención pública.

Como la distribución seguía en mano de las grandes compañías extranjeras, y la exhibición, por la gran competencia de la televisión y el video, veía reducido su aforo, y el número de sus salas, la situación industrial distaba de ser halagüeña, pese a que jamás, ni siquiera en tiempos de la I República se había dispuesto de tanta libertad de creación. En el período de 1977 a 1982 el número de salas en España se redujo prácticamente a la mitad.

Quizás hubiera durante este periodo una excesiva radicalización de las propuestas. Entre un cine, identificado con el Régimen anterior, de apoyo masivamente popular, estigmatizado por unos, denostado por otros, y un cine extremo en sus propuestas formales y conceptuales, despreciado por unos, alabado de modo minoritario por otros, no existía una base media importante donde una Industria pudiera asentarse, en un período en que curiosamente ver películas (pero en otros formatos) va a ser una de las formas de ocio preferidas. La búsqueda precisamente de ese punto medio, con todo lo que ello conlleva, pues al fin y al cabo las medidas tendentes a tal fin pueden representar una merma de posibilidades económicas para acceder a realizar propuestas más arriesgadas, va a ser el objetivo de la etapa posterior a 1982.

### **Las películas**

Resulta curioso que en un momento tan convulso como el de la Transición española, y que a nivel industrial supuso una marcha atrás, sin embargo coexistieran propuestas tan alternativas como de hecho se dieron, y por tanto a nivel

filmico el período fuese tan rico en resultados. Quizás a ello no fuera ajeno como ya se ha expuesto la coexistencia dentro de la profesión tanto de los viejos realizadores, de aquellos que provenientes de las Escuelas Oficiales, comenzaron a despuntar en la etapa anterior, y de los que al albur de los nuevos tiempos se deciden al acceso al sector, tanto desde el núcleo de la Industria (Madrid y Barcelona) como desde la periferia.

Y así nos encontramos con propuestas tan asentadas en el cine anterior (remozadas con un chusco erotismo) como Alcalde por elección (Mariano Ozores, 1976), Los chulos (Ozores, 1981) Vota a Gundisalvo (Pedro Lazaga, 1977) Hijos de papá (Rafael Gil, 1980) Niñas, al salón (Vicente Escrava, 1977), La lozana andaluza (También de Escrava, 1976), La trastienda (Jorge Grau, 1975) Perros callejeros (Jose Antonio De la Loma, 1976), y propuestas tan radicales de renovación tanto a nivel formal como a nivel de contenido como las de Arrebato (Ivan Zulueta, 1979) Toque de queda (Iñaki Nuñez, 1978), Operación ogro (Gillo Pontecorvo, 1979), El proceso de Burgos, La fuga de Segovia (Imanol Uribe, 1979 y 1981), Con uñas y dientes (Paulino Viota, 1978), 7 días de Enero (también de Bardem, 1981), La ciudad quemada (Antoni Ribas, 1976) Gulliver (Alfonso Ungría, 1976) La otra alcoba (Eloy de la Iglesia, 1976), Los días del pasado (Mario Camus) Camada negra, Sonámbulos, El corazón del bosque (Manuel Gutierrez Aragón, 1976, 1977 y 1978), Elisa vida mía (Carlos Saura, 1976) El desencanto (Jaime Chavarrí, 1978) Ocaña, un retrato intermitente (Ventura Pons, 1978), El asesino de Pedralbes (Gonzalo Herralde, 1978) o, La sabina (J L Borau, 1979) La siesta (Jordi Grau, 1980) o Pepi, Luci, Bom y otras chicas del montón (Pedro Almodóvar, 1981) y Opera Prima (F Trueba, 1980) en el ámbito de la comedia

Ello no obsta para que algunas de las primeras fueran fracasos en taquilla, y alguna de las segundas, grandes éxitos.

Pero debe atenderse también a la existencia de un cine evolucionado, pero a su vez menos arriesgado a nivel formal, por el que se va a apostar a continuación en la etapa socialista, y que puede incluir títulos de indudable éxito en su tiempo como Las largas vacaciones del 36 (Jaime Camino, 1977), Retrato de familia (Antonio Gimenez Rico, 1976), La ciudad quemada (Antoni Ribas, 1976), Pascual Duarte (Ricardo Franco, 1976) La guerra de papá (Antonio Mercero, 1977), La escopeta nacional (JL Berlanga, 1977) Cría cuervos (Carlos Saura, 1975) Un hombre llamado Flor de Otoño (Pedro Olea, 1977), Parranda (Gonzalo Suarez, 1976), La muchacha de las bragas de oro (Vicente Aranda, 1979), Asesinato en el comité central (Vicente Aranda, 1981)...

## **EL PERIODO SOCIALISTA**

### **Del Real Decreto de 12-1-84 al Decreto Semprún. (1989)**

Tras ganar las Elecciones de Octubre de 1982 y el Triunfo del P.S.O.E. es nombrada Pilar Miró como Directora General de Cinematografía (12-12-82). Desde su acceso al cargo la dirección del mismo estuvo repleta de iniciativas tendentes a reubicar el sector (RD de 28-12-1993 que anuncia medidas muy próximas al modelo francés de relaciones entre Cine y Administración), sobre todo en un intento de conquista o afianzamiento de nuevos mercados para el cine español en el exterior. (Las semanas o certámenes de cine español en diversos lugares como Estados Unidos, Argentina, Francia...), especialmente en Latinoamérica. Se procedió a la eliminación del anagrama “ S” que de poco había servido (por RD de 27-4-1983) e incluso había condenado a cierto ostracismo películas autorales como el “Saló” (P P Passolini) o El imperio de los sentidos (N Oshima). A partir de entonces el anagrama que comenzó a funcionar es el X destinado a películas “hardcore”, destinadas a salas especiales de proyección sin ningún tipo de protección o ayuda pública y con mayores cargas fiscales, con precios de taquilla superiores en un 50 % respecto de las proyecciones en salas normales. En Febrero de 1984 comienzan a funcionar las primeras salas X en el país.

De especial trascendencia durante este periodo es la relación que se establece entre la Dirección General y la RTVE (medio que Pilar Miró conocía muy bien por provenir del mismo). Con base en modelos ingleses, franceses o italianos (BBC, France 2 o RAI), se viene a asegurar el pase regular de películas españolas por el medio televisivo (Octubre de 1983) así como de inversiones de capital de la televisión en films mediante la anticipación de los derechos de emisión, que acrecienta la apuesta iniciada por la UCD durante su mandato.

Igualmente se intenta con dispar fortuna poner algo orden en el caótico maremagno de la proliferación de festivales cinematográficos en España. Y en este sentido se intenta proteger aquellos que a juicio de la Administración pueden suponer un mayor interés como proyección al exterior de la cinematografía española, caso muy claro el de San Sebastián o el de Hueva (de cine iberoamericano)

Finalmente se aborda la regulación de la actividad industrial, con medidas tildadas por sectores de la industria como excesivamente proteccionistas que atentaban contra del libre mercado. (Era la tesis de distribuidores y exhibidores) No obstante hay que exponer que la iniciativa generó una importante dinámica, hasta entonces desconocida, que arrojó datos muy preocupantes, como la indiferencia total del público hacia el cine que se estaba realizando en España, no sólo el internacional, sino el de aquél a quien iba dirigido. El 95 % de las películas

producidas pasaban sin pena ni gloria, muchas de ellas ni siquiera llegaban a estrenarse, gran parte de ellas, solo lo hacían en Madrid o Barcelona, y muy pocas alcanzaban más de una semana en cartel. En 1982 la cuota del cine español era del 23 % en el mercado español (Todavía las cosas como se verá eran susceptibles de empeorar) y un 2% en el mercado comunitario.

El 12-1-1984 se publica el RD de Protección de la cinematografía española que introduce importantes novedades sobre aspectos como las cuotas de distribución y de pantalla, o subvenciones a la producción.

Las ayudas a la producción pasan a ser anticipadas y en razón de los ingresos en taquilla que se obtengan (Se intenta de este modo de frenar propuestas que vayan en contra del público) y que en principio (con un importante aumento cuantitativo) son del 15% sobre los rendimientos brutos de taquilla, con una posibilidad de alcanzar el 25% si se trata de películas de especial calidad, catalogación que corresponde a la Subcomisión de Valoración Técnica de la Comisión de Calificación de Películas Cinematográficas (Suena a otras épocas, y de hecho va a conducir a parejas consecuencias y será foco de numerosas críticas por “amiguismo”)

Se van a favorecer también las altas producciones, pues aquellas películas cuyo coste sea superior a los 55m pueden beneficiarse de una subvención adicional hasta del 25 % del coste total.

Se establecen eso sí, una prelación de fomentar determinado tipo de cine, se expresa el de calidad (a través de los criterios subjetivos de la mencionada Subcomisión), de jóvenes realizadores, infantil y experimental y en atención al rendimientos de anteriores films si los hubiera.

Se pretendió, creo que con éxito un recambio generacional y el cultivo de un tipo de cine hasta entonces inexistente (infantil y experimental).

En materia de la cuota de distribución, la norma viene a reducir de 5 a 4 las licencias de doblaje por cada película española que se acredite tener contratada para su distribución en España. No obstante lo cual el doblaje podrá verificarse en cualquier idioma oficial en el país. Pero estas licencias se escalonan. La primera viene a ser sólo por la existencia de la misma para ser distribuida, y a partir de allí el otorgamiento de la 2, 3 y 4, dependerá de la obtención de ingresos en taquilla de 30, 60 o 100 millones. Con anterioridad estas licencias se obtenían con ingresos de 20,30 y 85. Esta medida pone a exhibidores y distribuidores en contra de la norma.

Se establece igualmente una cuota de pantalla obligatoria de un día de cine español por tres de cine extranjero doblado (Se dejan libre la exhibición y distri-

bución de cine en versión original) siempre y cuando las películas españolas han de tener cuatro de años máximos de antigüedad ya que caso contrario la proporción es de uno por uno. En este punto la norma viene a ser conservadora con la situación anterior.

Los efectos de la nueva actuación administrativa, pese a las esperanzas que crearon, deben tildarse de moderados.

La situación en el campo de la distribución y exhibición no sufrieron cambios importantes, e incluso en la actividad de la producción hubo una cierta caída o regresión (no hay que olvidar que prácticamente se penalizaron las producciones populacheras que habían sido una de las bases industriales de producción desde los años 60, y por mucho que tales producciones pudieran tildarse de bochornosas, lo cierto es que servían para recuperar las inversiones de otro tipo de actividades cinematográficas), sin embargo la apuesta por un cine-bloque de mayor calidad, tuvo su recompensa en una mayor presencia del Cine español en el extranjero, bien promocionado a través de festivales específicos de apoyo al mismo, incluso en el exterior, lo cual con posterioridad dio lugar dentro del periodo de mandato de Fernando Mendez Leite en el ICArtesAudiovisuales (que venía a hacerse cargo de la Dirección General de Cinematografía) a los denominados “años dorados del cine español”.

Durante este periodo, con la entrada de España en la CEE se fijó una nueva cuota de pantalla en que se sustituía por imposición de la nueva situación, la exigencia de exhibición una película comunitaria por dos de otra nacionalidad.

En 1989, el polémico Decreto-Semprún (bajo el mandato en el Ministerio de cultura de Jorge Semprún) se introdujeron ayudas a la producción y exhibición, que eran los sectores más díscolos (Hubo una huelga de exhibidores), vía fiscal para estimular la producción, y se estableció un control de taquilla vía informática.

Se trató con estas medidas de potenciar la Industria, y apartarla un tanto de la cobertura de la Administración Pública, fomentando la inversión privada, y así se potenciaron medidas de fomento con entidades financieras privadas. Las ayudas por recaudación se mantuvieron en el 15%, pero se limitaron. En primer lugar se condicionaron a la exhibición de la película, y por otro lado actuaban de máximo, siempre sobre films que se catalogaran como de interés especial, y con un máximo de 10 ayudas anuales.

Las ayudas por proyecto se mantenían pero en atención más al proyecto financiero. Se trataba de una especie de estudio de viabilidad de la propuesta.

Eso sí se desarrollaron ayudas al guion como novedad, manteniendo las ayudas al cortometraje y a la exhibición y distribución de cine europeo.

## **La respuesta de la industria**

Como ya se ha reseñado, curiosamente la situación industrial en España, no mejora pese a que los resultados objetivizados de la producción española, sí lo hacen. Se consigue un cine español más que digno en cuanto a resultados, pero la Industria del cine se resiente. Y ello creo que es debido a dos medidas, que en su momento fueron bien recibidas en general, cuales eran la potenciación de un cine de calidad y las ayudas o subvenciones a las producciones de gran presupuesto. La primera medida porque despreciando el cine popular se produjo un distanciamiento del destinatario natural, el público español, con los productos que se le presentaban, pasando el cine español a ser un cine de minorías elitistas, y la segunda por cuanto ello promovió una cierta picaresca de artificial sobrecoste en las producciones para alcanzar el límite de los 55 millones de pesetas, que generó una tendencia inflacionista en los presupuestos de los films, que encareció aún más el coste medio de producción, por lo que en gran parte de las ocasiones no se recuperaba la inversión.

En el ámbito de la distribución se redujo a cuatro el número de licencias de doblaje por cada título español, condicionando la última a unos rendimientos en taquilla del film español superiores a 100 millones de pesetas.

Para la exhibición por el contrario la cuota de pantalla se extendió a 1 película española por tres extranjeras, medida que en buena parte se debió incluso al problema de no encontrar títulos que cubrieran la anterior cuota por el descenso de la producción.

La entrada en la CEE complicó aún más el panorama, pues bajo pabellón comunitario, tuvieron la misma protección de exhibición y distribución que el cine español, películas de Hollywood, como Instinto básico (Paul Verhoeven, 1992, bajo pabellón holandés), que además pudo acceder a las ayudas y subvenciones para la exhibición y distribución de películas comunitarias que promovió el Ministerio de Cultura.

## **Los resultados**

Como se ha expuesto durante este período fundamentalmente se apuesta por un cine “de calidad” que tiende hacia una caligrafía en sus propuestas, generalmente con base literaria, lo cual a mi juicio afectó seriamente a la variedad de propuestas tanto temáticas como formales que se abordó en el período anterior. Si bien puede hablarse de que la calidad media mejoró, para mi gusto ello conllevó un adocenamiento en gran parte de las producciones de la época, con un anodino

ritmo de serie televisiva, que finalmente condujo de nuevo a un distanciamiento del cine español con su público, a salvo en el terreno de la comedia, que supo adaptarse con gran acierto a los nuevos gustos del público, que prácticamente había visto desaparecer del mercado los tradicionales géneros de raigambre popular. Ello originó que el periodo comprendido entre los años 1988 a 1994 presentara uno de los peores resultados económicos del cine español.

Películas como *Bearn, la sala de las muñecas* (Jaime Chavarri, 1986), *La colmena* (Mario Camus, 1982), *La plaza del diamante* (Paco Betriu, 1982) *Los santos inocentes* (Mario Camus, 1984), *La casa de Bernarda Alba* (de nuevo Camus, 1986) *Sangre y arena* (Javier Elorrieta, 1989), *Tasio* (Montos Armendáriz, 1984), *El caso Almería y Redondela* (Pedro Costa, 1983 y 1986), *Matar al Nani* (Roberto Bodegas, 1988) *27 horas* (Armendáriz, 1989) son ejemplos de este tipo de cine.

No faltan por el contrario otros films que con sustracción del sistema de producción se apartaron del modelo de caligrafía televisiva para dar lugar a resultados notables en *Las bicicletas son para el verano* (Jaime Chavarri, 1986) *La mitad del cielo* (Gutierrez Aragón, 1986) *Fanny Pelopaja*, *Tiempo de silencio*, *Si te dicen que caí* (Vicente Aranda, 1983, 1986 y 1989), *la muerte de Mikel* (Imanol uribe, 1983) *El viaje a ninguna parte* (Fernando Fernán Gómez, 1986) *El bosque animado* (Jose Luis Cuerda, 1987) *La ley del deseo* (Pedro Almodóvar, 1987) *la blanca paloma* (Juan Miñón, 1989) o *El año de las luces* (Fernando Trueba, 1986)

En el ámbito de la comedia sin embargo es donde mejor se conciertan las distintas tendencias que esbozadas anteriormente vienen a coincidir en el tiempo durante este periodo. La riqueza de variantes abarcan desde las propuestas más cercanas a la movida madrileña (las propuestas de Colomo y Almodóvar) hasta la recuperación de clásicos recalcitrantes (Berlanga) o la aparición de nuevos realizadores devotos del género (Fernando Trueba). Y así se suceden éxitos como *Se infiel y no mire con quien* (F Trueba, 1985) *La Vaquilla* (Berlanga, 1985), *La vida alegre* (Fernando Colomo, 1987) *Mujeres al borde de un ataque de nervios* (Pedro Almodóvar, 1988) *Bajarse al moro* (F Colomo, 1988) *Amanece que no es poco* (Jose Luis Cuerda, 1988)

Y al margen de todo ello las propuestas más arriesgadas, empeño de auténticos francotiradores en la industria, como *Río Abajo* (Jose Luis Borau, 1984), *Padre nuestro y Diario de invierno* (Francisco Regueiro, 1985, 1988) *Mambro se fue a la guerra* (Fernan Gómez, 1986), *Tras el cristal* (Agustí Villaronga, 1986) *Remando al viento* (Gonzalo Suarez) *Los motivos de Berta* (JLGuerin, 1983) *Pont de Varsovia* (Pere Portabella, 1989) o la estupenda *El sur* (Victor Erice, 1986)

## De 1989 a 1996

El período de Semprún al frente del Ministerio de Cultura fue bastante tormentoso al menos en lo que al sector del cine se refiere. Nada menos que tres directores tuvo el ICAA (Mendez Leite, Miguel María y Enrique Balmaseda) en menos de tres años. Su abandono además se produce cuando existe una proyecto de ley de bases que regulara el sector, y que desaparece con su salida del ministerio en 1991. Con la llegada de Solé Tura, de nuevo llega el relevo en el ICAA, esta vez a cargo de Juan Miguel Lamet. Y de nuevo en 1992 hay otro baile de cuotas de pantalla y de distribución que sería anulado por el Tribunal Europeo de Justicia, en 1993 al marginar los films europeos respecto de los españoles. En la renovación ministerial de 1993 se hizo cargo Carmen Alborch del Ministerio de Cultura.

En este periodo de tiempo, hay un problema acuciante al que enfrentarse, cual es la firma del GATT, que amenaza con la retirada de todas las barreras de protección para el sector audiovisual. La lucha se hace conjunta por varias cinematografías, especialmente la francesa, con la que sintoniza la postura del Gobierno español.

Tras siete años de conversaciones y tiras y afloja, la Ronda de Uruguay sobre acuerdos aduaneros hacía saltar las alarmas del mundo cultural europeo, sobre todo en Francia. Se acuña el término de excepción cultural para evitar la catástrofe que supondría la invasión de las salas europeas por las *majors* americanas. Y en ese contexto deben entenderse las medidas de la última época de los Gobiernos de González.

En el Decreto 19/93 se aprueban una serie de medidas de protección para el sector, pero la aprobación del GATT, hace que la propuesta sufra una transformación y tras varios intentos de consenso, todo ello plasma en la Ley 17/94 de Protección y Fomento de la cinematografía.

Las ayudas más o menos se mantuvieron en semejantes términos aunque se potenció de nuevo los films de jóvenes realizadores (menos de tres largos)

La cuota de pantalla quedó fijada en un día de exhibición de película comunitaria por cada tres, y se hizo más efectivo el control de taquilla

Los resultados se hicieron esperar demasiado, pues como ya se ha expuesto los primeros años de mandato de Alborch coincidieron con una de las más graves crisis del cine español, a lo cual no es extraño el colapso de RTVE con quien en años anteriores se habían celebrado sustanciosos acuerdos inversores, y que la llegada de las Televisiones Privadas había colocado en situación de imposibilidad de cumplirlos.



## **Las películas**

Creo que durante este periodo hay una mayor variedad de propuestas, también por la mayor afirmación de las cinematografías autonómicas, y la ayuda que desde entidades autónomas y periféricas se reciben.

Y si bien el género de la comedia va a ser también el género rey de la preferencia del público, existen fiascos en este terreno muy considerables que alertan de que no toda propuesta es válida ni siquiera dentro de un género popularmente tan aceptado (caso por ejemplo de la incomprensible *Mss Caribe* de Fernando Colomo, 1988 uno de los fiascos más considerables del cine moderno español)

Surgen nuevos talentos como Julio Medem (*Vacas*, 1992, *Tierra*), Juanma Bajo Ulloa (*Alas de mariposa*, 1991, y sobre todo *La madre muerta*, 1993) Enrique Urbizu (*Todo por la pasta* 1991) Alex De La Iglesia (*Acción mutante*, *el día de la bestia*) Manuel Gómez Pereira (*¿Por que lo llaman amor cuando quieren decir sexo*, 1993 o *todos los hombres sois iguales*, 1994), David Trueba (*La buena vida*, 1996) o Alejandro Amenazar (*Tesis*, 1997) que van a marcar el cine que nos viene.

Se confirma el tirón de los realizadores punteros de la etapa anterior como Vicente Aranda (*Amantes*, 1991), Pilar Miró (*Beltenebros*, 1991 *El perro del hortelano*, 1996) *El dorado* (Carlos Saura), Fernando Trueba (*Belle Epoque*, 1992, segundo oscar al cine español como producción extranjera hablada no en inglés), Emilio Martínez Lázaro (*Amo tu cama rica*, 1991) Pedro Almodóvar (*Atame*, 1989 y *Tacones lejanos*, 1991), Bigas Luna (*Angustia*, *Jamón*, *Jamón y Huevos de Oro*, 1992, 1993), Jose Luis Garci (*Canción de cuna*, *El abuelo*), Victor Erice (*El sol del membrillo*, 1992) Imanol Uribe (*El rey pasmado* 1991 y *Días contados*, 1994) José Luis Borau (*Tata mía*)...

## **EL DESARROLLO DE LA LEY ALBORCH**

En la época de Gobierno del Partido Popular, toda la actividad de desarrollo se centra en los RD 81 y 1039/1997. El último con la finalidad de refundir y armonizar la dispersa y confusa normativa de promoción y estímulos a la cinematografía, y el primero de protección y fomento con una tendencia a la desaparición de las licencias por doblaje y la flexibilización del sistema de cuotas.

En 1997 se aprobó un aumento en la desgravación de los productores audiovisuales (del 10 pasó al 20%)

Y se culmina digamos, la política liberalizadora iniciada con Semprún, y se ha pasado digamos a incentivar fiscalmente y a promover la inversión privada, frente a la tutela pública.

En el bagaje positivo puede apuntarse el asentamiento de las televisiones como entes financiadores del cine español, que se puso de relieve tras la guerra por las concesiones de la Televisión digital entre las plataformas (1996-1998). En este periodo la FAPAE (Productores) alcanzaron el compromiso con los distintos grupos televisivos para la realización de inversiones en el sector. Y tras ello vino la aprobación el 25-2-1999 según el cual se obliga a las cadenas de televisión a destinar el 5 % de sus ingresos a la financiación de largometrajes cinematográficos (Desde Muertos de risa de Alex de La iglesia, 1999 al Laberinto del fauno de Guillermo del Toro, 2006 muchas son las producciones que se benefician de estas medidas)

Por L 15/01 de 9 de Julio pasó a tomarse las medidas de fomento y promoción de la cinematografía y del sector audiovisual, en las que en su exposición de motivos vuelve otra vez a suscitarse la idea de la excepcionalidad cultural de la obra audiovisual. En ella se intenta frenar el problema de las producciones extranjeras bajo pabellón propio. Y así en el art 2 se prevé los requisitos que van a exigirse para que una obra pueda considerarse española (se obtendrá un certificado al efecto si se reúnen los requisitos de que los autores fueren españoles o nacionales de la UE en un 75%, preferentemente en castellano o en lengua oficial en España, que rodaje (al margen exigencias de guion), posproducción y laboratorio tenga lugar en territorio de la unión)

Como concretas medidas de fomento a la producción se tiende a la amortización del coste según criterios objetivos de carácter automático (art 5) con incentivos complementarios acordes a la difusión entre los espectadores, incorporación de nuevos profesionales, facilitar el acceso a discapacitados, bajo presupuesto... primando por tanto a nuevos realizadores, documentales, experimentales pilotos de series de animación o de decidido carácter cultural, que podrán llegar hasta el 50 % del costo de producción (más en el caso de las experimentales, documentales, pilotos animación y de bajo presupuesto)

También se prevén complementos de ayuda para la promoción y distribución en el extranjero.

Se fija la cuota de exhibición en un día por tres al menos de producción europea en cómputo anual por obra extraña doblada a cualquier lengua del Estado. Se establecen cautelas para los complejos cinematográficos. (Pero esta cuota de pantalla en la DA1 se dice que puede sustituirse en el plazo de 5 años o quedar sin efecto)

Se fija en el 5% de la cifra total de ingresos, la obligación que los operadores de televisión deberán invertir en la financiación anticipada de producción de largos y cortos cinematográficos y películas para televisión. Estas se entienden las unitarias de duración superior a 60 minutos con desenlace final sin explotación en cine (DA2)

Los resultados a nivel industrial fueron muy buenos, de la ridícula cuota de mercado que en 1994 había llegado a su cuota más baja, el 7'1 %, se pasa en 1999, al 14 %. Ahora bien ello también debe matizarse por cuanto esta cuota se obtiene en base a auténticos taquillazos como *Torrente*, *el brazo tonto de la ley* (Santiago Segura, 1998), *Abre los ojos* (Alejandro Amenazar, 1998) y *La niña de tus ojos* (Fernando Trueba, 1998). Esta tónica repite la de años anteriores con éxitos como los de *Two Much* (Fernando Trueba, 1995) o *Airbag* (Juanma Bajo Ulloa, 1997).

A nivel artístico también España se consolidó en los mercados internacionales pero gracias a las particularidades de creadores como Pedro Almodóvar (*Todo sobre mi madre*, 1999) acaparó premios por doquier, incluido el oscar a la mejor película extranjera, el cesar, goyas, fénix... e igual sucedió con *Hable con ella* o Alejandro Amenazar que con *Los otros* alcanzó unos estupendos resultados en el mercado internacional (luego superados por la reciente *Mar adentro*) o a fenómenos tan curiosos como el auge del cine de terror auspiciado por FILMAX con resultados comerciales tan apabullantes en el mercado internacional como los de *Darkness* (Jaume Balagueró) más que a la existencia de unos auténticos canales de distribución y de una buena salud industrial.

Por tanto subsiste una constante incertidumbre que los últimos años con el Gobierno socialista aun se mantiene, pese a los buenos resultados reseñados.

Igualmente debe remarcar la incidencia de la regulación autonómica sobre la materia, muy en concreto de Cataluña, donde en el 2005 se aprobó una muy completa regulación del sector audiovisual.

Los datos del año 2005 son presentados como halagüeños. Y así De esta manera, la **cuota de mercado** de las películas españolas aumentó en 2005 hasta el 16'74 (Aún así por detrás de la conseguida en el 2001) y la de los filmes de EE UU se redujo paralelamente un 3 %. Cinco películas españolas (con inclusión de *El reino de los cielos* de R Scott) fueron vistas por más del millón de espectadores. Las otras fueron *Torrente 3 el protector*, el mayor taquillazo del año sólo superada por la tercera entrega de la saga de George Lucas, *Princesas* (Fernando Leon de Aranoa) *El penalti mas largo del mundo* (D Serrano) y *Los dos lados de la cama* (Emilio Martínez Lázaro), pero sobretudo hubo otras 13 que superaron el cuarto de millón de espectadores.

Pero de los 150 títulos producidos, buena parte de ellos no se estrenaron, y las recaudaciones buenas de las que lo hicieron pueden cifrarse entre las 250.000 y 400.000 entradas.

Y del 2007 mejor no hablar, pues antes del verano creo que ninguna película de las múltiples estrenadas había alcanzado los 250.000 espectadores.

### ***LA NUEVA REGULACION. La Ley 55/2007 de 28 de Diciembre***

La segunda mitad de la década supone aparentemente un cambio de escenario o cuanto menos de estrategia en los distintos sectores para abordar la problemática del sector. Así el empeño ministerial tiene su base en la negociación con los diversos sectores. Cesar Antonio Molina toma el relevo del trabajo de Carmen Calvo, y aunque el pretendido apoyo de la globalidad de los sectores se pone en entredicho, se alumbró la Ley no sin cierta guasa el día de los inocentes de 2007.

El Proyecto de ley presentado en Junio de 2007 fue inicial fruto de un principio de acuerdo con los sectores implicados y las Comunidades Autónomas con competencias sobre la materia, especialmente Cataluña que tiene una extensa ley de 2005 reguladora del sector audiovisual.

Creo que la declaración de intenciones de la norma se encuentra en su primer enunciado dentro de la Exposición de Motivos. (*La actividad cinematográfica y audiovisual conforma un sector estratégico de nuestra cultura y de nuestra economía*) La mención cultura y economía conjuntamente es significativa. Se busca el equilibrio entre cultura e industria pero que lo consiga es otro cantar, al menos por lo que al sector cinematográfico se refiere (podríamos matizar el conjunto del sector audiovisual). Y no lo hace porque son los sectores industriales los que están en lucha entre sí, y el texto no conecta la idea de cultura con sus expresiones características (Fondos, archivos, filmotecas, festivales aunque recoge unas medidas de promoción vagas...) Es la vieja diatriba entre arte/cultura e industria en la que predomina esta última.

Los propósitos son diáfanos hasta el punto que se enumeran en el articulado legal. El art 1 expone como objetivos: *la ordenación de los diversos aspectos sustantivos de la actividad audiovisual que se encontraban desparramados en una normativa variopinta, la promoción y fomento de la producción, distribución y exhibición de obras audiovisuales, y el establecimiento de condiciones que favorezcan creación y difusión de estas obras y su conservación, (y esto es importante) como patrimonio cinematográfico y audiovisual.*

Veamos cómo se diseñan las actuaciones para conseguirlos.

***- La ordenación de los diversos aspectos sustantivos del sector.***

Ello se lleva a cabo a través de la formulación de una serie de conceptos, tales como película cinematográfica, obra audiovisual, largometraje, cortometraje, película para televisión, película española, serie de televisión, piloto de serie de animación, nuevo realizador, personal creativo, operador de televisión, complejo cinematográfico, productor independiente, distribuidor independiente e industrias técnicas.

En este apartado es importante reseñar las reglas que se confieren para que puede determinarse la nacionalidad de una película (art 5) Para ser española se requiere :a) las realizadas por una empresa de producción española u otro estado miembro de la UE establecida en España ; b ) que obtengan un certificado expedido por autoridad competente por cumplimiento de c) estos requisitos 1- que el 75% del personal autoral (director-guionista-director de fotografía- músico, se forme con españoles, o miembros de la UE o con tarjeta de residencia en España o en cualquier país de la UE (Entran también los del acuerdo sobre espacio único europeo). Ojo pero siempre tiene que ser el director 2- Mismo porcentaje para el personal creativo (montador feje, director artístico, jefe de sonido) y artístico (actores) 3- la obra sea mayoritariamente rodada en castellano o en lengua oficial en España 4- rodaje (salvo exigencias de guión) la posproducción en estudio y los trabajos de laboratorio a realizar en España u otro país de la UE.

Podrá también considerarse española las coproducciones conforme a las reglas especiales sobre la materia y convenios internacionales.

Por comunitaria la que tenga certificación europea.

De nuevo regula la calificación de las películas y audiovisuales y su publicidad en términos también parejos a los ya existentes.

Donde lleva a cabo una labor más incisiva en algunas medidas para asegurar la defensa de la competencia.

En este campo es una medida largamente esperada la contenida en el artículo 14.2 (en relación al 10 ) de prohibición a los distribuidores de la contratación de películas por lotes, de manera que para lograr la exhibición de una de ellas tenga que aceptar la contratación de otra.

También debe resaltarse la obligación impuesta al productor de mantener en su propiedad la titularidad temporal de los derechos de las películas (art 11.2)

De cara a la exhibición se asume el compromiso de que las Administraciones Públicas, salvo excepciones que no perjudiquen la actividad comercial del sector de exhibición y videográfico, no proyectaran de modo gratuito películas de una antigüedad inferior a 12 años. Y se regula de modo más detallado y preciso el control de taquilla con la utilización forzosa de billetes reglamentarios y para el que se utilizara un sistema informático de confección de billetes y emisión de informes de exhibición. Se mantienen las denominadas cuotas de pantalla en el art 18 (de películas comunitarias primando las versiones originales subtituladas, documentales, films de animación, grupos de cortometrajes, o que incorporen sistemas especiales de transcripción para personas discapacitadas o las que obtengan una especial recaudación o determinados días de explotación) (Se les da el doble de valor en cuota)

### ***- Las medidas de protección o conservación del patrimonio cinematográfico.***

Pese a su publicación se circunscriben a las del art 6. La remodelación del Instituto de Cinematografía con previsión de que a través de la Filmoteca de España vele por la salvaguarda y difusión del patrimonio (Ya lo hacía) a través conservación y restauración de soportes, libros, música... Tampoco es novedosa la obligación del beneficiario de la ayuda estatal de suministrar una copia de la obra en perfectas condiciones para la Filmoteca

Se establecen ayudas a la conservación para quienes titulares de negativos de películas o masters digitales se comprometan a no exportarlos y depositen para su conservación en la Filmoteca (hasta el 50 % del coste del tiraje de copias) Ver también art 19.

En el art 30 se concretan las ayudas a la conservación. Ayudas para la realización de interpositivos e internegativos de películas con compromiso de no exportar y para la conservación de masters en soporte digital o de otra naturaleza que no podrán superar el 50 % del coste de la actuación.

### ***- Las medidas de fomento y protección***

Estas pasan necesariamente por un previo registro específico de empresas si se quiere ser beneficiario de la ayuda (art 7)

Se fija la cuota de pantalla (exhibición) anual del 25%, esto es 1 de 4 días de exhibición ha debido hacerse con películas españolas o comunitarias. Pero se establecen bonificaciones de cómputo doble para los films en versión original subtitulados, documentales, programas de cortos de duración conjunto superior a 60 minutos, aquellas películas con una recaudación anual inferior a 120.000 euros o que permanezcan en la misma sala más de 18 días consecutivos en exhibición

Se prevén una serie de ayudas de convocatoria anual por parte del ICAudio-visuales a la producción con facilitación a minoración de cargas financieras, y ayudas fiscales.

Las medidas fiscales van en la línea de considerar o fomentar a efecto del Impuesto de sociedades la constitución de agrupaciones de interés económico y de inversiones de las entidades de capital-riesgo. Las otras se orientan a la amortización parcial del coste del film, dependiendo de si existía un previo proyecto de ayuda (evaluado por un órgano colegiado conforme a criterios de calidad, presupuesto, solvencia, plan de financiación...) o no. Las primeras no podrán superar la participación del productor ni ser superior al 60 % del presupuesto ni el tope reglamentario que se coloque. Las otras también pendiente de concreción reglamentaria se calcula por un doble vía, en función de la recaudación obtenida vía cine u otros medios y su periodo de exhibición, y además como complemento las que hubieran superado cierta recaudación.

También hay las denominadas ayudas a la creación, esto es a los guiones con obligación de hacerlos efectivos (Esto ya existía), pero como novedad también se establecen ayudas a lo que denominan proyectos culturales para la formación de profesionales y públicos que no sean superiores al 60% de su presupuesto.

Finalmente existen ayudas a la distribución y a la exhibición.

Las primeras, precisan que además del requisito de la independencia sirvan distribuir en España películas comunitarias o iberoamericanas (hasta el 50 % del tiraje de copias, publicidad, subtítulo, promoción y medios técnicos necesarios) y en al menos 15 provincias y 5 comunidades Autónomas

Las segundas se aplicaran a las Salas independientes con una programación al menos del 40 % de largometrajes comunitarios e iberoamericanos con preferencia a la versión original.

En todo caso el régimen de ayuda y subvenciones se remite a una regulación reglamentaria general (la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley) y específico (el del párrafo 2 del art 20) Las bases reguladoras de las ayudas serán notificadas a la Comisión Europea al objeto de verificar su compatibilidad con el mercado común

#### ***- El fomento de la promoción e investigación.***

Se hace en términos parejos a las ayudas a la conservación. En el primer ámbito las hay tanto para la difusión de películas que hayan sido seleccionadas

en algún Festival de Cine internacional de reconocido prestigio, como para la organización de Festivales en nuestro país de reconocido prestigio o que difundan cine comunitario e iberoamericano.

Hay una curiosa invitación a la firma de convenios de colaboración con entidades financieras, que no se sabe muy bien concretar. (art 33)

Se prevén en el segundo ámbito ayudas para la realización de obras de formatos nuevos cuya exhibición sea distinta de la tradicional y otras para innovaciones tecnológicas pero dentro del Plan Nacional de Investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica.

También se pretende fomentar la elaboración de productos audiovisuales en lenguas cooficiales mediante un fondo de ayudas o créditos específicos que serán transferidos en su integridad a los organismos competentes de las Comunidades Autónomas, que los gestionarán conforme a sus competencias.

## **Los Resultados cinematográficos**

La exigida inversión de las Televisiones privadas en obras audiovisuales continúa dando sus frutos, dando lugar a éxitos de taquilla tan notables como *El orfanato* (Juan Antonio Bayona, 2007) o *Celda 211* (Daniel Monzón, 2009) Sin embargo la cuota de pantalla en general tuvo sus altibajos importantes. En el 2008 descendió un poco hasta el 13'18 % primando el éxito de coproducciones, tales como *Vicky Cristina Barcelona* (Woody Allen 2008), *Transiberian* (Brad Anderson, 2008), *Che el Argentino* (Steven Soderberg, 2008) o *Los crímenes de Oxford* (Alex de La Iglesia, 2008) y el de algunas producciones dentro del ámbito de la comedia como *Mortadelo y Filemón : Misión Salvar la Tierra* (Javier Fesser, 2008) y *Fuera de carta* (Nacho García Velilla, 2008)

El repunte que la taquilla tuvo en el año 2009, merced a éxitos como la citada *Celda 211* o *Agora* (Alejandro Amenábar, 2009) se saldó con el importante descenso hasta la cuota del 12'73 en el año 2010 pese al éxito arrollador de *Torrente 4* (Santiago Segura, 2010) Es la cuota más baja de mercado del siglo.

Sin embargo en el 2012 disfrutamos de la más alta, el 17'9, gracias a los éxitos internacionales de *Lo imposible* (Juan Antonio Bayona, 2012), *Las aventuras de Tadeo Jones* ( Enrique Gato, 2012) y *Tengo ganas de ti* (González Molina, 2012).

Esta cifra aun fue elevada por la cosecha de 2014 donde se sucedieron éxitos como *Ocho apellidos vascos* ( Emilio Martínez Lázaro, 2014), *Mortadelo y Filemón contra Jimmy el cachondo* (Javier Fesser, 2014), *el niño* (Daniel Monzón,



2014), *La isla mínima* (Alberto Rodríguez) y *Torrente 5* (Santiago Segura)

En términos de reconocimiento allende fronteras, Alberto Iglesias ganó como mejor compositor tanto en el año 2009 por *Los abrazos rotos* (Pedro Almodóvar) como por *el Topo* (Thomas Alfredson, 2012) el premio europeo de cine. También Javier Bardem gana el Oscar en 2007 al mejor actor secundario pero por *No es país para viejos* (Joel Coen, 2007)

### **Las leves Reformas**

A salvo adaptaciones puntuales, la principal reforma de la Ley de 2007, tiene lugar por el **Real Decreto-ley 6/2015**, de 14 de mayo, por el que se modifica la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, se conceden varios créditos extraordinarios y suplementos de créditos en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas de carácter tributario.

El fundamento de la reforma consiste en una intervención normativa en los elementos económicos de esta actividad, fomentando el fortalecimiento del tejido industrial, financiando su desarrollo o facilitando la comercialización del producto cinematográfico y audiovisual, sin perder de vista el necesario y permanente equilibrio que adapte las reglas que encauzan y fomentan la actividad cinematográfica a los cambios sustanciales del entorno económico y a la propia actualización de las reglas generales que lo configuran. Son algunos de esos cambios y el relato empírico de la crisis económica los que, transcurridos siete años desde su entrada en vigor, justifican la modificación de la ley.

A tal fin se rediseña las deducciones en el Impuesto de Sociedades, se adapta la norma al régimen de ayudas comunitarias (publicadas en el diario de la Unión en 2013) y se procede a la revisión de la eficacia y la eficiencia de los diferentes regímenes de ayuda administrados por el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales así como de la efectividad de los instrumentos que permiten su gestión, permitiendo la financiación progresiva de las producciones cinematográficas durante su desarrollo, y no al final.

Se trata igualmente de poner fin al bajo rendimiento económico de las producciones objeto de subvención, que entienden se debe a la pequeña entidad de las empresas destinadas a su producción, lo que limita las posibilidades de promoción. Con la implantación del nuevo modelo se incide en uno de los elementos más sensibles por su carácter estructural y que de manera más eficaz puede contribuir a cambiar esta tendencia. La nueva línea de ayudas que desde 2016 se configura como el principal instrumento de fomento para la producción de largo-

metrajés, se ha diseñado para acompañar la producción desde sus comienzos, con proyección plurianual.

Quizás sea la hora de calibrar los resultados.

Queda pendiente la necesaria adaptación al derecho interno de la nueva Directiva sobre Servicios de comunicación audiovisual que modifica la previa Directiva 10/13 sobre idéntica materia, aprobada en un primer paso en Octubre de 2018. Tal reforma tiende tanto a incentivar la producción europea a través de un sistema de cuota de exhibición del 30 % de obras europeas en plataformas a la carta, con una concreta regulación sobre la ley aplicable. Busca garantizar la independencia de los reguladores audiovisuales. Y establece la extensión de la protección de los menores no sólo a los sistemas de comunicación audiovisual (cine y televisión) sino a redes digitales, plataformas...

### **Los resultados cinematográficos**

En términos económicos los resultados del año 2016 daban la razón a la Exposición de Motivos del Real Decreto de 2015. Ese año se produjeron en España 168 películas (111 de ficción y 57 documentales) De ello sólo superaron el millón de espectadores *Un monstruo vino a verme* (Juan Antonio Bayona, 2016), *Villaviciosa de al lado* (Nacho García Velilla, 2016), *Cien años de perdón* (Daniel Calparsoro), *Cuerpo de Elite* (Joaquín Mazón, 2016) y *Kiki, el amor se hace* (Paco León)

No fue mejor el año 2017 donde la cuota de pantalla bajó hasta el 17'1 %, pese a éxitos como *Tadeo Jones 2* (Enrique Gato, 2017) *Perfectos desconocidos* (Alex de la Iglesia, 2017) y *Es por tu bien* (Carlos Theron, 2017)

En el año 2018, tenemos al exitazo de *Campeones* (J Fesser) con cerca de 20.000.000 de recaudación (la 5 más taquillera del año) y 3.300.000 de espectadores, y *Superlópez* (Javier Ruiz Caldera, la 8ª) con la mitad de beneficio (10.61.000 euros y un 1725.000 espectadores). Añadir la continuación exitosa de la explotación de *Perfectos desconocidos*, *El mejor verano de mi vida* (Dani de la Orden, la 19ª) y *La tribu* (Fernando Colomo) para completar las películas que superaron el millón de espectadores. Otras 7 producciones más superaron los 400.000 espectadores, de las cuales por fechas de exhibición, quizás una finalmente alcance el millón de espectadores, *Yucatán* (Daniel Monzón) todavía en exhibición

## **BIBLIOGRAFIA**

Historias del cine español Coordinadores Jose Luis Castro de Paz- Julio Perez Perucha- Santos Zunzunegui VIA LACTEA EDITORIAL Santiago 2005

Historia Ilustrada del Cine Español de Emilio C García Fernández PLANETA SA Madrid 1985

Real Decreto De protección de la Cinematografía española. Mirito Torreiro. Revista Dirigido por... Abril 1984 Barcelona.

El cine español. Editorial LAROUSSE Barcelona 2003

Acompañamiento audiovisual

### **Hasta 1910.**

Maniobras de la Guardia Real (Anónimo)

Procesión en Sans (Fructuoso Gelabert)

Muerte y entierro de Don José Canovas

El hotel eléctrico (Segundo de Chomón)

Don Juan Tenorio (Hermanos Baños)

### **Hasta 1920**

Cabreria (giovanni Pastrone)

### **Hasta 1930**

Un perro andaluz (Luis Buñuel y Salvador Dalí)

La malcasada (Gómez Hidalgo)

### **Hasta 1940**

La aldea maldita (Florián Rey)

Drácula (George Melford)

La verbena de la paloma (Benito Perojo)

Centinela alerta (Jean Gremillon y Luis Buñuel)

Nobleza baturra (Florián Rey)

L'espoir (André Malraux)

Spanish Earth (Tierras de España de Joris Ivens)

### **Hasta 1950**

Eloisa está debajo de un almendro (Rafael Gil)

La torre de los 7 jorobados (Edgar Neville)

La vida en un hilo (Edgar Neville)  
El crimen de la calle Bordadores (Edgar Neville)

### **Hasta 1960**

Apartado de Corresos 1011 (Julio Salvador)  
Bienvenido Mr Marshall (Luis García Berlanga)  
El ojo de cristal (Antonio Santillán)  
Orgullo (Manuel Mur Oti)  
Calle Mayor (Juan Antonio Bardem)  
El expreso de Andalucía (Francisco Rovira Beleta)  
El pisito (Marco Ferreri)  
Carne de horca (Ladislao Vajda)  
El cebo (Ladislao Vajda)

### **Hasta 1970**

Plácido (Luis García Berlanga)  
Viridiana (Luis Buñuel)  
A tiro limpio (Francisco Perez-Dolz)  
Nunca pasa nada (Juan Antonio Bardem)  
El verdugo (Luis García Berlanga)  
Antes llega la muerte (Joaquín Luis Romero Marchent)  
Las Vegas 500 millones (Antonio Isasi Isasmendi)  
Culpable para un delito (José Antonio Duce)  
El extraño viaje (Fernando Fernán Gómez)

### **Hasta 1980**

Furtivos (José Luis Borau)  
La escopeta nacional (Luis García Berlanga)  
Arrebato (Iván Zulueta)

### **Hasta 1990**

Opera Prima (Fernando Trueba)  
Tiempo de silencio (Vicente Aranda)  
El sur (Victor Erice)  
Tras el cristal (Agustí Villalonga)  
Mujeres al borde de un ataque de nervios (Pedro Almodóvar)

El viaje a Ninguna parte (Fernando Fernán Gómez)

Atame (Pedro Almodóvar)

### **Hasta 2000**

Amantes (Vicente Aranda)

Angustia (Bigas Luna)

Belle Epoque (Fernando Trueba)

La buena estrella (Ricardo Franco)

El abuelo (Jose Luis Garci)

Tierra (Julio Medem)

### **Hasta 2018**

El laberinto del fauno (Guillermo del Toro)

Lucía y el sexo (Julio Medem)

Los cronocrímenes (Nacho Vigalondo)

La isla mínima (Alberto Rodriguez)

Tarde para la ira (Raúl Arevalo)

El reino (Rodrigo Sorogoyen)



## CLAUSURA DEL CURSO 2018-2019

### DEFENSA DE LA LIBERTAD DE TESTAR.

Excmo. Sr. D. Victorio Magariños Blanco

Notario Emérito

Académico de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia

En este discurso se aborda un aspecto de una de las bases sobre las que se asienta el Derecho civil: la libertad.

La protección a la persona, a la que sirve el Derecho civil, se hace de modo sustancial fortaleciendo su libertad de decisión. Por eso la autonomía de la voluntad se erige en principio que informa y preside la regulación de las relaciones privadas.

Siquiera dicho principio tiene una serie de límites naturales, que se derivan de la responsabilidad por la voluntad declarada, de la especial naturaleza de las relaciones que se crean, como la de filiación o la de convivencia, o de la misma defensa de la libertad, como las normas imperativas de protección de la voluntad no viciada.

El negocio jurídico de la voluntad libre, por excelencia, es el testamento. El individuo expresa en él sus deseos, su voluntad, no sólo respecto al destino de sus bienes, incluso venciendo el tiempo (fideicomisos), sino también lo que quiere respecto a su cuerpo e incluso a su alma. **Solo**, sin correspectividad, sin contar con la conjunción de otras voluntades, y con la facultad de cambiarla. *Voluntas est lege,.. ambulatoria est.*

Así se concibió por el Derecho romano clásico. En el cual se formuló la máxima “*in dubium pro libertate*”, referida inicialmente al ámbito sucesorio.

Sin embargo, la libertad para disponer mortis causa ha sufrido a lo largo de la historia restricciones debidas a la influencia de factores sociológicos, económicos, políticos y religiosos; que todavía perduran.

Aun siendo la sucesión la proyección de la persona después de la muerte y la libertad el valor clave en la relaciones privadas, el Estado se interpone todavía hoy, en medio mundo, imperativamente, estableciendo un reserva de parte del patrimonio de unas personas a favor de otras, a las que otorga un derecho correlativo excesivo e infundado, como intentaré demostrar.<sup>1</sup>

Pero conviene hacer, antes, un breve recuerdo histórico.

En el **Derecho Romano**, que tanto influyó en la evolución del Derecho civil, la libertad de testar sólo estaba limitada por la exigencia de la mención de los hijos en el testamento, pero podían ser desheredados sin necesidad de justificación alguna.

Una reserva de parte legítima se introduce a fines de la República, por la vía de un procedimiento especial: la *querella inofficiosi testamenti*.

Mediante este recurso, en el que dominaba el arte de la retórica más que la ciencia del derecho, se atacaba el testamento como injusto (**contra el officium** del afecto familiar) so pretexto de que el testador no estaba en su cabal juicio al disponer de sus bienes (*color insaniae*).

Así, sin principios fijos, se fue sentando la práctica de que los hijos llamados a heredar abintestato debían recibir, si no habían dada causa que pareciere suficiente para desheredarlos, una porción de bienes que, en un principio se determinaba por el órgano judicial, que fijaba la cuantía patrimonial según las circunstancias. Y posteriormente se fijó en la cuarta parte de lo que le correspondía abintestato<sup>2</sup>.

En la medida que el *officium pietatis* vuelve a utilizarse hoy, por algunos civilistas, como equivalente de moral social o moral crítica, para justificar la limitación legitimaria, es preciso aclarar su verdadera significación.

---

<sup>1</sup> Podemos disponer libremente de los bienes en vida, someterlos a inversiones de riesgo e, incluso, dilapidarlos. Pero, habiendo legitimarios, la propiedad de los mismos se convierte, en parte, en una propiedad temporal, al fijar el legislador su destino.

<sup>2</sup> Álvaro D'Ors "Derecho Privado romano", pág. 351.



En Derecho romano, el fundamento o, si se quiere, el componente “ético” de la legítima deriva de la estructura de la familia romana, en la que el hijo tiene el deber de reverencia y depende del padre para todos los actos de la vida. Existe un trasfondo jurídico de justicia retributiva dada la situación de dependencia, la aportación obligada que los sometidos a la potestad del padre hacían de su trabajo, y la dedicación y contribución económica al patrimonio familiar, del que el padre era titular.

El Derecho romano pervive durante toda la época medieval en los territorios del antiguo Imperio, en la sombra siempre, y aflorando de modo más intenso en algunos territorios como Italia, o Cataluña, a través de la escuela de Bolonia. Se puede decir que convive con el Derecho germánico y con las costumbres que se van gestando bajo la influencia del Cristianismo.

En lo que se refiere a la libertad de testar, ya fuera por la consolidación de las costumbres germánicas de la comunidad familiar, ya por las conveniencias sociales y políticas de vincular el patrimonio a las familias, considerando necesaria su permanencia dentro de las mismas para conservar el poder, el linaje, la estirpe, se fue asentando un sistema de fuerte restricción.

Incluso el modelo justinianeo de herederos legitimarios colisionaba con el sistema hereditario del periodo medieval, en el que los hijos se consideraban herederos naturales y la única disposición patrimonial admisible era la cuota del alma. Introducida por la doctrina de la Iglesia, a través de la influencia, sobre todo de San Agustín, al aconsejar en sus sermones la caridad y que los fieles tuvieran a Cristo como un hijo más, dejándole una parte de la herencia como a ellos. Origen del quinto de libre disposición.

Los diferentes derechos consuetudinarios desarrollan modalidades distintas de sucesión, pero, en general, alejadas del modelo romano. Algunos establecen la preferencia del hijo mayor, o rigen criterios sucesorios distintos para bienes muebles e inmuebles, o se tiene en cuenta la procedencia de los mismos. En otros se recoge la libertad de disposición absoluta.

Sin embargo, una fuerte restricción de la libertad de testar se consolidó en buena parte de Fueros y Leyes reales, y ha resistido la obra sistemática de la Codificación.

El **Código francés**, que recibe el impacto de las ideas liberales e individualistas de la Ilustración, que exaltan la autonomía de la voluntad y las facultades omnímodas de disposición, sin embargo, paradójicamente, al considerar que la libertad de testar era fuente de desigualdades y un medio para concentrar

la riqueza en pocas manos, establece la obligación de reservar a favor de hijos y ascendientes una parte importante de la herencia (1/2 si es un solo hijo, 2/3 si son dos y 3/4 si más de dos).

El Código **civil alemán** acoge un sistema de limitación a la libertad de testar, siguiendo la concepción germánica de la herencia como propiedad familiar, y reconoce como legitimarios a los descendientes, padres y cónyuge.

Especial consideración merece el proceso **codificador español**, que dio lugar a uno de los debates más apasionantes que se ha producido en el mundo del Derecho. Defendieron la libertad de testar, de forma brillante y con argumentos de peso, juristas de la talla de **Giner de los Ríos, Duran y Bas, Joaquín Costa y Sánchez Román**.

Pero finamente triunfó la tesis del entonces Ministro de Justicia **Alonso Martínez**, que al renunciar a una regulación única para toda España y respetar las especialidades de los territorios forales, acalló la discusión. El Código Civil acogió el sistema tradicional de Castilla y reguló la legítima de los hijos y descendientes, ascendientes y cónyuge, fijando la de aquéllos, en los dos tercios de la herencia, siquiera un tercio de la misma, el de mejora, es de disposición libre entre los descendientes.

Pero conviene resaltar que, al lado del sistema del CC, conviven en España una diversidad de regímenes sucesorios que acogen una amplia libertad, que convierte la legislación española en un episodio excepcional en la historia del Derecho. Su pervivencia, frente a la fuerza de arrastre de otros sistemas jurídicos más extendidos, constituye una demostración de cómo la libertad de testar ha superado la prueba del tiempo, sin que se conozcan efectos perjudiciales desde el punto de vista social y familiar.

Así, al lado del sistema de Castilla, que recogió el Código civil:

**Cataluña**, conserva la legítima romana, de un cuarto de la herencia. Sistema que sigue Galicia desde el año 2006.

En **Aragón** subsistió la legítima colectiva de los dos tercios referida a los descendientes. Reducida hoy a la mitad.

En la mayor parte del **País vasco** se conservó la legítima colectiva de los descendientes (4/5 del caudal, reducida hoy a 1/3).<sup>3</sup> En el **territorio de Ayala**, en Álava, y en **Navarra** rige la absoluta libertad de testar.

---

<sup>3</sup> Completada por la troncalidad con la que se trata de evitar que los patrimonios heredados se desvíen de la línea familiar de procedencia, a voluntad del heredero.

Amplia libertad que se complementa con la obligación de alimentos a favor de los descendientes apartados, y con el usufructo viudal, de fuerte carácter familiar.

Pero en la mayor parte de la Europa continental triunfó y sigue vigente el sistema de limitación a la libertad de testar. Que se expandió a la mayoría de los países iberoamericanos, los cuales conservan sistemas restrictivos. Salvo Cuba, que siguiendo el de los antiguos países comunistas, al igual que Rusia, acoge un sistema de legítima limitado a parientes necesitados. Legítima asistencial.

Contrasta con lo sucedido en el ámbito **anglosajón**. El liberalismo que triunfó plenamente en Inglaterra, proyectó su influencia en el campo del Derecho civil, y se manifestó en el reconocimiento del derecho de propiedad como derecho que implica la libertad de transmisión tanto inter vivos como mortis causa. Lo cual necesariamente desembocaría en el *freedom of testation* como principio básico: sólo el testador decide cómo se va a distribuir la herencia y quien va a recibirla, y la ley respalda el derecho de cada individuo a disponer de sus bienes por muy excéntrica que pueda parecer tal decisión a otras personas. Matizado desde mediados del S. XX, con la obligación de alimentos.

La libertad de testar así concebida se ha extendido por casi todos los países de la órbita del common law, e incluso a los de tradición hispana más cercanos geográficamente a los EEUU, como Méjico, Costa rica, Honduras y Panamá.

En España, después de publicado el Código civil, la polémica que le había precedido se acalló. Y los juristas no se plantearon la importancia de las consecuencias de la restricción de la libertad en el ámbito sucesorio. Se limitaron a estudiar rigurosamente los problemas técnicos que se derivan de su regulación, al que dedicaron toda su atención.

Así, en los Tratados de Derecho Civil más importantes los juristas eludieron los problemas que en la realidad familiar y social plantea tan fuerte sistema restrictivo. Se han limitado a desplegar el ingenio interpretativo, tratando de flexibilizar su rigidez, pero sin ponerlo en cuestión. Quizás porque en los años que realizaron tales trabajos, de gran nivel técnico, no había aflorado el rechazo social que se ha ido constatando posteriormente.

La mayoría de los juristas teóricos actuales siguen apegados, de manera inercial, como luego veremos, al sistema de legítimas, que consideran **núcleo duro** del Derecho sucesorio. Y a lo más que llegan es a proponer una reducción de la cuantía y una mayor flexibilidad cualitativa de la legítima.

Pero en las Notarías, en las que se formalizan la práctica totalidad de los testamentos, se ha podido observar que el sistema legitimario es un corsé que provoca serios problemas de justicia. Y, en consecuencia, un sentimiento de rechazo, cada vez más generalizado, en las personas que pretenden otorgar testamento.

En los despachos notariales se plantean continuamente problemas como los siguientes:

Marido y mujer quieren otorgar testamento de modo que la propiedad plena de sus bienes, que la mayoría de las veces se reducen a la vivienda y el mobiliario, pase íntegra al sobreviviente sin límites ni obligación de compensar a los descendientes. Y se llevan una sorpresa y frustración cuando se les dice que no pueden hacerlo, a pesar de que los han adquirido ambos con su trabajo, y que constituye el soporte de su vejez. Pero la ley se lo impide.<sup>4</sup>

Una persona desea dejar sus bienes al hijo que le cuida, pues sus otros hijos, ya situados, le visitan protocolariamente de vez en cuando, pero no asumen su cuidado y atención afectiva.

Una persona, a la que sus hijos ya mayores e independientes ni le ayudan ni se interesan por él ni por su empresa, quiere o bien designar libremente al heredero que continúe la actividad empresarial, o que sus bienes, obtenidos con el esfuerzo de muchos años, pasen a una institución que le recoja y atienda en su vejez, o constituir una fundación benéfica, dotándola con todos sus bienes.

En todos estos supuestos, y, generalmente casi siempre y en todo caso, los testadores se sorprenden y manifiestan su rechazo a la ley, al comprobar que la propiedad de lo que han ganado con el esfuerzo de muchos años está sometida a fuertes limitaciones. Y expresan un sentimiento de injusticia, exclamando: pero ¡qué ley es ésta!

Pero, además, incluso en los casos en los que su voluntad no queda afectada por la imposición legal, les resulta chocante e inadmisibles; pues el legislador resta valor a la generosidad, dejando en la sombra la causa de la disposición, que es el amor o el afecto, ocultos o solapados por la imperatividad de la ley.

En la mayoría de los casos, los que otorgan testamento lo hacen resignadamente, con la conciencia de que el Estado les está privando de un derecho tan sustancial como el de poder disponer libremente de sus bienes, sobre todo en

---

<sup>4</sup> La justicia normalmente y de modo primario se manifiesta no como el resultado de un proceso intelectual, sino como un sentimiento negativo, como una reacción psíquica de sufrimiento e indignación, cuando se vulnera.

un momento tan delicado como es el de la jubilación o vejez. Y también de la posibilidad de ejercer la equidad mediante una distribución libre, que les permita tener en cuenta comportamientos, afectos y merecimientos, que sólo ellos están en condiciones de conocer.

Ante este panorama, en el año 1995, propuse a la Academia Sevillana del Notariado tratar el problema a fondo mediante estudios que analizaran rigurosamente las causas de lo que ya se percibía como una anomalía legal. Se inició con una conferencia del notario ADOLFO CALATAYUD, quien con rigor y fundamento defendió la libertad de testar.

En el año 2005, solicité a la Asociación de Notarios Joaquin Costa que organizase un seminario sobre el problema de las legítimas. Se hizo en el Colegio Notarial de Madrid. Intervino como moderador VALLET DE GOYTISOLO. Se presentaron tres ponencias: la del magistrado del Tribunal Supremo O'CALLAHAN, y las de RAFAEL LEÑA y la mía, Notarios, las tres coincidentes en la defensa de la libertad de testar.

En el año 2012 presenté al Congreso del Notariado una ponencia titulada “La libertad de testar. Una reforma necesaria”. En la conclusiones del Congreso se aprobó lo siguiente: “10.-Se recomienda una reforma sustancial del sistema legitimario del Código Civil, bien suprimiendo las legítimas o bien modificando su sistema de protección y reduciendo su cuantía y ámbito personal.”

Contrasta la opinión de los Notarios con la de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que en las Jornadas celebradas en 2006, rechazó la propuesta de suprimir la legítima de los descendientes, aceptando su reducción a la mitad del caudal hereditario. En las Conclusiones se decía que una modificación sustancial del sistema legitimario “núcleo duro” del Derecho de Sucesiones requiere particulares estudios y amplio consenso, ya que el valor simbólico de estas reglas es muy fuerte.

La Propuesta de Código Civil realizada por la referida Asociación en el año 2017, imparable al paso del tiempo y a los cambios sociales, mantiene la legítima de la mitad de la herencia, de la que el cuarto es de mejora, reducida a un tercio en el caso de un solo descendiente.

Sin embargo, en los últimos años, cada vez son más los juristas que defienden la libertad de testar.

El propio legislador ha tomado conciencia del problema, mediante modificaciones para aligerar las restricciones, movido por la necesidad de proteger a los discapacitados y de mantener viva la empresa familiar.<sup>5</sup>

Así, el Código civil español, al permitir gravámenes sobre la misma y la posibilidad de pago en dinero. La Ley gallega de 2006 que la reduce a la cuarta parte. La aragonesa de 2011 que la reduce a la mitad de la herencia y la del País Vasco de 2015 a un tercio.

Especial mención merece la reforma del Código civil de Cataluña por Ley 25/2010 de 29 de julio, en cuyo Preámbulo se dice que la reducción de los derechos de los legitimarios es ajustada a la realidad de la sociedad contemporánea, en la que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores.

Los Códigos francés y alemán han realizado ligeras modificaciones para favorecer a personas discapacitadas y la conservación de la empresa familiar. No deja de sorprender cómo el pretendido fundamento de la solidaridad familiar cede ante intereses económicos.

Sin embargo, existe todavía una fuerte resistencia por parte, sobre todo, de los civilistas profesores, hacia la libertad de testar. En los últimos años abundan artículos en defensa de la legítima, incluso, como veremos, con pretensión de fundamento constitucional; aunque en la mayoría se reconoce la conveniencia de reducir su cuantía y aligerar su rigidez .

Utilizan para defender la pervivencia de las legítimas una serie de argumentos, que analizaré a continuación.

### **1º Tradición y simbolismo.**

Se dice que su supresión supondría un salto o bandazo que no es conveniente ni prudente realizar, teniendo en cuenta el peso de la **tradición** de tantos siglos y **el carácter simbólico** que la legítima tiene como elemento de protección de la familia.

---

<sup>5</sup> Ya en 1983, al dar nueva regulación a la prodigalidad, de forma anticipada y premonitoria, redujo la legitimación para instarla a las personas con derecho a alimentos, marginando los derechos o expectativas de los herederos forzosos. Como señaló en 1996 el TS, a partir de la reforma no hay ya un patrimonio familiar que defender para que pueda trasmitirse a los hijos.

Pero admiten la pertinencia de la reducción de su cuantía, lo que implica el reconocimiento de la falta de un fundamento sólido de la misma. Por lo que retrasar la solución justa en base a la tradición o su carácter simbólico carece de coherencia.

El anclaje en la tradición por sí sólo es insostenible, si no existe un fundamento de peso añadido. Como pudiera ser la protección a personas respecto de las cuales existe un deber de ayuda, basada en la necesidad de atenderlas por su edad o discapacidad, como veremos.

Por otra parte, los cambios sociales que afectan a la estructura de la familia, operados en los últimos años, hacen que el supuesto de hecho de la norma que ampara la legítima haya cambiado sustancialmente, y que la llamada a la tradición sea inoportuna.

Veamos tales cambios:

a) **El valor y significado del patrimonio** en relación con la familia ha variado. Ya no es un factor de cohesión familiar. La casa ya no es “característica”, no es referencia de una familia. La vivienda se ha hecho fungible. También lo son las fincas rústicas, que han perdido su carácter principal en la consideración económica, y se han convertido en un elemento más del patrimonio, en una empresa agraria, no ligada a un nombre.

Por otra parte, respecto a la empresa familiar, en la que el nombre de la familia suele eludirse para que no resulte dañado por posibles avatares económicos adversos, refugiándose en el anonimato de una sociedad de responsabilidad limitada, los efectos perturbadores de la legítima, hoy, son evidentes. Pues la legítima, incluso la colectiva, supone un grave escollo a la continuidad y desarrollo de la actividad económica y social. Tanto, que la mayoría de las modificaciones legislativas operadas en los últimos años reduciendo y debilitando la legítima, lo han sido para evitar el deterioro de la empresa.

Los bienes se han fungibilizado, y la riqueza encuentra su fuerza no en la titularidad de bienes materiales concretos sino en la organización y experiencia de gestión de la empresa, cuya estructura se diluye en participaciones inmateriales.

Hemos asistido, también, a **la extinción de los oficios artesanales**, que requerían un aprendizaje largo y minucioso, que sólo la convivencia constante y el apego o afección adquirida desde muy joven permitió que sobrevivieran. Los hijos ya no trabajan en el taller u oficio de sus padres, de cuya dedicación resultaban lógicas expectativas hereditarias respecto de los bienes a cuya conservación o adquisición habían contribuido. La mecanización y después la robotización han ido desplazando los oficios artesanales, basados en la experiencia de un maestro.

Ante esta situación de ausencia de vínculos socio- familiares en relación con el patrimonio, no podemos fundarla legítima en el aspecto retributivo que pudiera tener por la colaboración y dependencia profesional, ya inexistentes en la mayoría de los casos. Por lo que la apelación a la tradición en este ámbito queda en vacío y sin consistencia.

b) Desde otro punto de vista, el de la relación personal y afectiva entre padres e hijos, el cambio ha sido también profundo. Frente al acercamiento que caracterizaba la familia antigua, hoy predomina el distanciamiento físico y afectivo, que termina en soledad y abandono en muchos casos; especialmente cuando los padres se hacen mayores y se convierten en una carga, que los hijos, atareados en el quehacer múltiple y absorbidos y envueltos en el vertiginoso ritmo de vida actual, no están dispuestos a asumir.

Los hijos ya no viven la cercanía física con sus padres, con los que compartían ilusiones, alegrías, desgracias y vivencias.

Además, los padres, en la mayoría de los casos, ya no son “útiles” para ayudar profesionalmente a los hijos, los cuales prescinden generalmente de su asistencia y enseñanzas, produciéndose un distanciamiento profesional e intelectual que repercute también o se añade al afectivo y personal. Los padres han dejado de ser “maestros” en el oficio, pues las nuevas tecnologías, en continuo cambio y progreso, los sitúan en una posición bien distinta de aquella en la que la experiencia era la única fuente de sabiduría y dominio de un oficio o profesión.

Cada vez es mayor el alejamiento físico, afectivo y asistencial de los hijos. De modo que la nota característica es hoy la soledad y el distanciamiento, el egoísmo, que rompen la cohesión auténtica y no meramente jurídica o formal de la familia.

En este trance, a las personas mayores no les queda otra opción que vivir solas los años en los que más necesitarían la integración con las nuevas generaciones, sin atención afectiva ni económica, mientras físicamente puedan, y, luego, trasladarse a una residencia en la que terminan aislados desde el punto de vista familiar y social.<sup>6</sup>

c) Además, hoy, en general, los padres ya no se sirven de los hijos para ayudarles en su profesión o empresa, sino que normalmente destinan una parte importante de sus ingresos para darles formación independiente y según sus preferencias.

---

<sup>6</sup> No se puede olvidar el “apartamento” social que se produce con la jubilación: la sociedad deja de contar con la colaboración y experiencia de los afectados.



Resulta muy revelador, y paradójico a la vez, que hoy los hijos mientras permanecen solteros, continúen, en muchos casos, viviendo con sus padres o, mejor dicho, utilizando la vivienda y los servicios gratuitos de sus padres, sin contribuir para nada al sostenimiento de los gastos comunes. Y que aun casados se sirven de sus padres ya ancianos para que les cuiden a sus propios hijos y les faciliten el descanso.

d) Por otra parte, cada vez son más las personas con familias diversas, como consecuencia de divorcios y nuevas relaciones. Entonces el distanciamiento de algunos de los hijos puede ser todavía mayor, sobre todo cuando la separación se produjo a edades muy tempranas.

e) También afecta a la convivencia familiar el aumento de la expectativa de vida, que genera distanciamiento de los descendientes, ya que en muchos casos, como hemos visto, implica una carga asistencial, que no están dispuestos o en condiciones de asumir.

f) Ya no existe, tampoco, la justificación que en otros tiempos pudo dar fundamento a la legítima, cuál era el normal fallecimiento a edad temprana de los padres, unido a la falta de control de natalidad; pues entonces la legítima podría solapar o cubrir el deber de proteger a los hijos menores.

En la actualidad, normalmente, cuando fallecen los padres los hijos están ya situados, en muchas ocasiones mejor que sus progenitores.

Todos estos factores de aislamiento intergeneracional provocan, además, la necesidad de asegurar la propia protección y cuidado del testador hasta el día de su fallecimiento, ya sea a través de disposiciones condicionales o modales, que chocan con la intangibilidad de la legítima, o la disposición libre a favor de las personas que lo merezcan, que una cuota legitimaria legal ciega impide.

Los cambios sociales referidos dejan sin consistencia la apelación a la tradición. Inconsistencia que aumenta si se tiene en cuenta la diversidad de regímenes sucesorios de amplia libertad de testar existentes en España; y que un análisis histórico riguroso demuestra que la legítima castellana protectora que acogió el CC, ha estado en la sombra, postergada y prácticamente ineficaz ante la prevalencia del mayorazgo que ordenó la mayoría de los patrimonios importantes hasta el siglo XIX; institución que protegía no la familia sino el linaje y especialmente la unidad del patrimonio productivo.

Menos consistencia tiene todavía la apelación al **carácter simbólico** de la legítima en relación con la protección de la familia. Pues la protección jurídica ha de tener un fundamento que justifique su carácter obligatorio, como el de atender

a los hijos menores o discapacitados. Por el contrario, será improcedente cuando suponga un privilegio de los hijos ya situados, impidiendo que los padres puedan disponer libremente de sus bienes con fines sociales o para atender las necesidades propias derivadas de la vejez.

No otro puede ser el sentido del a. 39 CE, al que acuden algunos para fundamentar en él la persistencia de la legítima, cuando precisa en el n° 3 que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda. Por lo que la protección social, económica y jurídica de la familia que los poderes públicos deben asegurar, conforme al n° 1 exige lógicamente que exista causa de protección.

Un enriquecimiento en base al parentesco mediante imposición de cuotas fijas arbitrarias y ciegas, al margen de la cuantía de la herencia, nada tiene que ver con la protección de la familia, y sí con una forzada e inactual perpetuación del poder familiar por vía legal, al margen de la voluntad del titular de los bienes.

No se puede perder de vista, por otra parte, la existencia de la libertad de testar en nuestro Ordenamiento en una amplia extensión territorial. Lo que demuestra lo infundado que resulta la apelación a la CE para mantener la legítima.

## **2º La solidaridad intergeneracional**

Un sector de civilistas parte de la existencia de una difusa solidaridad familiar o intergeneracional como fundamento de la legítima. Citan una sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 19 de abril de 2005, que blindó la legítima marcando al legislador ordinario los límites y principios a los que tiene que sujetarse. Consideró dicho Tribunal que la legítima de los descendientes es un valor protegido constitucionalmente, pues a pesar de los cambios progresivos en la evolución de las estructuras familiares, la legítima no pierde vigencia, y su fundamento aún se explica en base a los principios de solidaridad familiar (el patrimonio de padres e hijos se mantiene o incrementa gracias a la ayuda mutua y recíproca entre ellos) y el de protección a la familia (que evita que hijos no matrimoniales o fruto de otros matrimonios del causante queden excluidos por el simple hecho de haberse relajado las relaciones entre padres e hijos).

El Tribunal alemán, de modo dogmático e irreal considera que el patrimonio de padres e hijos se mantiene e incrementa gracias a la ayuda mutua y recíproca entre ellos.

Aparte de la inconsistencia de aseveración tan radical y generalizadora, la solidaridad como fundamento de una restricción a la libertad sólo podría aceptarse jurídicamente cuando se refiere a personas necesitadas, lo que daría paso a una obligación de asistencia o alimentos. Pero, en modo alguno, una solidaridad

indiscriminada, al margen de las necesidades, que incluya a personas que podrían gozar de una posición incluso más favorable que la del testador.

La solidaridad no puede suponer o exigirla atribución forzosa a favor de personas a las que después de haber dedicado atenciones y desvelos durante media vida, de ayudarles en las necesidades de la niñez, de sufrir las preocupaciones de la adolescencia y soportar los gastos y dedicación que requiere su formación, tengan, además forzosamente, que reservarle buena parte del resto que quede de su patrimonio. En tal caso no se puede hablar de solidaridad, en cambio sí de falta de equidad.

La referencia a la protección de la familia, exige en puridad una causa que justifique tal protección, como podría ser la edad o discapacidad. Pues en otro caso no se protege la familia, sino que se perpetúa legalmente el poder de la misma, hoy ya sin fundamento social alguno.

### **3º Moral social o racionalidad ética**

Aun reconociendo que la libertad de testar es más “adecuada”, algún autor, volviendo la mirada al viejo “*officium pietatis*” romano, pone de relieve la importancia que pudieran tener la moral social y la moral crítica como criterios para rechazar contenidos testamentarios que “aparezcan como arbitrarios o injustificados”; y sugiere la utilidad de considerar el normal proceder de los testadores, que se entiende reflejado en el orden legal de suceder abintestato, como criterio generalmente justo, predeterminado por el legislador por razones de corrección, del que, acaso, los particulares sólo podrían desviarse por buenos motivos, es decir, por una “causa lícita” suficiente para legitimar la disposición.

Con lo que se desvía la solución del problema hacia una técnica semejante a la desheredación. Aunque el carácter supletorio del orden de suceder abintestato demuestre la prevalencia de la libre disposición.

Pretender corregir la voluntad del testador en base a criterios de una pretendida justicia distributiva, que algunos entienden ínsita en el orden de suceder abintestato, al que estaría sujeto en la práctica, supondría la negación misma de la libertad de testar, que en este trabajo se defiende con argumentos que no son ajenos a la propia moral, si se tiene en cuenta la verdadera estructura de la familia actual, tal como hemos visto.

El criterio moral o ético deberá tenerse en cuenta no en función del parentesco, que en sí mismo ningún fundamento de tal carácter puede tener, sino de las relaciones de afecto y necesidades reales derivadas de discapacidades. De modo que una moral auténtica nos llevará, a salvo la protección de hijos menores o discapacitados, a preferir a personas quea yuden y asistan con dedicación y afecto al testador, o que puedan continuar con eficacia la obra social emprendida por él o que

pretenda realizar mediante el patrimonio hereditario. Y desde luego, la atención a los más necesitados, directamente o a través de fundaciones u otras instituciones.

Al llegar a este punto, merece la pena recordar las palabras que hace más de un siglo escribió CONCEPCIÓN ARENAL, de modo claro e impecable: *‘Me parece altamente filosófico y equitativo el modo que tiene la Iglesia Católica de comprender los deberes de los padres, y que expresa el Catecismo diciendo que deben a sus hijos alimentarlos, enseñarlos, darles buen ejemplo; no dice dejarles herencias, ni procurar enriquecerlos. El precepto es claro como la justicia, sencillo como la verdad: alimentar a sus hijos, sostener su cuerpo, darles enseñanza y buen ejemplo, sostener su espíritu, darles estado, educar su inteligencia y, por todos estos medios, ponerlos en condiciones de que quieran y puedan trabajar con fruto y sean hombres honrados, dichosos, cuanto es posible, y útiles a la sociedad. Ningún hijo en razón puede exigir más de su padre, que después que le ha dado esto podrá darle más porque quiera, no porque le deba ya cosa alguna.’*

Hoy resulta luminosa la película Gran Torino, que refleja claramente la necesidad de libertad de testar para conseguir un reparto justo del patrimonio del causante.

4º Por último se dice que la legítima **es el medio de evitar la captación de voluntad** de los padres de edad avanzada y comportamientos oportunistas. Se entiende que las legítimas o limitaciones a la libertad de testar supondrían un cinturón de seguridad frente a decisiones “erróneas” o debidas a “influencias excesivas”; considerando como tales las que desvían el patrimonio de su normal trayectoria familiar, es decir, las que marginan a los llamados “herederos forzosos”. Sin embargo, es preciso tener en cuenta:

- 1º Que el peligro de influencias excesivas existe en todos los actos de la vida, cualquiera que sea la edad y la situación en que una persona se encuentre. Baste recordar la posibilidad de otorgar testamento abierto a partir de los 14 años.
- 2º Se incurriría en una injusta solución generalizadora, pues para evitar un comportamiento irregular excepcional quedarían afectados todos los testadores.
- 3º El sistema de legítimas, y más con la reducción que se está operando en la mayoría de las legislaciones, es inadecuado para resolver el problema de la captación, pues siempre quedará un amplio margen de voluntad captada.
- 4º Se pretende resolver un problema con un instrumento jurídico excesivo e inadecuado. Pues el Derecho tiene medios equilibrados y apropiados para

ello. El preventivo de la intervención asesora y controladora notarial y el decisorio judicial que determinará si la disposición deberá quedar sin efecto por falta de capacidad o por consentimiento viciado.

Los problemas de “voluntad extravagante”, “testador vulnerable”, “limitada autonomía de personas de avanzada edad”, que siempre han existido, son problemas de incapacidad o de voluntad viciada, y en base a ello tendrán que resolverse.

Analizados la evolución legal del sistema legitimario, los problemas que plantea en relación con la equidad, los cambios sociales, el rechazo cada vez más extendido de los testadores; también la resistencia de un buen número de civilistas contrarios a la libertad de testar y su debilidad argumental. Procede ahora concretar en positivo las razones sobre la necesidad de sustituir el sistema de límites por uno de libertad de testar.

La mayoría de las Constituciones acogen como derechos básicos la propiedad y la herencia, que no son más que derivaciones lógicas de la libertad, necesaria para el pleno desarrollo de la personalidad. La nuestra, en el a. 33.

El libre desarrollo de la personalidad exige la libertad de elegir el sucesor o sucesores, libertad que también constituye el contenido del derecho a la herencia.

El Estado no puede imponer restricciones a la libertad de disposición de la propiedad vulnerando el contenido esencial de un derecho básico. El Estado no puede imponerse a la voluntad del propietario señalando ciegamente qué tiene que hacer y cuál deber ser el reparto de sus bienes, en beneficio de unas personas que, en la mayoría de los casos, están desvinculadas del grupo familiar, con sus necesidades cubiertas y vida independiente; y cuyas cualidades y merecimientos sólo el testador puede sopesar. La familia ha dejado de ser una **comunidad objetivada** y hoy su base es el afecto y amor.

Cualquier límite a la libertad de disponer, que constituye contenido esencial del derecho de propiedad, ha de tener fundamento en una función social.

El quid está pues en la función social que pueda delimitar el contenido de la propiedad y de la herencia. Y, por tanto, si las legítimas cumplen esa función social delimitadora.

No puede negarse que, pese a la polémica que suscitó el fundamento de las legítimas, pudieron cumplir una función de equidad en un momento histórico en el que el poder del padre de familia condicionaba gravemente el porvenir de sus hijos, quienes, a la vez, contribuían con su esfuerzo al mantenimiento y desarrollo de la economía familiar.

En la actualidad, sin embargo, las relaciones de los hijos con los padres se caracterizan, como hemos visto, por la independencia de los hijos desde edad muy temprana, y por la realización de una trayectoria vital autónoma, desentendida y desprovista de relación íntima y continua con los padres, hasta llegar a la despreocupación por ellos cuando se convierten en una carga.

Por otra parte, conviene no olvidar que la mayoría de los patrimonios están constituidos por la vivienda y, a lo más, un fondo de previsión que los padres van creando precisamente con el fin de atender a sus necesidades, para el momento que carezcan de energía y fuerza vital y no puedan generar nuevos recursos. Patrimonio resultante de muchos años de esfuerzo personal o compartido con el cónyuge después de detraer un parte sustancial para mantener y formar a sus hijos.

En tal situación la legítima no sólo no cumple función social alguna, sino que se ha convertido en un grave escollo para el desarrollo libre e independiente de la persona en el momento más delicado de su vida, que es el de la vejez, en el que la libertad de disposición de su patrimonio cumple una función primordial, que es subvenir a las atenciones que su vida reclama, sirviendo de substrato económico para que la persona pueda desarrollarse plena y dignamente hasta el momento de su muerte.

En el caso de la empresa creada por el padre o la madre, la libertad de disponer es necesaria, además, para poder elegir a quien tenga cualidades suficientes para poder continuar y posibilitar la subsistencia de la obra social y económica que supone la empresa individual.

La legítima hoy no sólo no cumple función social, sino que constituye una causa de desprotección familiar, de una parte de la familia, que son los padres, que también son familia, precisamente la más necesitada y la generatriz, en beneficio de la otra parte que tiene su independencia, con la que ya han cumplido sus deberes y que ya no necesita protección.

Pero, además, una atribución legal imperativa y ciega, al margen del mérito, resta incentivo al esfuerzo personal, que es parte de la formación que los padres deben propiciar. Y es causa de desvíos y desatenciones que afectan negativamente a la cohesión familiar, a la que apelan los defensores de las legítimas.

Por eso existe cada vez más rechazo e inquietud cuando, a la hora de testar, se constatan las limitaciones impuestas por el legislador, y no convence ni el argumento de que ha sido siempre así históricamente, ni el de que con tales limitaciones se evitan los casos, excepcionales, de voluntad manipulada, ni el de la solidaridad indiscriminada al margen de una causa de necesidad, que se traduce en inequidad.

La libertad de testar es hoy el medio jurídico más idóneo para ajustar el patrimonio a la finalidad que debe cumplir, que es atender las necesidades de su titular y de las personas a las que debe ayuda y protección, y al fallecimiento de aquél facilitar la continuación de su obra social y económica.

Sólo la protección de la parte de la familia que lo necesite y en la medida que lo necesite será razón para su limitación. De ahí que la libertad de testar haya que entenderse, **sin perjuicio** de los **deberes derivados de la filiación y convivencia**. Es decir, de la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y aún después hasta completar su formación, y en los casos de discapacidad; y de ayuda y asistencia a los ascendientes y al cónyuge o conviviente si lo necesitaren.

Deberes que originan obligaciones y derechos correlativos, que no son en sentido estricto límites a la libertad de disposición sino obligaciones razonables derivadas de responsabilidades contraídas; que si no se cumplen en vida de causante inciden lógicamente en el ámbito sucesorio. Pero cuya cuantía no puede determinarse mediante una cuota fija, sino en función de las necesidades de las personas a la que se deba protección; a no ser que se prescinda de la equidad.

El legislador debe tomar conciencia del problema y dictar las normas adecuadas. Pero al jurista compete señalar la insuficiencia o inadecuación de las leyes y proponer soluciones justas. Concretamente, en este caso, deberá denunciar que el sistema legitimario no responde a las necesidades realmente sentidas por la sociedad y que su regulación es desequilibrada y, por lo tanto injusta.

En base a las reflexiones expuestas en este discurso, especialmente la constatación de la falta de fundamento consistente de la legítima que justifique tal limitación a la propiedad y a la herencia, es preciso concluir señalando la pertinencia de la libertad de testar, como exigencia no solo de justicia sino de la humanización de las relaciones jurídicas.

Considero, pues, conveniente una modificación sustancial del sistema, que acoja la libertad de disponer mortis causa, suprimiendo el privilegio de adquirir bienes por razón de parentesco, forzando la voluntad de su titular. Sin perjuicio de las repercusiones sucesorias que se deriven de los deberes referidos de atención y alimentos.

Ninguna razón sólida existe, ni moral, ni de solidaridad, ni de justicia, para que, una vez cumplidas las obligaciones señaladas, se impongan por el legislador, de modo forzoso y ciego, límites a la libre disposición mortis causa de la persona; poniendo en entredicho su capacidad y buen sentido y, en consecuencia, también su propia dignidad.





**APERTURA DEL CURSO 2019-2020**  
**HACIA UNA REFORMA DEL RÉGIMEN**  
**DE LA DISCAPACIDAD:**  
**LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO**  
**Y LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK**

Excma. Sra. Doña M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán  
Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo

**1.- La interpretación jurisprudencial del sistema de modificación judicial de la capacidad conforme a los principios de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

El sistema vigente en este ámbito continúa siendo en la actualidad el que introdujo la reforma del sistema de tutela por Ley 13/1983, de 24 de octubre. En este sistema se han ido introduciendo modificaciones parciales, pero no se ha cambiado la estructura esencial, por mucho que la doctrina y los agentes implicados vengán denunciando la necesidad de adaptar la regulación a los principios que derivan de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento interno (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE núm. 96, de 21.4.2008 (en vigor desde el 3.5.2008).

La Convención de Nueva York opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3). La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3).

Se trata, como declara el art. 1 de la Convención, de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. A lo largo de la Convención se desarrollan ampliamente estos derechos: a tener un patrimonio y disponer de él, a la libertad, a la privacidad, a vivir independientemente, a contraer matrimonio y formar una familia, a la salud, al trabajo...

Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención).

Además, de acuerdo con el art. 3 de la Convención, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas.

El punto de partida es, por tanto, la constatación de dos modelos diferentes, el de la Convención, y el sistema vigente.

No se ha cumplido, por el momento, el mandato contenido en la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad, que con el titulillo “Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar”, disponía lo siguiente: “El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”.

Mandato que fue reiterado por la Disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacio-

nal sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones): “El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”.

Tanto la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, como la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, han modificado el Código civil en aspectos concretos que inciden en la protección de quienes carecen de autogobierno, pero no han cambiado el sistema. Aun cuando es cierto que en algún aspecto han podido acoger alguna exigencia de la práctica (en la consideración de la guarda de hecho, por ejemplo, como alternativa que puede respaldarse judicialmente frente al sistema institucional), en lo sustancial se refuerza y profundiza en el modelo legal de limitación judicial de la capacidad de obrar y nombramiento de una institución tutelar en sentido amplio.

El 26 de septiembre de 2018 el Ministerio de Justicia publicó en su página web un «Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad» que se sometía a audiencia e información pública hasta el 19 de octubre de 2018. Los avatares políticos hacen que el futuro de este texto, elaborado por la sección civil de la Comisión General de Codificación sea incierto.

Mientras no se elabore una reforma legal, hay que atender a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que ha venido interpretando y aplicando el Derecho interno de manera coherente con la Convención de Naciones Unidas.

Con carácter previo hay que advertir que me estoy refiriendo a la discapacidad intelectual, la que afecta a la toma de decisiones, y ello con independencia de la causa, del origen de tal discapacidad (desde el nacimiento, por razón de los deterioros cognitivos asociados a la edad, por una enfermedad, un accidente, etc.). El matiz es importante porque se suele olvidar que el art. 1 de la Convención se refiere de manera global a las personas que pueden necesitar apoyos son distinguir la heterogeneidad y diversidad de la discapacidad. En particular, la Convención engloba situaciones de discapacidad física-sensorial, que impiden la

plena participación en la sociedad, y pueden requerir apoyos, pero no afectan a la toma de decisiones ni personales ni patrimoniales.

Es reprochable por ello que el anteproyecto español no defina ni describa la realidad a la que se refiere la discapacidad y ambigüamente mencione la necesidad de apoyos, aunque de su regulación se desprenda que se centra en la discapacidad intelectual, porque menciona que esos apoyos sean «necesarios», «pertinentes» o «precisos» para el ejercicio de la «capacidad jurídica», para que la persona pueda desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad. Lo cual, por cierto, presupone que sí es necesario que alguien realice un juicio sobre la capacidad de la persona, que es precisamente el presupuesto que se critica al actual modelo judicial.

La Sala Primera ha reiterado que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención.

La sentencia 298/2017, de 16 de mayo, realiza una síntesis de esta jurisprudencia:

«1.- Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de enjuiciamiento civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias.

El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio).

La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con

la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC)».

El análisis de la jurisprudencia muestra un rechazo a la modificación total de la capacidad cuando, a la vista de la prueba practicada, la persona goza de espacios de autonomía personal que deben ser preservados.

El juicio de capacidad que prevé la ley es concebido por el Tribunal Supremo como una valoración concreta y particularizada de cada persona, lo que está dando lugar a la configuración de un sistema flexible que se refleja en los fallos de las sentencias.

Como dice la sentencia 552/2017, de 11 de octubre:

«el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como lo son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas».

Así, según los casos, sin anular la autonomía personal, se establece una supervisión que se limita a las revisiones médicas cuando la persona no es consciente de su enfermedad, una supervisión para la adecuación de las decisiones patrimoniales de especial trascendencia cuando la persona es vulnerable a la manipulación de terceros o una asistencia para los actos que se enumeran (sentencias 298/2017, de 16 de mayo, 597/2017, de 8 de noviembre, entre otras).

Por ejemplo, el fallo de la sentencia 552/2017, de 11 de octubre, contiene el siguiente pronunciamiento:

«Se declara la falta de capacidad de Frida para todo lo que se refiere a su cuidado y asistencia médica, en relación con el trastorno psiquiátrico que padece. Se atribuye al curador la facultad de: conocer el estado de la atención médica de Frida, hablar con los facultativos sobre la paciente, acompañarla o hacerla acompañar al médico; interesar cuando sea preciso su internamiento y recabar para ello la autorización judicial pertinente, si no existe consentimiento de la paciente; y en general el ejercicio del derecho de información y también

la posibilidad de prestar el consentimiento informado por representación, en los términos previstos en el art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. - Se mantiene la limitación de las facultades de disposición patrimonial, en cuanto que necesitará de la autorización del curador para apoderar y contratar, y para realizar actos de disposición que excedan de 1.800 euros. - Se mantiene el régimen de curatela, con la ampliación de las funciones de cuidado y asistencia médica reseñados y la actualización del alcance de la limitación de facultades patrimoniales. - Se confirma en el cargo de curador a Ruperto».

Esta fallo se apoya en el siguiente razonamiento:

«Aunque el trastorno psíquico que padece Frida distorsiona su percepción de la realidad, expresamente se admite que en su vida diaria goza de autonomía para su atención personal: aseo, alimentación, cuidado de la casa, compras habituales para vivir... De tal forma que la necesidad de apoyos a los que se refiere el art. 12 de la Convención de Nueva York, guarda relación con la necesidad de garantizar su correcta atención médica, que pasa por su sujeción al tratamiento psiquiátrico.

La falta de conciencia de enfermedad incide directamente en la desatención al tratamiento, lo que agrava su situación. El principal apoyo del que precisa Frida y al que debe responder la modificación de la capacidad es la atribución a un guardador legal, tutor o curador, de las facultades necesarias, y justo las imprescindibles, para que la paciente siga el tratamiento prescrito por el médico que la atiende. Estas facultades relacionadas con la salud de Frida presuponen la interlocución con los facultativos que atiendan a la paciente, con el consiguiente derecho de información y también la posibilidad de prestar el consentimiento informado por representación, en los términos previstos en el art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esto es: el guardador legal puede y debe conocer el estado de la atención médica de Frida, hablar con los facultativos sobre la paciente, acompañarla o hacerla acompañar al médico, está legitimado para interesar cuando sea preciso su internamiento y recabar para ello la autorización judicial pertinente, si no existe consentimiento de la paciente.

Es lógico que el trastorno afecte a las facultades patrimoniales, pero sin que se justifique su completa privación. De hecho, la propia sentencia recurrida admite que Frida siga disponiendo de unas sumas mensuales sin necesidad de autorización, y confirma la actualización realizada por el juzgado, que la cifra en 1.800 euros. En cuanto a su capacidad de contratación, no tiene tanto sentido privarle totalmente de esta facultad, como someterla al complemento de capacidad del guardador legal. Con ello no sólo se asegura contar con la persona afectada por la discapacidad para cualquier acto de disposición patrimonial,

sino que se le mantiene la iniciativa en el ámbito patrimonial con la garantía que otorga la necesidad de autorización o confirmación del guardador legal.

La Convención de Nueva York de 2006 trata de preservar al máximo que la persona afectada por una discapacidad pueda ejercitar por sí sus derechos, que pueda desarrollar al máximo sus posibilidades de autogobierno. El juez, al resolver sobre el grado de capacidad y autogobierno de esa persona, y constituir los apoyos necesarios mediante un apropiado régimen de guarda legal, debe afinar y ajustarse a aquellos ámbitos en que estrictamente se requieren los apoyos».

Pero no se excluye que pueda ser precisa una representación para los actos que se determinen en la sentencia cuando sea necesario para la protección de la persona que no puede tomar algunas decisiones, ni por sí ni con asistencia en atención a que se le diagnostica una dependencia funcional severa de carácter permanente e irreversible (sentencia 458/2018, de 18 de julio, que confirma el nombramiento de tutor).

De ahí la importancia de que se practiquen todas las pruebas previstas legalmente (la exploración de la persona, oír a los parientes próximos, contar con el parecer de los médicos). En la medida en que permiten conocer la verdadera situación de la persona constituyen una garantía para su adecuada protección, tal y como ha destacado, además de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional:

La sentencia 597/2017, de 8 de noviembre, recuerda:

«La ley exige varias pruebas precisamente porque, como dice la sentencia 72/1986, de 10 de febrero, el juez no estaría vinculado por los criterios médicos, «pues la incapacidad, a efectos civiles, no emana de lo que merezca tal consideración en el aspecto estrictamente médico de índole psiquiátrica, sino simplemente de las circunstancias que el mencionado precepto establece (el art. 200 CC), de que exista en una persona,... una enfermedad que le impida gobernarse por sí misma».

Ciertamente, entre las pruebas legales previstas, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia (art. 759.1 LEC, antes art. 208 CC). Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona (sentencia 341/2014, de 1 de julio).

La exploración judicial, como dijo la sentencia 145/1989, de 20 de febrero, «constituye no solamente un valioso dato probatorio, sino una garantía, en pre-

vención de abusos y maquinaciones, por una parte, y por otra, de una meditada decisión constitutiva de una situación en una materia no absolutamente perteneciente a la medicina o a la psiquiatría, sino que, científicamente, es un problema multidisciplinario y humanamente inserto en criterios sociales carentes de rigurosa fijación.

Por ello, se busca que el Juez o Tribunal no describan hechos, como en las pruebas de reconocimiento judicial o inspección ocular, sino que emitan una opinión con el valor que la opinión del juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen, prudentemente, de definir.

(...) la opinión de los parientes, exigencia que, como dijo la STC 174/2002, de 9 octubre, es una garantía legal de la persona con discapacidad, en la medida en que puede permitir conocer la situación real y los apoyos con los que en su caso cuenta la persona en su propio entorno».

En definitiva, el juicio de capacidad que se realiza con el conocimiento preciso de la persona que se alcanza mediante la práctica de todas las pruebas, permite adoptar medidas proporcionadas a la situación, a la necesidad de cada persona con discapacidad. Todo ello, exclusivamente desde la perspectiva de la necesidad de apoyo a la persona con discapacidad, no del mejor interés de sus familiares. Como recuerda la sentencia 383/2018, de 21 de junio, también cuando, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.

El análisis de la jurisprudencia de la Sala Primera de los últimos años muestra como la curatela se ha convertido en la institución de apoyo protagonista. Hay que tener en cuenta que muchos de los recursos que llegan a la Sala cuentan con el respaldo del Ministerio Fiscal, y lo que hacen es impugnar una sentencia que, sin motivación suficiente, y de manera poco coherente con la situación de hecho que describen, incapacitan totalmente y nombran tutor. Raramente se recurren las sentencias que ya han graduado la capacidad y han nombrado curador para determinados actos. En buena medida la razón de esas sentencias puede encontrarse en el deseo bien intencionado de no judicializar en exceso la situación, es decir, la convicción de que, si bien es posible que la persona no requiera en el momento en que se toma la decisión una incapacitación total, la evolución normal de la enfermedad que padece permita presumir que su discapacidad aumentará y, con ella, la necesidad de apoyos más fuertes. Este planteamiento, sin embargo, no es ajustado a los principios de la Convención, que exigen que las medidas de apoyo se limiten a lo necesario y sean proporcionadas a las circunstancias de la persona. Otra cosa



es que apuntan a una insuficiencia de medios que permita dudar de la agilidad con la que se podrá responder a una evolución desfavorable de la discapacidad.

Los fallos de las sentencias del Tribunal Supremo muestran, además, una heterogeneidad de contenidos de la curatela en función de los ámbitos en los que cada persona precisa la asistencia: solo en lo personal, para actos médicos de control de la enfermedad, solo en lo económico, para actos de mayor trascendencia o cuantía, en lo personal y en lo patrimonial para los actos que se enumeran...

Teóricamente, desde la reforma del Código civil del año 1983 esta graduación era posible, pero lo cierto es que en la práctica se ha impuesto por exigencia de la interpretación y refuerzo del sistema legal con la Convención.

En este sentido, lo que hace el anteproyecto al optar por la curatela como sistema de apoyo judicial enlaza con la doctrina jurisprudencial. El anteproyecto suprime la tutela para las personas con discapacidad y la reserva a los menores de edad, pero más allá de la denominación no puede eludir la realidad de que hay personas con discapacidad que requieren un apoyo que consista en su representación por otros, al menos para ciertos actos que la sentencia debe delimitar de manera precisa. Se admite así, con carácter excepcional, se dice, la curatela representativa.

Frente a lo que pudiera parecer a primera vista la novedad no es tan grande. Para el sistema del Código civil, la doctrina venía admitiendo con normalidad como contenido posible de la tutela una función de asistencia o complemento de determinados. Este punto de vista es lógico porque si el tutor, legalmente, puede representar, también podrá asistir cuando así se establezca en la sentencia. Esta posibilidad de una función que asista en determinados ámbitos y que represente en otros está admitida expresamente en las regulaciones que de la materia contienen los derechos aragones y catalán.

## **2.- El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención de Naciones Unidas**

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha interpretado el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención de Naciones Unidas. Me voy a referir a continuación a dos ámbitos sensibles: el otorgamiento de testamento y la celebración del matrimonio.

### ***2.1. El otorgamiento de testamento***

Por lo que se refiere al testamento de las personas con discapacidad, la sala primera se ha pronunciado en múltiples ocasiones en supuestos de impugnaciones de testamentos en los que se alegaba la falta de capacidad del otorgante.

Se ha negado la legitimación del tutor para impugnar el testamento en vida de la persona con discapacidad (sentencia 128/2010, de 23 de marzo) con el argumento de que la acción no se dirigía a proteger el interés del tutelado; realmente sí que es de interés del tutelado que no llegue a surtir efectos un testamento que ha otorgado bajo influencia indebida de tercero, pero el ejercicio de esta acción se enfrenta a otros problemas, como las dificultades para identificar a los legitimados pasivamente, puesto que el testamento no produce efectos hasta el fallecimiento y con antelación no se puede conocer con seguridad si los llamados aceptarán, o si habrán premuerto, por ejemplo, o las consecuencias que puedan derivar si la persona con discapacidad recupera su capacidad.

Con todo, los supuestos que con frecuencia han llegado a la Sala se plantean tras el fallecimiento del otorgante, tanto en casos en los que su capacidad había sido modificada judicialmente como en casos en los que no se había tramitado un procedimiento judicial de incapacitación.

Hay razones para defender que, a pesar del tenor del art. 665 CC, el otorgamiento de testamento siempre será posible con las cautelas que establece el precepto (intervención de dos facultativos que reconozcan y al testador y respondan se su capacidad).

La sentencia 97/2017, de 8 de noviembre, revocó la sentencia de la Audiencia Provincial en la que, de modo rutinario, sin explicar las razones que basaban tal decisión, se privaba de la facultad de otorgar testamento a la persona a la que se incapacitaba. La Sala Primera afirma que, por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el art. 665 CC, conforme al cual el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.

Desde este punto de vista, rectificando el criterio mantenido en algunas sentencias, en las que se limita la capacidad de obrar para otorgar testamento en el sentido de que se requiere el apoyo del curador (SSTS 21/2013, de 24 junio, y 57/2015 de 20 octubre), en la sentencia 146/2018, de 15 de marzo, la Sala Primera ha declarado que, con independencia de la causa de la discapacidad y de que la enfermedad en su caso se mantenga estable o evolucione, el testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por la ley y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario favorable a la capacidad para testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes (entre otras, sentencias de esta sala 250/2004, de 29 de marzo, 289/2008, de 26 de abril, 685/2009, de 5 de noviembre, 20/2015, de 22 de enero, 435/2015, de 10 de septiembre, y 461/2016, de 7 de julio).

La posibilidad de que el interesado otorgue testamento con asistencia de otra persona, con base en la idea del sistema de apoyos que deriva de la Convención de Nueva York, resulta ajena a la tradición recogida en nuestro Código de ser el testamento un acto personalísimo que debe ser otorgado en exclusiva y de modo personal por el interesado. Otra cosa es que el notario, al autorizar el testamento, realice una función de apoyo dirigida a documentar de manera correcta la verdadera voluntad libre de quien lo otorga.

Sobre esta materia, la sentencia 146/2018, de 15 marzo, declara:

«1.<sup>a</sup>) El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC), ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. La Convención proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad así como promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).

2.<sup>a</sup>) De manera específica para el testamento, el art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad.

3.<sup>a</sup>) Atendiendo a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes *mortis causa* no puede equipararse a los actos de disposición *inter vivos* y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual.

4.<sup>a</sup>) Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento.

5.<sup>a</sup>) Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la «enajenación mental» es válido (art. 664). Por eso también el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC).

6.<sup>a</sup>) Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente el art. 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos.

Como ha declarado reiteradamente esta sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes (entre otras, sentencias de esta sala 250/2004, de 29 de marzo, 289/2008, de 26 de abril, 685/2009, de 5 de noviembre, 20/2015, de 22 de enero, 435/2015, de 10 de septiembre, 461/2016, de 7 de julio)».

## ***2.2. La celebración de matrimonio***

El matrimonio de las personas con discapacidad ha llegado al Tribunal Supremo desde diversas perspectivas.

i) La sentencia 97/2017, de 8 noviembre, casó la sentencia de la Audiencia Provincial que había privado de la capacidad para contraer matrimonio. Dice la sentencia del Supremo:

«Para el matrimonio, hay que tener en cuenta que nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no contempla la privación de la capacidad para contraerlo ni en consecuencia prevé que la persona con capacidad limitada requiera autorización judicial para que compruebe su capacidad (art. 145 Code civil belga; en el Derecho francés, según los casos, el art. 460 del Code exige la autorización del juez, del curador o la del consejo de familia).

En ausencia de norma expresa que permita privar «in genere» de la capacidad para contraer matrimonio, debe considerarse que las personas con enfermedades mentales o deficiencias sí pueden contraerlo cuando puedan prestar válido consentimiento matrimonial, cuando posean la capacidad natural de entender y querer la unión matrimonial, lo que es posible tanto si la persona está incapacitada (lo confirma el art. 171.4.º CC) como cuando, sin estarlo, adolezca de alguna deficiencia psíquica. Así resulta del tenor del art. 56 CC vigente, que exige que quienes deseen contraer matrimonio acrediten previamente que reúnen los requisitos de capacidad exigidos y, si alguno de los contrayentes está afectado por anomalías psíquicas, se exige dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento.

En la redacción del art. 56 CC dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio (y que todavía no está en vigor) se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. De esta forma, se refuerza el desarrollo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo art. 23 establece la obligación de los Estados parte de evitar la discriminación con-

tra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio y la familia y, con este fin, reconocer «el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges».

ii) La doctrina ha venido entendiendo tradicionalmente que para las incumbencias estrictamente personales está excluida la representación del tutor de tal manera que, por ejemplo, sólo el propio sujeto, si tiene capacidad, puede contraer matrimonio o divorciarse. Suele afirmarse que, aunque se trate de un incapacitado total, nadie puede hacerle contraer matrimonio, o ejercitar por él la acción de divorcio, o atribuirle un hijo por reconocimiento. Serían supuestos que estarían excluidos de la representación. Tampoco podrá nadie reconciliarle con su cónyuge (art. 84 CC) o remitir las causas de indignidad para suceder (art. 757 CC). En cambio, se ha venido admitiendo el ejercicio de la acción de nulidad matrimonial (art. 74 CC), o la opción por determinada vecindad civil por el tutor (art. 15 CC).

Pero la necesidad de atender adecuadamente a los intereses personales y patrimoniales del incapacitado llevó a la STC 311/2000, de 18 de diciembre, a revisar este planteamiento respecto de la legitimación del tutor para ejercer la acción de separación matrimonial del incapacitado.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del Tribunal Supremo 149/1999, de 27 de febrero, que sostuvo que el tutor no podía instar la acción de separación en representación del pupilo incapacitado por ser una acción personalísima. El Tribunal Constitucional entiende que el cierre de la posibilidad del ejercicio de la acción determina la violación al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y desemboca, además, en una situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales (arts. 14 y 32 CE).

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo 625/2011, de 21 de septiembre, admite la legitimación del tutor para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada cuando se aprecie que el divorcio es favorable a su interés. Considera la sentencia que la presencia del Ministerio Fiscal garantiza que la actuación del tutor no es caprichosa y que la representación del tutor y la legitimación para establecer demanda (art. 271.6 CC) no distingue la naturaleza de la acción.

Hay que pensar que esta legitimación del tutor es posible solo en las separaciones y divorcio judiciales. En buena medida el hecho de que la acción se sustente en

un proceso judicial, lo que permite un control del interés de la acción para la persona con discapacidad, justifica la admisión de su ejercicio mediante representación. No es posible por tanto en las separaciones y divorcios no judiciales: expresamente solo se excluye cuando haya hijos menores o con discapacidad (art. 82.2 CC), pero con más razón debe excluirse cuando alguno de los cónyuges padezca una discapacidad y, de hecho, se exige que la intervención de los cónyuges sea personal.

iii) Al Tribunal Supremo han llegado también supuestos de impugnaciones de validez de un matrimonio planteadas por familiares de alguno de los otorgantes que alegan falta de capacidad para prestar válido consentimiento matrimonial.

La sentencia 145/2018, de 15 de marzo, revisa los criterios jurídicos aplicados por la sentencia recurrida para decretar la nulidad de un matrimonio frente al criterio de quien lo autorizó y de quien lo inscribió en el Registro Civil, en un caso en el que consta probado que el cónyuge que padecía la discapacidad y que, ciertamente, fue incapacitado, fue simultáneamente considerado por un juez capaz para interponer una demanda de divorcio. La sentencia parte de las siguientes consideraciones:

«1.ª) El derecho a contraer matrimonio es un derecho derivado de la dignidad del ser humano que está reconocido en el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el art. 32 de la Constitución española.

2.ª) Conforme al art. 23.1.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, «los Estados partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges».

Este precepto debe ser interpretado en el contexto del propósito declarado de la Convención, que no es otro que el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).

Así se explica que la Convención sienta como principio general el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar

las propias decisiones, y la independencia de las personas [art. 3.a)] y que las medidas de apoyo que puedan adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

De lo que se trata, dice el art. 12.4 de la Convención, es de proporcionar «salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos»:

«Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

3.<sup>a</sup>) Puesto que la causa del nacimiento del vínculo matrimonial es el consentimiento de los cónyuges, la falta de capacidad natural de querer y entender la unión es un requisito de validez del matrimonio.

En 1981 se derogó la norma que impedía celebrar válido matrimonio a «los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio» (redacción originaria del art. 83.2.º CC). En la actualidad, la aptitud natural para contraer matrimonio se recoge, de manera más adecuada al «*ius connubii*», referida de manera precisa al consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73.1.º CC), y el art. 56 CC pone de relieve que las deficiencias o anomalías psíquicas por sí mismas no impiden celebrar un matrimonio válido.

4.<sup>a</sup>) La falta de consentimiento matrimonial es causa de nulidad. Además de la acción de nulidad, el ordenamiento establece controles que permiten examinar la concurrencia de los requisitos de capacidad y ausencia de impedimentos: de manera previa, en el expediente que precede a la celebración del matrimonio, a efectos de autorizar o no su celebración (art. 56 CC); y, cuando el matrimonio se hubiera celebrado sin expediente matrimonial previo, en el momento de la inscripción (art. 65 CC).

5.<sup>a</sup>) Como dijo la sentencia de esta sala 235/2015, de 29 de abril:

El Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 322 CC), de forma que sólo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido este estado (arts. 199 CC y 756 a 762 LEC).

Esta presunción general de capacidad admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio porque el art. 56 CC dispone en el párrafo segundo que “si algunos de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su actitud para prestar consentimiento”.

Paso previo a exigir referido dictamen es constatar por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica.

Y se exige tal dictamen en vez de negar sin más capacidad, porque en el matrimonio se requiere, como en cualquier otro negocio jurídico, una real y válida voluntad no aquejada de vicios invalidantes, pero, sin embargo, la solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyen por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio.

Tal solución se compadece con catalogar el derecho del matrimonio entre los derechos humanos y, su protección constitucional (art. 32 y 53 CE).

Prueba de ello es la previsión contenida en el art. 171, párrafo segundo, número cuatro del CC, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue “por haber contraído matrimonio el incapacitado”, de lo que se colige que la incapacitación judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio.

De ahí, la importancia del dictamen médico si existe constancia o percepción de las deficiencias o anomalías psíquicas».

En esta misma sentencia 235/2015, de 29 de abril, en relación con la acción de nulidad de un matrimonio ejercida por los hermanos del esposo, tras su fallecimiento, alegando que padecía discapacidad intelectual pero que no se exigió un dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento, la sala rechazó que la sentencia que desestimó la demanda de nulidad infringiera el art. 56 CC al «no constar acreditado que el encargado del Registro Civil en su entrevista reservada percibiese esas deficiencias o anomalías psíquicas en el contrayente, como tampoco las percibió el notario autorizando el poder mencionado en el resumen de antecedentes o de la partición de las herencias de sus padres».

En la redacción del art. 56 CC dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, «solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda



impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

6.<sup>a</sup>) Cuando el matrimonio se celebra sin previo expediente matrimonial, el control de la validez del matrimonio se lleva a cabo en el momento de la inscripción en el Registro Civil (art. 65 CC), sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de una acción de nulidad posterior.

El matrimonio en el extranjero entre un español y un extranjero puede celebrarse válidamente con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (art. 49 CC). Tanto la redacción del art. 49 como la del 65 CC fueron modificadas con posterioridad por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que a su vez dio nueva redacción a los artículos correspondientes de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que todavía no han entrado en vigor.

Lo que importa destacar, a efectos del presente recurso, es que aunque la forma establecida por la ley del lugar de celebración sea válida, conforme al art. 65 CC es necesario (y seguirá siéndolo tras la reforma), para poder practicar la inscripción, comprobar que han concurrido los requisitos legales de fondo exigidos para la validez del matrimonio, lo que comprende tanto la capacidad matrimonial como la expresión del consentimiento matrimonial y el resto de los requisitos legales. Esta comprobación puede llevarse a cabo mediante la calificación de la «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración», siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española (art. 256.3.º RRC) o, en ausencia de título documental suficiente, a través del expediente previsto en el art. 257 RRC, según el cual «el matrimonio solo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos». En el expediente se comprende la audiencia reservada a los contrayentes (art. 246 RRC). Se trata, en definitiva, de dar cumplimiento al principio de legalidad del Registro Civil, dirigido a evitar el acceso al mismo de un matrimonio nulo.

7.<sup>a</sup>) Por lo dicho, a pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 322 y arts. 199 CC y 756 a 762 LEC), siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas.

Es decir, la discapacidad intelectual, per se, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio.

Puesto que lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente, la ausencia de informe médico tampoco determina per se la nulidad del matrimonio.

No obstante, con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio».

### **3. El respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad**

#### ***3.1. Idea general***

Uno de los pilares clave del modelo que inspira la Convención de Naciones Unidas es el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad intelectual. De ahí el interés en comprobar en qué medida, antes de que se haya producido la adecuación del texto legal a la Convención, **la jurisprudencia da muestras de la incorporación de estos principios a la aplicación del Derecho vigente.**

En primer lugar, cabe destacar que la jurisprudencia muestra ejemplos de **manifestaciones realizadas en la propia exploración judicial** –por ejemplo, acerca de la voluntad de permanecer en la casa o de ser asistido por determinado hijo– que son respetadas si se aprecia que garantizan una protección adecuada de la persona.

Así sucede en la sentencia 337/2014, de 30 de junio, donde se dice que:

«el afectado no tiene anulada, de forma significativa, su capacidad cognitiva y volitiva, siendo capaz de manifestar su voluntad y preferencia sobre determinados ámbitos de relevancia para sus intereses, es donde debe señalarse, conforme a la doctrina expuesta, que el régimen de la curatela, en la persona que el recurrente interesa, es el que mejor responde a las necesidades de protección en consecuencia con el ejercicio de sus Derechos fundamentales».

En el caso, la Sala estima el recurso de casación interpuesto contra las sentencias de instancia, desestimando, sin embargo, el recurso extraordinario por infracción procesal, al entender que la sentencia de apelación no adolecía de defecto de motivación. La Sala considera que la incapacitación de una persona no le priva del derecho a actuar en la vida jurídica en aquellos aspectos de su autonomía no afectados por la sentencia de incapacitación.

En el caso de autos, existía una sentencia de incapacitación parcial en la que se nombraba un curador. El instituto tutelar de adultos de la Comunidad Autónoma solicitó la transformación del régimen de curatela en tutela y que se nombrase a ese Instituto como tutor del incapacitado. El incapacitado solicitó el

mantenimiento del régimen de curatela establecido en sentencia y que fuera su pareja de hecho la que ejerciese dicho cargo de curador. Las sentencias estimaron la demanda en su integridad, obviando la solicitud del tutelado. La Sala de casación estima el recurso, manteniendo el régimen de curatela e instituyendo a la pareja de hecho del incapaz en su curadora, al entender que, en primer lugar, los únicos datos que se habían tenido en consideración eran los mismos que los de la primera sentencia y, en segundo lugar, que el incapacitado no tenía anulada completamente su capacidad de decidir sobre su persona.

Se admite, en función de la prueba practicada, que deba respetarse la voluntad de la persona de permanecer en casa. Dice la sentencia 244/2015, de 13 de mayo:

«Si revisamos la descripción de la situación de discapacidad de Ana que se contiene en la sentencia recurrida y corrobora la expuesta en la sentencia de primera instancia, y que en ambos casos ha servido para declarar su incapacidad total, se advierte una contradicción, pues podían haberse preservado los espacios de autonomía que se le reconocen, aunque sea en un entorno protegido. **No consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista, o en una residencia.** El hecho de que carezca de movilidad y necesite de una silla de ruedas, y el que precise de alguien que le cuide para cubrir sus necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión.

En el plano patrimonial es más claro que al carecer de capacidad de cálculo, tiene graves dificultades para administrar sus bienes, lo que, sin embargo, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión sobre a qué destinar sus medios económicos. A este respecto, necesita de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad».

La sentencia 487/2014, de 30 de septiembre, casa la sentencia que prescindió de la voluntad de la interesada, manifestada en la exploración judicial, acerca de que prefería permanecer en casa del hijo y no ir a casa de la hija:

«La Sala estima que la Audiencia Provincial de Oviedo no aplicó adecuadamente la Convención de Nueva York.

La Audiencia Provincial no hizo una expresa valoración de la voluntad de la recurrente. Aunque exploró a esta y se expresó -así resulta de la grabación del acto- en los términos antes transcritos [«Me fui con él porque estaba fastidiada

con mi hija... estaba enfadada porque quiere mandar todo y llega un momento en que uno se cansa... un día dije que no, que se había acabado... ahora con mi hijo y no cambio más... los niños me besan mucho y estoy encantada... sí, claro (contestación a la pregunta de si quiere estar con su hijo)... no me quedo con ella ni por nada... tengo mi hijo que me cuida muy bien»], la Audiencia Provincial prescindió de lo que la recurrente dijo.

No obstante, el Juzgado de Primera Instancia hizo una valoración que puede ser entendida como una valoración de la voluntad de la recurrente. Dado que la Audiencia Provincial, al confirmar la sentencia del Juzgado, se remitió implícitamente a ella, procede analizarla. El Juzgado se expresó así respecto a la voluntad de doña Olga: «[...] los celos que expresa la incapaz frente a su hija (que le grita, que le dice cosas desagradables, que la obliga a ir al cuarto de baño) carecen de la mínima entidad, partiendo de que doña Olga es una persona mayor, con demencia y déficits de memoria».

Valoración de la importancia de la voluntad de la recurrente que la Sala no estima adecuada por las siguientes razones.

NOVENO.- Razones para estimar el motivo y nombrar tutor a don Fermín, hijo de la recurrente. En primer lugar, es obligado tener en cuenta la voluntad de doña Olga. A tenor de lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la voluntad de la persona discapacitada (en el caso, incapacitada por decisión judicial) debe ser respetada salvo que razones objetivas permitan concluir que ello la perjudicaría.

Como resulta de las expresiones transcritas arriba -y muy resumidamente recogidas por la Audiencia Provincial al decir que manifestó su preferencia por su hijo-, **la voluntad de doña Olga es inequívoca. No hay posible confusión. De forma clara y rotunda ha dicho reiteradamente que quiere vivir con su hijo, no con su hija.** También, que la estancia con ella se acabó y no quiere volver. No se trata de que por razones nimias, consecuencia de su enfermedad, la señora Olga no quiera estar con su hija. Es, cualquiera que sea el motivo de esa decisión, la expresión del deseo de vivir con uno concreto de sus dos hijos, para lo que conservaba en la fecha de la sentencia recurrida el nivel de discernimiento suficiente. Y como doña Olga ha sido incapacitada solo en lo que se refiere a los actos de contenido patrimonial y a las decisiones sobre su salud, ninguna razón existe para que una expresión de voluntad tan clara no sea atendida.

Después, **sucede que ambos hijos son, a juicio de la Audiencia Provincial, igualmente idóneos para ejercer la función de tutor de su madre:** los dos hijos «se presentan por igual idóneos para el ejercicio de la tutela de su madre» (fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida); «No obstante la desestimación del recurso, la naturaleza de la materia controvertida, lo dudoso que

resulta en el caso de autos la designación de tutor, presentando ambos hijos semejantes cualidades e idoneidad, se hace aconsejable no realizar especial imposición de costas...» (fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida).

**Sucede además -y también es relevante al máximo puesto en relación con las razones anteriores- que la Sala no observa razón objetiva alguna que permita ni siquiera sospechar que esa voluntad le resulte perjudicial.** Y por lo que respecta a las posibles suspicacias sobre la conservación del patrimonio de doña Olga, la Sala subraya que la ley establece medidas suficientes para desecharlas. Así, el Código Civil dispone en su artículo 232 que «La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado», añadiendo en su segundo párrafo que «En cualquier momento [el Ministerio Fiscal] podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela»; y en su artículo 233, que «El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituye la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado. Asimismo, podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado o del estado de la administración».

### **Lo anterior no significa que el juez esté vinculado por lo manifestado por la persona con discapacidad.**

Así, en la sentencia 552/2017, de 11 de octubre se dice:

«La sentencia recurrida, a pesar de que la persona discapacitada había solicitado expresamente que no fuera nombrado tutor su hijo Ruperto, sino una fundación tutelar, ha confirmado en el cargo tutelar a Ruperto por entender que era mejor para Frida.

Las dos objeciones que podrían justificar la designación de una fundación tutelar, en vez de a su hijo Ruperto, son las mencionadas en el recurso al citar dos causas legales que inhabilitan para asumir un cargo tutelar: la enemistad con la persona incapacitada (art. 244.2º CC) y la existencia de conflicto de intereses (art. 244.4 CC).

Como muy bien razona la Audiencia, en un caso como este, no existe propiamente enemistad manifiesta entre Frida y su hijo Ruperto. La sintomatología propia del trastorno que padece Frida explica que tenga reticencias respecto de quien hasta ahora ha ejercido de curador. Lo lógico es que Frida, sin conciencia de enfermedad, dirija las ideaciones de persecución y de perjuicio sobre las personas que le rodean y sobre todo quien, de alguna forma, al ejercer la guarda legal, de hecho ha tenido que contenerla y, en beneficio e interés de ella, llevarle la contraria.

Estos sentimientos no pueden equipararse al supuesto legal de enemistad manifiesta, como tampoco revelan ningún conflicto de interés. Máxime cuando no se han aducido qué intereses concretos puede tener Ruperto que entren en conflicto con los de su madre Frida.

En consecuencia, procede confirmar la designación de Ruperto como guardador legal, en este caso curador con las funciones que resultan de la modificación de capacidad acordada».

### ***3.2. Designación de tutor o curador por el propio interesado y otorgamiento de poderes de autoprotección***

Nuestro ordenamiento dispone además de instrumentos que permiten anticipar esa voluntad y esa preferencia en previsión de una futura discapacidad: la autotutela y los poderes preventivos. La autotutela presupone la aplicación del sistema de modificación judicial de la capacidad mediante sentencia y la consiguiente constitución de un sistema de guarda. Los poderes preventivos permiten configurar un sistema de protección no judicializado que de hecho puede funcionar si existe una guarda de hecho en lo personal y no existen conflictos familiares con divisiones de intereses patrimoniales.

Aquí me interesa destacar cómo han llegado a la Sala Primera estos instrumentos.

La Sala Primera ha insistido en la **necesidad de respetar la designación anticipada de la persona llamada a ejercer el cargo de guarda realizada mediante la autotutela, salvo que se haya producido un cambio de circunstancias que el interesado no pudo prever o si se aprecia que existe un conflicto de intereses que evidencian que el designado no es idóneo para desempeñar el cargo.**

a) **Así, la cuidadora que se apropia de cantidades de dinero aprovechando la falta de capacidad natural de la persona mayor o la amiga y vecina que la manipula.**

En el caso de la sentencia 504/2012, de 17 de julio, un varón de edad avanzada, con trastorno bipolar, otorga un poder general a favor de su cuidadora; acude al banco acompañado de ella, pero es él quien saca cantidades importantes de dinero de sus cuentas y las ingresa en otra cuenta a nombre suyo y de ella; los responsables de la entidad interponen una denuncia y se abren diligencias penales, que son sobreesidas; después de la denuncia y antes de la presentación de la demanda de incapacitación por el Ministerio Fiscal, el varón otorga una escritura pública en la que, para el caso de que fuera necesario organizar una tutela

respecto de sí mismo, según lo establecido en el art. 223 Cc., disponía que fuera designada tutora su cuidadora.

El Juzgado, y el criterio es compartido por la Audiencia, entienden que existe en la cuidadora “un interés distinto del mero cuidado y atención personal del demandado” y, para proteger su interés, designa a la administración pública tutora. El incapacitado presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Ministerio Fiscal –que fue quien presentó la demanda de incapacitación- presenta su preceptivo informe, apoyando ambos recursos. El Tribunal Supremo los rechaza.

Por lo que ahora interesa, la autotutela, en el recurso extraordinario por infracción procesal se denunciaba falta de motivación de la sentencia. El Tribunal Supremo lo desestima, pues se explicaron las razones por las que se designaba tutor a otra persona.

Además, en el recurso de casación se denunciaba, entre otros motivos, la infracción, por no aplicación e interpretación de lo dispuesto en el párrafo segundo de los arts. 223 y 234 Cc. y los arts. 1, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El motivo se desestima, interpretando de manera armónica los preceptos del Código civil (aplicables) con los del Derecho catalán (en un argumento de autoridad, por ser legislación más desarrollada sobre la materia) que, en definitiva, permiten apartarse de forma motivada de la designación voluntaria.

**b) La vecina que lleva años asistiendo pero que no puede justificar el destino de un dinero del que se apropió.**

En el caso de la sentencia 373/2016, de 3 de junio, la recurrente en casación alega que la sentencia infringe lo dispuesto en el art. 234 Cc. por cuanto no respeta la voluntad de la incapacitada de nombrar tutora manifestada ante notario en plenitud de capacidad; todo ello a la luz de las disposiciones de la Convención de Nueva York. Se pretende, en definitiva, que se designe a esta persona, que siempre siguió sus instrucciones, en caso de establecerse una medida de protección, bien de carácter tutelar o una curatela:

«El motivo se desestima. Ambas sentencias han tenido una cosa clara y esta no es otra que la de apartar a doña Melisa de estos menesteres. También la tiene la Sala a la hora de mantener el pronunciamiento que se impugna. En efecto; sobre la cuestión litigiosa, la sentencia de 1 de julio de 2014, que reitera la de 19 de noviembre de 2015 declara lo siguiente: el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado nece-

sitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela.

El interés superior del discapaz -sentencia 19 de noviembre 2015-, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado.

Este beneficio no lo encuentra en doña Melisa, la vecina que le ha venido asistiendo en estos últimos tiempos, junto a su esposo, por cuanto, sostiene la sentencia lo siguiente: «no ha sabido dar explicación razonable de los motivos por los que, haciendo uso del poder general otorgado a su favor por D<sup>a</sup> Angelina, retiró de la entidad bancaria, en la que esta tenía sus ahorros, 30000 euros, y los ingresó en la cuenta bancaria que comparte con su marido, señalando que «se los está guardando a D<sup>a</sup> Angelina, que los tiene a su disposición». Si realmente hubiera obedecido a la voluntad de D<sup>a</sup> Angelina la retirada de la suma de dinero de su entidad bancaria en atención a la mala praxis bancaria de la entidad, como relata en su declaración testifical D<sup>a</sup> Melisa, habría debido depositar ese dinero en una cuenta bancaria a nombre de D<sup>a</sup> Angelina, su titular, en vez de incorporarlo a su patrimonio a través de su ingreso en una cuenta bancaria cuya titularidad comparte con su esposo.

Ante la sospecha de que D<sup>a</sup> Melisa pudiera ejercer una manipulación sobre D<sup>a</sup> Angelina en el terreno de administración de su patrimonio (no puede obviarse que afirmó haber aceptado la herencia de la hermana de D<sup>a</sup> Angelina, D<sup>a</sup> Petra, a quien asistió hasta su fallecimiento, manifestando que ambas hermanas la instituyeron heredera universal a ella por las atenciones prestadas, olvidándose de dejarse recíprocamente sus bienes a pesar de convivir juntas), y al no constar que la administración de los bienes de la incapaz sea adecuada a



sus intereses por los motivos expuestos en el párrafo anterior, procede designar como tutora de la Sra. Petra a la FUNGA, a quien corresponderá también la reclamación de los bienes que hubieren salido indebidamente del patrimonio de la incapaz para el supuesto de que D<sup>a</sup> Melisa no los restituya voluntariamente.

Es cierto que el artículo 12.4 de la Convención exige que los Estados Partes aseguren que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, y que esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

Como recuerda la sentencia de 30 de septiembre 2014, antes de la Convención, el Código civil ya prestaba especial atención a la voluntad de la persona que podría ser incapacitada. Así, su artículo 234 disponía y dispone que “para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223”, que establece lo siguiente: Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Después de la Convención, y en su mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, establece en su artículo 3.a) como principio de actuación “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.

Ninguna duda puede existir de que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior, como se ha dicho; interés que está por encima de cualquier otro que pueda concurrir, y para conocer cuál es este, ambas sentencias han hecho un indudable esfuerzo de valoración de las circunstancias y necesidades concretas de la misma, aquellas que constituyen las condiciones básicas para el normal desarrollo de su vida, incluido el patrimonial, y ambas han visto claramente como esta voluntad se encuentra influenciada por quien pretende asumir la curatela y como puede perjudicarle teniendo en cuenta la evolución negativa de la discapaz, tanto por su estado actual como por su edad. Sin duda la actuación preventiva del Juez y del Ministerio Fiscal pueden atajar en el control de la curatela situaciones como la del dinero, pero lo mejor es no llegar a ellas cuando no es necesario y nombrar curador a una persona contra la que el Ministerio Fiscal solicitó la deducción de testimonio por la posible

comisión de un delito de apropiación indebida y a la que la sentencia recurrida exige la devolución del dinero de la discapacitada instando en su caso la adopción de las medidas necesarias para procurar que los bienes que han salido de su patrimonio vuelvan al mismo. Ninguna seguridad existe que bajo su cuidado se salvaguarden los derechos de esta persona».

**c) El hermano que depende económicamente de la persona con discapacidad, lo que no garantice que vaya a actuar en su beneficio.**

En el caso de la sentencia 458/2018, de 18 de julio, la recurrente cuestiona el pronunciamiento de la sentencia que niega a su hermano, a quien había designado en escritura como tutor o curador, la posibilidad de ser nombrado debido a que depende económicamente de su hermana y existe un evidente conflicto de intereses, además de una mala relación con el resto de la familia.

La sentencia explica:

«El juez no está vinculado por la autotutela cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección, que está por encima de la autonomía de la voluntad.

En cualquier caso, la alteración del orden establecido en el art. 234.1 Cc. debe efectuarse en resolución motivada. Como expresa la sentencia 341/2014, de 1 de julio, que reiteran la 635/2015, de 19 de noviembre de 2015 y la 596/2017, de 8 de noviembre, entre otras, las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela, que es lo que ocurre en el caso enjuiciado.

El interés superior del discapaz -sentencias 635/2015, 19 de noviembre 2015; 403/2018, de 27 de junio -, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e inte-

gridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado.

Este beneficio no lo encuentra en su hermano Ignacio y la sentencia no adolece de falta de motivación cuando le excluye como tutor a pesar de haber sido designado por la persona sometida a protección. Lo que hace es proteger a quien discrepa de esta solución procurando que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, conforme al artículo 12.4 de la Convención.

Sin duda la actuación preventiva del Juez y del Ministerio Fiscal pueden atajar en el control de la curatela situaciones contraías a este interés, pero lo mejor es no llegar a ellas cuando no es necesario por ese conflicto latente. **Lo cierto es que ninguna seguridad existe que bajo el cuidado de su hermano se salvaguarden los derechos de esta persona, y así lo han visto los jueces que han resuelto en ambas instancias».**

### 3.3. Valoración

El anteproyecto del Ministerio de Justicia confieren un papel preponderante a estas figuras. Merece un juicio favorable la opción legislativa que refuerza la voluntad del propio interesado, que es quien mejor conoce su entorno personal y familiar. Sin embargo, el análisis de los supuestos que llegan a los tribunales muestra que en ocasiones hay situaciones de abuso por parte de las personas en las que el interesado ha depositado su confianza. No debe eludirse por tanto la configuración de un sistema de control judicial. La configuración de un sistema de control diseñado por el propio interesado puede ser insuficiente si el abuso se detecta con posterioridad.

A lo anterior debe añadirse que ambos instrumentos presuponen una capacidad suficiente para poder exteriorizar la voluntad, por lo que no son aptos en todos los supuestos de discapacidad. Tiene sentido si se otorga en previsión de un accidente, de que sobrevenga una enfermedad degenerativa progresiva, ante el deterioro propio del envejecimiento, pero no cuando existe una discapacidad desde el nacimiento o cuando ya ha sobrevenido la discapacidad sin haber exteriorizado previamente la voluntad.

Por otra parte y por lo que se refiere al diseño que hace el anteproyecto de los poderes, se hecha en falta la exigencia de que, cuando sobreviene la discapacidad, no se exija la aceptación del encargo por parte del designado para ejercer la función encomendada, con un contenido propio de la asunción de unas obligaciones, al mismo tiempo que una comunicación al juez para que les otorgue eficacia si

considera que son suficientes y adecuados para la protección de la persona con discapacidad y, en otro caso, que adopte medidas judiciales de apoyo, tal y como por lo demás hacen otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico próximo, como Francia o Bélgica.

#### **4.- La guarda de hecho**

El anteproyecto del ministerio refuerza la guarda de hecho como figura de apoyo, de manera coherente con el principio de subsidiariedad que inspira la Convención. Expresamente permite que en expediente de jurisdicción voluntaria el juez le autorice la representación de la persona con discapacidad, algo que ya se admite desde 2015, como diré a continuación.

En la práctica social son muy frecuentes los supuestos de guarda de hecho de personas con discapacidad que no están incapacitadas y hay que reconocer que la litigiosidad es escasa. Con todo, los repertorios ofrecen ejemplos de abusos de algunos guardadores (como el rescate de un fondo, sin que la guardadora pueda justificar en qué empleó el dinero). Aunque el tipo de cuestiones que se plantean suelen estar relacionadas con la eficacia de la actuación en interés de la persona guardada (contratación de una residencia, representación de un hijo en una reclamación de una indemnización, etc.).

La Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código civil en materia de tutela introdujo la regulación de la guarda de hecho en el capítulo V del título X del Libro I del Código civil con la única finalidad de reconducirla a la tutela, establecer la validez de los actos realizados en interés de la persona con discapacidad aunque no haya representación y permitir al guardador que recupere los gastos en los que incurra.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dio nueva redacción al art. 303 CC y dotó a la guarda de hecho de una mayor atención, tal y como venía siendo requerido por la doctrina y por la práctica. Pero, además, unos días antes de la aprobación de la reforma del art. 303 CC, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, introdujo, dentro de su Título II (De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas), Capítulo IV (De la tutela, la curatela y la guarda de hecho), una Sección 3 que lleva como título “De la guarda de hecho” y que contiene un único artículo, el art. 52, con un contenido mucho más limitado que el incluido en el art. 303 CC pues se limita, como indica su título a contemplar la posibilidad de requerimiento de información y la adopción de medidas de control, de modo coincidente con el primer párrafo del art. 303.1 CC.

De esta forma, tanto en la reforma del art. 303 CC como en la introducción del art. 52 LJV se mantiene la idea de que la guarda de hecho es una situación avocada a desaparecer para dar paso a una guarda institucional. Así debe entenderse la referencia en el art. 303 CC al art. 228, que ordenan al Juez y al Ministerio Fiscal poner en marcha la constitución de la tutela. Al mismo tiempo se mantiene la importancia de la información para que el Juez puede tener un cabal conocimiento de la situación y, en su caso, imponer medidas de vigilancia y control. Sin embargo, no se ha dado un paso más y ninguno de estos preceptos impone a nadie la obligación de informar al Juez, ni siquiera los funcionarios que por razón de su cargo puedan conocer la existencia de una guarda de hecho. Tampoco al guardador.

Por otra parte, como ya sucedía con anterioridad, tanto en el art. 303 CC como en el nuevo art. 52 LJV se dice que el Juez «podrá» requerir al guardador para que le informe de la situación de la persona y bienes del guardado. Se está presuponiendo que, si la persona está bien cuidada, asistida en lo personal, la prudencia aconsejará no incentivar las denuncias de la situación ni tampoco, una vez que el Juez ha tenido conocimiento de la situación, imponerle que pida más información si no sospecha que hay una situación de abuso. Seguramente porque, en la contradicción que reina en esta materia entre la legislación y la práctica, donde se sabe que abundan las guardas de hecho que funcionan bien, unido a la percepción de que en muchos de estos casos no derivaría ningún beneficio de la constitución de una tutela sometida a todos los controles legales –y previa la incapacitación, en el caso de los mayores–, el legislador prefiere permitir informaciones espontáneas y legitimar un requerimiento judicial pero no imponerlos, quedando a la prudencia del Juez el tomar la decisión de requerir o no esa información que puede desembocar en la puesta en marcha de una incapacitación que no se desea.

Al permitir la atribución de facultades tutelares al guardador de hecho el legislador ha dado un paso en la dirección de perpetuar situaciones de guarda de hecho; en efecto, con la novedad que se introduce en el art. 303.1 párrafo segundo CC permitirá dar solución judicial a intervenciones puntuales en las que el guardado requiera una representación o una asistencia legal que el guardador, por sí mismo, como figura de puro hecho que carece de cobertura jurídica no podría prestarle. La consideración de que puede ser beneficioso para el guardado que el guardador realice actos en representación del guardado y que los terceros no tengan recelos para relacionarse con el guardador que actúa en nombre del guardado y, en definitiva, no queden expuestos a la incertidumbre del resultado de una futura impugnación, ha llevado al legislador aragonés a introducir mecanismos que ofrecen seguridad a los terceros. En particular, si la actuación del guardador de hecho

se refiere al cuidado de la persona protegida o a los actos necesarios de administración de sus bienes (cobrar unas rentas, pagar el alquiler), la ley aragonesa atribuye al guardador la necesaria representación legal. Serán los terceros los que, en cada caso, puedan negarse a relacionarse con el guardador o a admitir su intervención si dudan de su representación. Para facilitar la actuación del guardador de hecho en sus relaciones con terceros, el art. 159.2 del Código de Derecho foral de Aragón permite justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho mediante declaración de la Junta de Parientes del menor o incapaz

Hasta ahora, algunas situaciones de guarda de hecho de personas mayores daban lugar a una incapacitación cuando, por ejemplo, era preciso enajenar un bien de la persona guardada: el guardador no podía actuar en representación del guardado (ni prestarle asistencia en su caso) por carecer de un nombramiento legal como tutor o curador. Pero ahora, el legislador añade que «cautelamente», el Juez puede otorgar facultades tutelares a los guardadores, legitimando su actuación frente a terceros. Esta posibilidad excede de las medidas de vigilancia y control que mencionan el art. 52 LJV y el art. 303.1 en su párrafo primero. No se trata de vigilar o controlar: se trata de autorizar al guardador de hecho para que actúe como un guardador legal. Pero no existe un procedimiento en la LJV para esta posibilidad contemplada en el párrafo 2 del art. 303.1 CC, ya que el art. 52 se refiere únicamente a las medidas de control. En realidad, una muestra de la falta de coordinación en la aprobación de dos leyes que inciden sobre la misma materia y que se aprueban en el mismo mes. En la práctica habrá que acudir al procedimiento genérico del genérico de los arts. 13 ss. LJV, o bien aplicar por analogía los arts. 87-89 LJV.

En la ambigüedad que preside esta materia hay un equívoco en la redacción de la norma que, si no ha sido buscada de propósito, es muy útil para la estabilidad y reforzamiento de la guarda de hecho.

Literalmente, se dice que «cautelamente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores». La cuestión es si la expresión «si procediere», se refiere a si procede otorgar judicialmente facultades tutelares (si no se justifica la atribución en ningún caso tendría sentido hacerlo) o a si procede constituir una medida de protección adecuada. Aun cuando parece evidente que el precepto se refiere a lo primero no hay que descartar que, de hecho, en la práctica, se otorguen facultades judiciales y se entienda, en cambio, que no procede poner en marcha ninguna otra medida: se autoriza la operación precisa, con el control por lo que se refiere al destino del dinero, por ejemplo, si se ha autorizado un acto de disposición o una inversión,

pero no se llega a constituir un órgano estable tutelar, porque no se considera preciso para el cuidado de la persona.

Cabe pensar en la perpetuación de situaciones de personas de edad avanzada no incapacitadas cuidadas por familiares, pero también en personas de inteligencia limitada, o con deficiencias o enfermedades o retrasos que requieran apoyos puntuales para actos de transcendencia económica o personal (un trabajo, una intervención médica) pero para las que no se considere beneficiosa una incapacitación. Incluso, para menores guardados de hecho por familiares (padres, tíos), puede considerarse preferible puntualmente facilitar una actuación representativa del guardador, bajo control judicial, sin que se quiera, por el momento, privar o suspender la patria potestad de los padres. Todo ello permite introducir una enorme flexibilidad en las situaciones de guarda no constituidas legalmente. Con la peculiaridad de que, desde el momento en que se les ha atribuido, siquiera de manera puntual, una función tutelar por el Juez, quedan ya sometidas, al menos para esa actuación, al control judicial.

La reforma de 2015 no ha modificado el art. 304 CC, establece que los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad. Son solo por tanto impugnables los que no redunden en su utilidad. El precepto ahora solo será aplicable a los actos realizados por el guardador de hecho sin que el Juez le haya conferido facultades tutelares, pues lo razonable es pensar que si el guardador actúa ejerciendo las funciones atribuidas por el Juez queda excluida la posibilidad de impugnación.

La doctrina mayoritaria ha venido defendiendo que el sistema de impugnación de los actos del guardador de hecho es el de la anulabilidad. Como excepción, parece razonable entender que solo en el caso de que el presunto incapaz resulte ser capaz nos encontramos en un supuesto del art. 1259 CC. Expresamente se refiere a la anulabilidad el art. 159 del Código de Derecho Foral Aragonés y es la solución por la que se inclina, en un sistema en el que la ley expresamente no se pronuncia por el tipo de ineficacia de los actos del guardador, la doctrina catalana, bien por aplicación supletoria del art. 304 CC, bien por analogía con lo dispuesto en el art. 222-46 CC Cataluña, para los actos hechos sin autorización judicial por el tutor o por el apoderado especialmente designado.

La sentencia 167/2016, de 17 de marzo, declaró sobre el tipo de ineficacia de los actos realizados por el guardador de hecho que no reviertan en utilidad del guardado que: «La respuesta no puede ser, coherentemente, distinta a la que esta Sala ha dado para casos de contratos o actos jurídicos realizados por los padres o

tutores de menores de edad o incapacitados en nombre de éstos sin contar con la preceptiva autorización judicial». La respuesta, en ese momento, con arreglo a la jurisprudencia llevaba a la aplicación del art. 1259 CC. Sin embargo, la sentencia del Pleno 2/2018, de 10 enero, modificó esta doctrina y explicó las razones por las que es preferible, para dar solución a los actos celebrados por el representante legal sin autorización judicial acudir, con las adaptaciones precisas, al régimen de la anulabilidad.

La regulación de la guarda de hecho y el establecimiento en el art. 304 CC de una impugnación basada en la falta de utilidad para la persona guardada, suponen precisamente un alejamiento del régimen que resulta del art. 1259 CC y la inaplicabilidad de este precepto cuando la persona está sometida a una guarda de hecho y el acto es realizado en su nombre por el guardador.

La acción de anulabilidad es por otra parte la que más conviene a la protección de la persona guardada. En efecto, si se entiende que es aplicable el art. 1259 CC, eso significaría que el acto realizado por el guardador y que no hubiera resultado útil al guardado sería «nulo», si bien el guardado (o su tutor, cuando se le nombre con posterioridad) podrían ratificarlo antes de que el tercero con el que hubiera contratado el guardador lo revocase. El tercero, por tanto, tendría la posibilidad de privar de eficacia al acto antes de que fuese ratificado. La referencia al interés del guardado como criterio para sostener la impugnación de la validez del acto es más coherente con el régimen de la anulabilidad, dirigido a proteger a una de las partes del contrato y, en definitiva, con la posibilidad de que únicamente esa parte, o su representante legal, pueda impugnar el acto con el argumento de que no le ha resultado útil.

La acción podrá ejercerse por el menor o incapacitado una vez adquirida la plena capacidad de obrar o por el tutor con anterioridad, pero no por los terceros que contrataron con el guardador (art. 1302 CC).

Con arreglo a las reglas generales sobre carga de la prueba y facilidad probatoria, quien impugna debe probar que el acto no redundó en utilidad del menor o incapacitado.

El art. 304 CC no distingue entre actos de administración y disposición, ni tiene en cuenta si se refieren a bienes de especial valor: solo se menciona la utilidad para el menor o incapacitado como límite a la impugnación. Puesto que la norma impide impugnar los actos que hayan sido útiles al guardado no se ve la razón para limitar su aplicación a los actos de administración y, en cambio, permitir que prospere la impugnación de los actos de disposición por falta de legitimación del guardador aunque resulten útiles para el guardado. Por lo demás,



un criterio diferente del tutor nombrado sobre la forma de gestionar el patrimonio del guardado no debe resultar motivo suficiente para que prospere la impugnación del acto de disposición realizado por el guardador.

La valoración de lo que es útil o beneficioso resulta problemática, tanto por lo que se refiere a los criterios que deben tenerse en cuenta como al momento en que debe ser apreciada. De una parte, parece razonable sostener que, aun teniendo en cuenta las circunstancias del menor o incapacitado (su patrimonio, su situación y necesidades personales), la utilidad debe ser enjuiciada con arreglo a un criterio objetivo, de lo que con arreglo a un criterio razonable de una persona media puede considerarse útil o no, y prescindiendo de las valoraciones subjetivas personales de quien impugna el acto (es útil objetivamente haber adquirido una vivienda en la que ha residido el incapaz, aunque subjetivamente se pueda considerar que hubiera sido mejor invertir en valores mobiliarios y el tiempo haya demostrado que hubiera sido mejor inversión). La valoración de la utilidad, por otra parte, comprende los aspectos personales, el cuidado, la atención al menor o incapacitado, por lo que no debe efectuarse exclusivamente en atención a criterios de rentabilidad económica.

Finalmente, por lo que se refiere al momento en que debe valorarse la utilidad parece razonable entender que es el momento en el que se realiza el acto: fue útil para el incapacitado adquirir la vivienda, por mucho que con el paso del tiempo el piso no se haya revalorizado, o las acciones hayan disminuido su valor, etc. Sin embargo, no debería admitirse la impugnación cuando nuevas circunstancias sobrevenidas han convertido en útil lo que inicialmente resultaba perjudicial.

Si el menor o incapacitado es sometido después a tutela, el tutor precisará autorización judicial para entablar la demanda de impugnación, en los términos del art. 271.6 CC.

Ejercida la acción de anulabilidad, se aplicará si procede la restitución de las prestaciones conforme a lo dispuesto en el art. 1304 CC, de modo que el incapaz solo debe restituir en cuanto se enriqueció: es posible, por tanto, que nada deba restituir si el acto no le fue útil (el guardado empleó mal el dinero obtenido en la venta, por ejemplo).

Puesto que el tercero no puede controlar el destino de la prestación entregada al guardador de hecho ni la finalidad con la que el guardador realiza el acto, son los terceros los que deben protegerse, evitando la contratación o negándose a realizar el acto requerido por un guardador que no está dotado de la debida legitimación para actuar en nombre del guardado. Las consecuencias previstas legalmente desincentivan la relación con el guardador. Con todo, cabe defender que el tercero que contrató con el guardador confiando en la apariencia de representa-

ción podrá ejercer contra él una acción de indemnización de daños y perjuicios, pero la situación del guardado, aplicando el régimen legal, queda protegida por el régimen de impugnación de los actos que no le hayan resultado útiles.

El anteproyecto del ministerio no se refiere a esta cuestión con la suficiente claridad. Solo dice que los actos realizados por el guardador no podrán ser impugnados si redundan en beneficio de la persona con discapacidad. No dice expresamente, y debería decirlo, que tampoco podrán ser impugnados los que se hayan realizado por el guardador con la autorización judicial. Tampoco dice nada de los actos realizados por la propia persona con discapacidad que no cuente con un apoyo. Si una persona con discapacidad contrata con un tercero, y el tercero está de buena fe, ¿podrá impugnarse el contrato mediante la prueba de que en el momento de celebrar el contrato no contaba con la capacidad natural para ello? La cuestión tiene importancia, pues un régimen legal sobre impugnación que tenga en cuenta todos los intereses en juego no solo confiere seguridad al tráfico, sino que protege a la misma persona con discapacidad, pues la inseguridad dará lugar a que queden excluidos del tráfico, más en un sistema en el que se refuerza la idea de que la provisión de apoyos debe restringirse.

**HOMENAJE AL  
EXCMO. SR. DON AMBROSIO ARANDA DE PASTOR**

Acta de nombramiento como Académico de Honor de  
la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación

El Pleno de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, reunido en sesión ordinaria, el pasado día 21 de marzo de 2019, y a propuesta de la Mesa de Gobierno de la Academia tomó, entre otros, por unanimidad de los Sres. Académicos presentes con derecho a voto el siguiente Acuerdo:

Nombrar Académico de Honor al Excmo. Sr. D. AMBROSIO ARANDA DE PASTOR

Por su interés y amor demostrado a la Academia, su labor de mediación y de promoción de la unidad, por su fidelidad defensa y entrega de modo continuado desde el origen de nuestra Institución en momentos difíciles para la misma, se ha hecho justamente merecedor de tal distinción, por lo que en acto público se le entregará el correspondiente Título que así lo acredita.

*Francisco Mata Rivas*

*Académico Numerario-Secretario General*

*Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*



## **GLOSA DE AMBROSIO ARANDA**

A cargo del

Excmo. Sr. D. José Luis Merino Hernández

Excelentísimos e ilustrísimos señores,

Señoras y señores

El artículo 8 de los Estatutos que rigen la vida de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación dispone que ésta podrá elegir Académicos de Honor a aquellos profesionales de prestigio que hayan destacado por la defensa de los intereses propios de la Academia.

Éste es el caso de nuestro común amigo, el Excmo. Sr. D. Ambrosio Aranda de Pastor, Notario Honorario del Iltre. Colegio Notarial de Aragón y Académico de Número de esta Academia.

Mi relación con Ambrosio Aranda se remonta a más de cincuenta años, cuando yo era un opositor a Notarías y él ya un Notario consumado.

Luego, nos hemos reencontrado en nuestra respectiva vida profesional, y de ella ha nacido la amistad que ahora nos une.

Pero no quiero subjetivar esta glosa, por no oscurecer lo que de objetivo tiene el merecido reconocimiento que hoy recibe Ambrosio Aranda con la entrega del título que le acredita como Académico de Honor de la Institución.

Desde su ingreso en ella, en 1999, como Académico de Número, no ha dejado de participar en la práctica totalidad de las actividades de la Academia, aportando a ella sus conocimientos y experiencia jurídicos, especialmente en Derecho aragonés, con el que ejerció la mayor parte de su carrera profesional como Notario.

Como reza el acta de concesión del título de Académico de Honor, éste se le otorga, entre otras razones, por su amor y fidelidad a la Academia. Por esa permanente disponibilidad que siempre, desde hace 20 años, ha tenido para actuar

en todo cuanto se le ha solicitado. Buena prueba de ello fue su participación en el V Congreso Iberoamericano de Academias Jurídicas, celebrado en Zaragoza, en el año 2005.

En el acta de concesión, leída por nuestro Secretario General, sr. Mata, se destaca también su labor mediadora en momentos difíciles para la Academia, buscando la unidad, gracias a cuya mediación hoy podemos asistir a esta celebración.

A este respecto, resulta interesante y curiosa una doble coincidencia:

Por una parte, cuando Ambrosio Aranda, ingresa en la Academia, elige como nombre de su sillón -según está preceptuado estatutariamente- el de otro ilustre Académico, ya fallecido, Don José Lorente Sanz.

Pues bien, en 1965, cuando se estaba elaborando la que fue Compilación del Derecho Civil de Aragón, promulgada en 1967, fue Lorente Sanz el gran mediador entre las pretensiones jurídicas aragonesistas de la Comisión Aragonesa, presidida por el profesor Lacruz Berdejo, y las no tan aragonesistas de la Comisión General de Codificación, del Ministerio de Justicia, presidida entonces por el profesor Castán Tobeñas.

Por otra parte, quien ha precedido a Ambrosio Aranda en el título de Académico de Honor, nuestro querido y llorado, José María Castán Vázquez, fue el verdadero impulsor de la creación de la Academia Aragonesa, verdadero mediador con los organismos estatales para conseguir la aprobación de sus estatutos el 28 de diciembre de 1995.

Concluyo: Mi más cordial enhorabuena a mi compañero y amigo, Ambrosio Aranda de Pastor, por este merecido reconocimiento, y mi deseo y esperanza de que, por mucho tiempo, siga aportando sus conocimientos y experiencia en beneficio de la Academia.

Muchas gracias.

## AGRADECIMIENTO DEL

Excmo. Sr. D. Ambrosio Aranda de Pastor

EXCELENTÍSIMOS E ILUSTRÍSIMOS SEÑORES  
QUERIDOS COMPAÑEROS ACADÉMICOS  
SEÑORAS Y SEÑORES

Con gran satisfacción y no poca sorpresa recibí, hace unos días, la noticia de este nombramiento de Académico de Honor de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, a la que me honro en pertenecer como Académico de Número.

Me siento, por ello, profundamente agradecido, tanto a la Mesa de Gobierno que me propuso, como a la Academia en su conjunto que aceptó el nombramiento por unanimidad.

Y satisfacción también, que no quiero ocultar, por ser el propio José Luis Merino, como actual Presidente de la Academia, quien me haga entrega del título correspondiente. Un compañero al que, como él mismo ha recordado, me une una relación profesional y de amistad de más de medio siglo.

A su requerimiento, tuve el honor, el 11 de abril de 1991, como Notario que era entonces en la ciudad de Zaragoza, de autorizar el acta de constitución de la Comisión Gestora que habría de ser el germen de la actual Academia.

Unos años más tarde, en 1999, me incorporé a ella como Académico de Número, con un discurso titulado “Las universalidades patrimoniales, con especial referencia al Derecho aragonés”. Discurso al que tuve el honor de que contestara José Luis Merino.

Yo creo que la constitución de la Academia Aragonesa fue un verdadero acierto. Con ella se vino a llenar un vacío existente en la vida jurídica aragonesa.

Desde su creación, la Academia ha venido desarrollando una creciente actividad jurídico-intelectual, para la que cuenta con notables juristas aragoneses quienes, con sus meritorias aportaciones, ponen de relieve la importancia que el Derecho tiene en nuestra Comunidad.

Esa actividad constante y eficiente de la Academia es la que condujo al encargo que se le hizo, en el año 2005, de celebrar el V Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho. Dentro de la Ponencia sobre “Medidas de protección de las personas mayores”, tuve la ocasión de participar con un epígrafe titulado “Longevidad y jubilación, longevidad y vida útil”.

En él expresaba mi pensamiento al respecto, que ahora quiero compartir con todos ustedes. Decía entonces, y mantengo ahora, que “la vida es una aventura. Cada vida humana es la más grande aventura que quepa imaginar, porque aventura es el solo hecho de vivir”.

Y, como entonces, pienso también ahora que el hombre, tras pasada la frontera de su jubilación -yo, desde luego, la he traspasado hace muchos años-, el hombre debe continuar esa aventura vital y seguir desarrollando, adaptándose a sus posibilidades, todas sus capacidades intelectuales. Y con ello, seguir aportando sus conocimientos a la sociedad, en eso que yo denominaba “longevidad útil”.

Yo, desde luego, lo vengo intentando, compartiendo con mis compañeros Académicos el quehacer habitual de la Academia: los Plenos, las Sesiones de Trabajo y ahora la entrega de los Premios.

Al respecto, me resulta muy gratificante que se me haga entrega del título de Académico de Honor en el mismo acto en el que dos jóvenes profesores universitarios van a recibir sendos premios de investigación jurídica.

Animo a los galardonados para que sigan por el camino emprendido del estudio y de la investigación. Y les deseo a ambos un futuro lleno de éxitos, por su bien y el de la sociedad a la que están llamados a servir.

Y a todos ustedes, señoras y señores, muchas gracias por su atención.

He dicho



# **PREMIOS DE LA ACADEMIA 2018**



**PREMIO DE DERECHO PRIVADO**  
**“CASTÁN TOBEÑAS”**



## ACTA DE CONCESIÓN DEL PREMIO

La Mesa de Gobierno de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, reunida en sesión ordinaria, el pasado días 15 de Enero de 2019, aprobó por unanimidad, entre otras cuestiones, la propuesta del Jurado de la Academia, calificador de los trabajos de investigación jurídica, presentados en la XIV convocatoria de premios de 2018, patrocinados por la Fundación Ibercaja y en consecuencia conceder el premio “Castán Tobeñas” de Derecho Privado, para jóvenes juristas a **Doña JOANNA PEREIRA PEREZ**, por su trabajo titulado

**“La protección a las personas con discapacidad vista desde el trinomio: capacidad jurídica, sistemas de apoyos y autonomía de la voluntad a partir del novedoso enfoque de la Convención de Nueva York de 2006”**

Por la calidad intelectual y sensibilidad social que la autora pone de manifiesto en un trabajo sobre una materia de repercusión mundial, con aportaciones personales de sumo interés práctico.



# **LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD VISTA DESDE EL TRINOMIO: CAPACIDAD JURÍDICA, SISTEMAS DE APOYO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, A PARTIR DEL NOVEDOSO ENFOQUE DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006.**

Joanna Pereira Pérez

Los que vivimos la contemporaneidad nos enfrentamos a numerosos factores que requieren una urgente mirada jurídica y la reformulación de paradigmas en torno a determinadas instituciones que hasta hace unos años no eran cuestionadas, el mundo social está en transformación constante, y el Derecho Civil, regulador de una de las facetas de la vida social es normal que esté también en estado de evolución permanente.<sup>1</sup> Tal es el caso del ejercicio de la capacidad en relación con la autonomía de la voluntad y sus peculiaridades, cuando es ejercitada en el presente para surtir efectos en el momento en que la persona padezca alguna discapacidad o una total incapacidad, pues no cumple con los requisitos *ex lege* para realizar actos jurídicos válidos.

Por tanto, la ciencia jurídica, en su afán de regular aquellas relaciones y situaciones sociales de mayor relevancia, se ha ocupado y preocupado en la actualidad por el estudio y la implementación de instituciones cuya finalidad es proteger los derechos de las personas afectadas por una discapacidad física, psíquica o intelectual, o la disminución en el desempeño de sus funciones por padecer una enfermedad, haber sufrido un accidente o su arribo a la denominada tercera edad.

---

<sup>1</sup> Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Hacia un Nuevo Derecho Civil*, primera edición, Editorial Reus, Madrid, 1933, p-18.

La familia es el instrumento natural de protección del que se sirve la persona; sin embargo, como ya avizoraba CASTÁN en la década de los años 30, no es ya solo el matrimonio lo que está en crisis, es la familia misma la que parece desmoronarse,<sup>2</sup> la presencia de factores obstativos, tanto endógenos como exógenos, y la propia evolución de un marco de familia extensa a uno de familia nuclear dificultan el cumplimiento del rol familiar y resulta necesario acudir a una oferta supletoria, donde intervienen terceras personas no parientes o personas jurídicas especializadas para cumplir esta función tuitiva.<sup>3</sup> De ahí que ROCA TRIAS sostenga que la necesidad de que sean las familias quienes se hagan cargo de los ancianos es un principio en crisis,<sup>4</sup> a lo que también tributan otros factores como son la evolución demográfica, el crecimiento del número de personas con dependencia, y los cambios familiares y sociales, por lo que las instituciones tradicionales han quedado rezagadas ante las exigencias de la sociedad moderna.<sup>5</sup>

La otra vía clásica y generalizada con finalidad protectora, es la incapacitación,<sup>6</sup> que culmina con el nombramiento de un tutor que suplirá la capacidad después de terminado el proceso<sup>7</sup>, lo cual según las doctrinas más modernas<sup>8</sup>

---

<sup>2</sup> *Idem*, p-16.

<sup>3</sup> *Vid.* ARCE FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, “La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas: (la tutela del siglo XXI)”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p.207.

<sup>4</sup> *Vid.* ROCA TRIAS, Encarna, “La autonomía personal, fundamento de la gestión de los intereses de la tercera edad en Cataluña”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2004, pp. 818-844.

<sup>5</sup> *Vid.* PUYOL ANTOLÍN, Rafael y Antonio ABELLÁN GARCÍA, *Envejecimiento y dependencia. Una mirada al panorama futuro de la población española*, Mondial Assistance, Madrid, 2006, p. 5.

<sup>6</sup> Señala VALDÉS DÍAZ que con este proceso se consagra el enfoque médico de la discapacidad y, consecuentemente, el sistema de sustitución para el ejercicio de la capacidad, generalmente a través de restricciones o, incluso, mediante la total incapacitación. Este modelo se centra en aspectos relativos a la protección en la esfera patrimonial y descuida las demás esferas en relación con las cuales no suele contener previsiones específicas. *Vid.* VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, No. 26, 2010, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-inst-ciencias-juri-puebla/article/view/29248>, consultado el 15 de mayo de 2018, pp.47 y 48.

<sup>7</sup> Es interesante que en una de las obras más importantes de CASTÁN, para nombrar a la sección que se dedica al estudio de la tutela, se refiera a las “instituciones jurídicas de protección en sustitución de la familia”, lo que hace notar que en primer orden era considerada la familia como la fuente o asidero fundamental de la protección de las personas y en su defecto, la tutela. *Vid.* CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, séptima edición modificada y considerablemente ampliada, con la colaboración de José María Castán Vázquez, Tomo V, Volumen Segundo, Instituto Editorial REUS, Madrid, 1958, p-353.

<sup>8</sup> *Apud.* PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La Convención de las Naciones Unidas y la nueva



reporta una protección cierta al declarado incapaz, pero se aleja de un principio tan importante en el desenvolvimiento de la vida del ser humano, como es su libertad<sup>9</sup>, y con ello su autonomía y autodeterminación, con repercusión indudable en su dignidad,<sup>10</sup> de ahí la recepción que en la actualidad se ha realizado de los sistemas de apoyos, más respetuosos de la persona en sí misma considerada.

Dado el contexto actual en el que se desarrolla la vida del ser humano, se entiende necesario analizar los nuevos paradigmas que marcan a la capacidad jurídica, como categoría que trasciende directamente a derechos que le son inherentes a las personas, como su dignidad y su libertad.

A la par, se deben perfilar los fundamentos y límites de la relación entre capacidad jurídica, autonomía privada, autonomía prospectiva y autoprotección. De esta compleja realidad presente, constituye un eje vertebrador del respeto íntegro a la personalidad de los individuos, el nuevo modelo que introdujo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD),<sup>11</sup> con la asunción irreversible del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos<sup>12</sup> y todo lo que ello implica. Repercutió, en primer lugar, sobre lo que

---

visión de la capacidad jurídica”, *IUS. Revista del Instituto Jurídico de Puebla A.C.*, No. 26, 2010, disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/ius/cont/26/pr/pr4.pdf>, consultado el 8 de diciembre de 2012, pp.70 y 71. Señala la autora, refiriéndose a la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, de la que Cuba es signataria desde 2007, que: “Esta Convención genera un debate en el que ciertos sectores sostienen que hay que cambiar los mecanismos clásicos de protección que pasan por la intervención del juez y la tutela. Incluso, se afirma, obliga a poner en marcha soluciones alternativas al procedimiento de tutela e incapacitación, evitando el recurso a la autoridad judicial y sustituyendo la representación que implica la tutela por un sistema de apoyos”.

<sup>9</sup> Refiere CASTÁN citando a CONSENTINI, que la libertad del individuo no permite a todos, conquistar su libertad de una manera y en una medida iguales, y, por consecuencia, convierte a la libertad en un privilegio de aquellos que tienen medios suficientes para ejercerla. *Apud.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Hacia un Nuevo...*, cit., p-31.

<sup>10</sup> *Vid.* LUCERO ESEVERRI, Roberto A. y Héctor R. POZZI, “El fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Revista No.4, Instituto de Derecho e Integración, Rosario, 2010, pp.103-136.

<sup>11</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006, durante el Sexagésimo primer periodo de sesiones de la Asamblea General, por la resolución 61/106. El instrumento internacional entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

<sup>12</sup> Explica CABRA DE LUNA, en el prólogo de una obra sobre la Convención CDPD, que se trata del primer tratado internacional del siglo XXI, en cuyo proceso de negociación, el más rápido de la historia del Derecho internacional, destaca el trabajo conjunto de los gobiernos y de la sociedad civil, sitúa la discapacidad en el plano de los derechos humanos y recoge en sus 50 artículos los principios que rigen su aplicación, los derechos dirigidos a proteger y promover la libertad, la igualdad y dignidad de las personas con discapacidad como sujetos de derechos, así como las obligaciones para los países que la adopten. En PALACIOS, Agustina y Francisco BARRIFFI, *La discapa-*

hasta el momento era la tradicional capacidad jurídica y la representación como la clásica medida de protección para las personas con capacidad disminuida, en la cual también tuvo un fuerte impacto la adopción de la CDPD, asumiendo el tránsito de los sistemas basados en la sustitución a los que promueven los apoyos en la toma de decisiones.<sup>13</sup>

Con todo, es preciso abordar uno de los principios básicos que sirven de fundamento a la libertad y dignidad de las personas, con el estudio de la autonomía de la voluntad y las nuevas formas en que se presenta para adaptarse a este nuevo modelo, o sea, la autonomía prospectiva.

### **I.1. Capacidad jurídica, capacidad de obrar, incapacitación, discapacidad y los cambios de paradigma que introduce la Convención de Nueva York de 2006**

La distinción que hace GROCIO sobre la capacidad del menor parece ser el origen de la formulación moderna de la capacidad, al sostener —con apoyo en un texto de PLUTARCO— que tiene el derecho de posesión y no de uso. Criterio que, posteriormente, valida SAVIGNY, casi literalmente, y que desde entonces asienta reconocimiento generalizado en la doctrina.<sup>14</sup>

Señala el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, en una de sus acepciones, que la capacidad debe ser entendida como la aptitud y suficiencia para algo, término que al adicionarle la categoría de jurídica —según VALDÉS DÍAZ— es la aptitud que se reconoce a las personas dotadas de personalidad para intervenir en relaciones jurídicas concretas.<sup>15</sup>

De la mano de CASTÁN, la capacidad jurídica es inherente a la condición humana<sup>16</sup> y para DE RUGGIERO, es la idoneidad para ser sujeto de derechos y

---

*cidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 1ª edición, Editorial Telefónica, CERMI y Ediciones Cinca S. A., Madrid, 2007, p.9.

<sup>13</sup> Así lo refleja en España, el reciente Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018, Ministerio de Justicia y Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. En su virtud se proponen modificar todos los preceptos del Código Civil español que trascienden al ejercicio de la capacidad jurídica basada en el respeto al derecho a la igualdad de todas las personas. **Versión digital en formato pdf.** proporcionada por el Dr. Leonardo Bernardino Pérez Gallardo.

<sup>14</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, tomo II, parte primera, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p.40.

<sup>15</sup> Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Capacidad, discapacidad e incapacitación en clave carpenteriana”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, No. 26, 2010, p. 41.

<sup>16</sup> Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Hacia un Nuevo...*, cit., p-86.

corresponde, en general, a todo hombre, pero puede ser limitada por el ordenamiento jurídico.<sup>17</sup> Considera DE CASTRO que se deriva de la relación íntima y de su interdependencia con el concepto de persona, como una de las cualidades o manifestaciones de la personalidad, la de ser susceptible de derechos y obligaciones.<sup>18</sup>

Cuestión diferente es la clásica distinción entre capacidad de hecho y capacidad de derecho. Diferenciación que explica CASTÁN magistralmente cuando refiere que la capacidad de derecho supone una posición estática del sujeto, mientras que la capacidad de ejercicio denota una idea dinámica. En suma termina explicando de la mano de FERRARA, que la primera es aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, configurada como la abstracta posibilidad de recibir efectos del orden jurídico; la segunda debe ser vista como la capacidad de dar vida a los actos jurídicos.<sup>19</sup>

Para CIFUENTES, la primera no es un atributo esencial, pues puede faltar, sin dejar por ello de ser persona. La segunda, en cambio, es uno de los caracteres necesarios, vitalicios, fuera de comercio, absolutos en tanto oponibles *erga omnes*, y con unicidad sustancial, por ser imposible su duplicidad.<sup>20</sup> ROVIRA SUEIRO considera a la de derecho como una de las cualidades o manifestaciones de la personalidad; es la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones, la cual se tiene por el mero hecho de nacer; constituye un *prius* para el derecho, que simplemente reconoce, por el contrario, la capacidad de obrar, como su propio nombre lo indica; implica la actuación del hombre y tiene como rasgos propios la contingencia y la variabilidad.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> Vid. DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho civil*, traducción de la 4ta. edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por SERRANO SUÑER, Ramón y José SANTA-CRUZ TELJEIRO, volumen I, Editorial Reus, Madrid, 1929, p.339.

<sup>18</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de...*, tomo II, *cit.*, p.45.

<sup>19</sup> Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común...*, *cit.*, pp.134-135.

<sup>20</sup> Vid. CIFUENTES, Santos, “Régimen general de la capacidad y el denominado Living Will”, Comunicación del académico Dr. Santos CIFUENTES, en la sesión privada del 10 de noviembre de 2005, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, segunda época, año L, No. 46, 2005, p.223.

<sup>21</sup> Vid. ROVIRA SUEIRO, María E., “Significado jurídico de la capacidad personal, especial consideración de su falta”, *Relevancia de la voluntad de las personas para afrontar su propia discapacidad*, 1ra parte – *Introducción*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, disponible en:

<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/voluntad-personas-discapacidad-1584?ga=2.262300876.1907680177.1526984650-1406612164.1523054426>, consultado el 15 de mayo de 2018, pp.14-16.

Lo resume perfectamente DE CASTRO cuando explica que la capacidad de obrar se contrapone a la capacidad jurídica como el elemento activo frente al pasivo, caracterizado por una aptitud natural, ya en general, o centrada en la inteligencia, o en la voluntad, o en el querer y saber.<sup>22</sup>

*Prima facie*, como cuestión de postulado técnico, es dable precisar que en los países de tradición romano-francesa, aunque se hable de modulación, gradación o restricción de la capacidad, a lo que concretamente se refiere la doctrina es a la moderación o restricción judicial del ejercicio de la capacidad jurídica, o capacidad de goce, como referencia a la faz dinámica de la capacidad que se vierte en la proyección de la persona como sujeto de derecho en el entramado de relaciones jurídicas que establece en el tráfico. En ese sentido, conviene distinguir de la capacidad jurídica como mega concepto, inherente a todos por el solo hecho de serlo, y que es respecto del sujeto, lo que la personalidad jurídica representa en relación con la persona. La capacidad jurídica no se modula, no se restringe, ni se priva a nadie de ella.

La amplia terminología que existe en torno a la capacidad y su utilización indiscriminada ofrece una visión equívoca de lo que se persigue en la CDPD. Apréciase que lo consagrado por la Convención como derecho humano de las personas en situación de discapacidad no es el derecho a la capacidad jurídica, sino el derecho al ejercicio mismo de la capacidad jurídica.<sup>23</sup>

Tal distinción ha provocado que en ocasiones se utilice erróneamente el término “modificación de la capacidad” para referirse al efecto de los procedimientos judiciales en los cuales se analiza la magnitud de la afectación volitiva de la persona y, en dependencia, se pondera y valora el mecanismo de protección adecuado para ese individuo en concreto. Coincidimos con PEREÑA VICENTE cuando precisa que la capacidad no se modifica, es la que es en cada caso y por ello en el procedimiento no puede ser suprimida, limitada ni modificada, sino que se han de establecer los mecanismos adecuados para su ejercicio, en función de las circunstancias

---

<sup>22</sup> Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de...*, tomo II, *cit.*, p.41.

<sup>23</sup> Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica y establecimiento de apoyos en función de asistencia: La inédita solución, para Cuba, del Tribunal Supremo, que abre las puertas a la aplicación directa del artículo 12 de la CDPC (Comentarios a la Sentencia No. 752/2016, de 30 de septiembre, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo”, en Leonardo B. Pérez Gallardo (director), *Personas con discapacidad: Miradas jurídicas en clave convencional*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, p.179.

personales que concurren en cada caso concreto,<sup>24</sup> y bajo el manto de la Convención debe ser siempre el último recurso, como asevera ENTRENA PALOMERO.<sup>25</sup>

El reconocimiento de modalidades de la capacidad de obrar,<sup>26</sup> a partir de circunstancias como la edad o la enfermedad, no es actual y, al respecto, señala con acierto KEMELMAJER DE CARLUCCI que todas las legislaciones del mundo establecen una edad mínima para la adquisición de la capacidad de obrar; sin embargo, ninguna legislación establece una edad máxima para perderla<sup>27</sup> y consiste, a juicio de VODANOVIC, en la idoneidad del sujeto para ejercitar por sí solo y con su propia voluntad, los derechos subjetivos y contraer obligaciones.<sup>28</sup>

Conviene precisar, entonces, que la persona debe tener capacidad de obrar para realizar *per se* actos jurídicos cuyas derivaciones trasciendan tanto al ámbito personal (decisiones sobre la propia salud, reconocimiento de hijos, manera de morir, etc.) como al patrimonial (contratos de donación, compraventa, permuta, negocio jurídico testamentario). Ahora bien, como depende de que las manifestaciones de voluntad sean realizadas con intencionalidad, conocimiento suficiente y discernimiento entre las consecuencias buenas y malas del acto concreto, no puede ser reconocida a todos por igual,<sup>29</sup> ergo, es una cualidad jurídica de la persona, que determina la eficacia jurídica de sus actos.<sup>30</sup>

Como contrario a la capacidad jurídica se encuentra el término incapacidad, que supone la negación de la aptitud requerida para el ejercicio de los derechos y

---

<sup>24</sup> Vid. PEREÑA VICENTE, M., “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma normativa”, *Revista de Derecho Privado*, No.4, julio-agosto, 2016, p.7.

<sup>25</sup> Vid. ENTRENA PALOMERO, Blanca, “Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad: importante modificación del juicio notarial de capacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, No.31, mayo-junio 2010, p.55.

<sup>26</sup> *Apud.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de...*, tomo II, *cit.*, p.52.

<sup>27</sup> Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿hacia un derecho de la ancianidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 33, No.1, 2006, p. 18.

<sup>28</sup> Vid. VODANOVIC, Antonio, *Manual de Derecho civil*, Partes preliminar y general, Cono Sur, Santiago de Chile, 2001, p.222.

<sup>29</sup> *Apud.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común...*, *cit.*, pp.135-137; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil I. Introducción y parte general*, 15ta. edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2002, pp. 215 y 230; Díez-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, volumen 1, 6ta. edición, 2da. reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, p. 224; LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho civil*, 16ta. edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 391-392; CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho civil*, Parte general, 4ta. edición actualizada y ampliada, 2da. reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 175 y 176.

<sup>30</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de...*, tomo II, *cit.*, pp.49 y 50.

la realización de actos jurídicos válidos o eficaces, que solo se presenta en determinados supuestos, frente a la ausencia de los requisitos exigidos legalmente para considerar a una persona apta para autogobernarse y tomar decisiones conscientes, con pleno entendimiento de sus efectos o consecuencias.<sup>31</sup>

Sentada esta idea, se precisa distinguir entre incapacidad e incapacitación. Así, quien no cumple el requisito de la edad, o no tiene facultades de discernimiento por padecer una enfermedad o de deficiencias físicas o psíquicas que le impiden gobernarse por sí mismo, presenta una incapacidad natural. *A contrario sensu*, si la ineptitud es declarada por el órgano judicial competente, cabe referirnos a incapacitación.

La divergencia radica en la declaración judicial, pues hasta tanto no sea emitida por el foro competente, la persona seguirá bajo la consideración del principio general *pro capacitate*;<sup>32</sup> razón por la cual, mientras no alcance firmeza dicha declaración, pueden existir personas con incapacidad natural o de hecho, sin haberse reflejado aun en su estado civil.<sup>33</sup> En consecuencia, las restricciones de la capacidad originadas por un estado civil (por ejemplo, incapacitación) requieren la alegación y prueba del estado civil que las origine.<sup>34</sup> Mientras que no se produce el cambio jurídico de estado que la determina, no se produce la restricción.<sup>35</sup>

Con regularidad, señala ROVIRA SUEIRO, se emplea el vocablo “incapaz” para referirse tanto a quien le falta la capacidad legal de obrar, como a quien le falta

---

<sup>31</sup> Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “Comentario al artículo 29”, en Leonardo B. Pérez Gallardo (director), *Comentarios al Código Civil Cubano*, tomo I – *Disposiciones preliminares*, Libro Primero – *Relación jurídica*, volumen I (artículos del 1 al 37), Editorial Félix Varela, La Habana, 2013, p. 513.

<sup>32</sup> Para profundizar en las diferencias entre ambos tipos de incapacidad puede consultarse el artículo de EGEA, quien además realiza un estudio comparado sobre el tratamiento que las legislaciones de Alemania, España, Italia, Francia e Inglaterra dan a esta temática. EGEA, Ricardo, “Incapacidad natural e incapacidad legal. Personas con incapacidad natural. Nulidad o anulabilidad de los actos o contratos”, *Revista La Notaría, Boletín desde 1995*, No. 10, octubre 1998, disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/incapacidad-anulabilidad-232841>, consultado el 22 de mayo de 2018. *Passim*.

<sup>33</sup> Vid. ARNAU MOYA, Federico, *Derecho civil I. El derecho privado de la persona*, Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2003, p. 71.

<sup>34</sup> Otra perspectiva la muestra la Sentencia No. 282 de 29 de abril de 2009, del Tribunal Supremo español, ponente Roca Trías, donde se declara que: “la incapacitación es solo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona”. Vid. Vlex España, jurisprudencia, disponible en <https://supremo.vlex.es/vid/-60279937>, consultado el 30 de mayo de 2018.

<sup>35</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de...*, tomo II, *cit.*, p.57.

capacidad natural, pero que al ser mayor de edad y no haber sido incapacitado se presume capaz; acepciones que están en consonancia con un concepto vulgar de persona incapaz, cuya amplitud permite abarcar a los incapacitados en sentido estricto, además de a los incapaces naturales.<sup>36</sup>

Todo lo anterior es presupuesto para entender la lógica que formula la CDPD. Razonan ARÉVALO y RAJMIL que la incapacitación absoluta de una persona, aun cuando existen determinados actos que puede realizar *per se*, se convierte en un obstáculo, se podría decir en una barrera jurídica, que entorpece su participación e integración a la sociedad.<sup>37</sup> La flexibilidad del estatuto de la incapacitación es un punto de dirección a tener muy en cuenta, pues el diagnóstico de una enfermedad mental o trastorno psíquico no debe interpretarse, sin más, como sinónimo de discapacidad, o que impida a la persona enferma gobernarse por sí en el alcance posible; validar lo contrario se traduce en apartarse de proceder con absoluto apego al beneficio y respeto de salvaguardar la dignidad y autonomía de la persona, básica expresión de su libertad e igualdad como derechos fundamentales.<sup>38</sup>

Otra precisión igual de necesaria, siguiendo a RABINOVICH-BERKMAN, es la no generalización sobre el hecho de que los incapaces absolutos son personas sin voluntad propia. Defiende el autor que esto podría llegar a sostenerse de los aún no nacidos, de los niños muy pequeños y de los enfermos mentales muy graves. Pero difícilmente cabría para los menores de edad que han pasado la primerísima infancia,<sup>39</sup> y mucho menos aún para quienes padecen la mayoría de las patologías psiquiátricas.<sup>40</sup> Esta idea se refuerza con las afirmaciones de TAIANA DE BRANDI y

---

<sup>36</sup> ROVIRA SUEIRO, María E., “Significado jurídico de la capacidad personal, especial consideración de su falta”, *Relevancia de la voluntad de las personas para afrontar su propia discapacidad*, 1ra. Parte – *Introducción*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/voluntad-personas-discapacidad-1584?ga=2.262300876.1907680177.1526984650-1406612164.1523054426>, consultado el 23 de mayo de 2018, p.12.

<sup>37</sup> Vid. ARÉVALO, Enrique Jorge y Alicia B. RAJMIL, “Una nueva mirada jurídica sobre la igualdad y la capacidad de las personas”, *Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos*, Argentina, 2010, disponible en: <http://www.articulo12.org.ar/2010/documentos/trabajos/comision%20I/1-%20rajmil.pdf>, consultado el 24 de mayo de 2018, pp. 6 y 7.

<sup>38</sup> Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B., “Restitución parcial...”, *cit.*, p. 172.

<sup>39</sup> *V.gr.*, los menores de edad de 14 años las mujeres y 16 años los hombres, luego de contraer matrimonio, ostentan la plena de capacidad de obrar.

<sup>40</sup> Vid. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., “Acerca de la situación jurídica de las personas con patologías psíquicas (a partir de un debate en el II Congreso Nacional de Derecho Civil)”, en *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927 - 1937 - 1961 - 1969)*, tomo 1, edición literaria a cargo de MOISSET DE ESPANÉS, Luis *et al.*, 1ª. edición, Academia Nacional de Derecho y Ciencias

LLORENS, citados por CORNET, de que en la realidad cotidiana ha de aceptarse que la incapacidad se presenta en grados o facetas, y que en toda persona enferma hay zonas sanas que deben ser protegidas y estimuladas. El rechazo que su trato ha provocado en extraños y propios, el sinnúmero de prejuicios y reservas intelectuales, la ignorancia, no hacen sino ahondar lo enfermo y paralizar o destruir los sectores sanos.<sup>41</sup>

Como un punto intermedio entre dos polos totalmente opuestos —capacidad de obrar absoluta e incapacidad total— se sitúa la capacidad restringida.<sup>42</sup> Es reflejo —a juicio de VALDÉS ROSABAL— de cómo el sujeto se mueve en un ámbito de actuación limitado, al no alcanzar a realizar con eficacia todos los actos que permite la norma sustantiva, y como lógica consecuencia requiere de debida asistencia para complementar su actuación;<sup>43</sup> entiéndase que con la declaración de capacidad restringida, las personas con discapacidad pueden encontrar circunscrita su actuación a determinados actos, respecto a los cuales su limitación física, sensorial o motora les veta, pero no para el resto de los actos jurídicos.<sup>44</sup>

Variante parecida, pero con denominación diferente es la que utilizan actualmente los jueces uruguayos cuando aplican la CDPD empleando el instituto de la semi-incapacidad, por lo cual a la persona incapaz, que antes de la CDPD no podía realizar ciertos actos jurídicos, se la habilita, a partir de la vigencia de este instrumento, para ejercer ciertos derechos, por ejemplo el de sufragar,<sup>45</sup> así como la doctrina y la jurisprudencia entienden que también puede arribarse a una decisión que tenga en cuenta semi-incapacidades, capacidades relativas, capacidades disminuidas o interdicción parcial que contemple diversos grados de autonomía.<sup>46</sup>

---

Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, p.331.

<sup>41</sup> Vid. CORNET, Manuel, “El Régimen de la Inhabilitación”, en *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil(1927 - 1937 - 1961 - 1969)*, tomo 1, edición literaria a cargo de MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *et al.*, 1<sup>ra</sup> edición, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, p.352.

<sup>42</sup> *V.gr.*, artículo 30 del Código Civil cubano.

<sup>43</sup> Vid. VALDÉS ROSABAL, Kenia M., “La gradación de la capacidad de obrar restringida en el derecho civil cubano”, en Leonardo B. Pérez Gallardo(director), *Personas con discapacidad: Miradas jurídicas en clave convencional*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, pp.91, 93.

<sup>44</sup> Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “La protección legal a los discapacitados en Cuba: Una visión de lege data y de legeferenda”, *Revista General de legislación y jurisprudencia*, No. 1 enero-marzo, 2006, p. 57.

<sup>45</sup> Por eso se asocia el uso de la institución, principalmente con el artículo 29 de la CDPD, que regula la “Participación en la vida política y pública”.

<sup>46</sup> Vid. *Uruguay y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*, texto



De tal forma, los presupuestos tradicionales de la capacidad prescinden, a juicio de KEMELMAJER DE CARLUCCI,<sup>47</sup> del tradicional binomio capacidad-incapacidad, con la fuerte sacudida que ha experimentado la cuestión a partir de la CDPD,<sup>48</sup> así, a mayor autonomía, menor es el ámbito de aplicación del representante,<sup>49</sup> que se traduce esencialmente en condición equivalente a la libertad humana como valor que inspira el régimen actual.

La pauta a seguir que propone RAFAEL CALDERÓN, en lugar de encasillar de manera forzada a las personas que presentan alguna discapacidad mental como capaces plenos o incapaces absolutos, es determinar en cada caso, sobre la base de un análisis interdisciplinario en el que los peritos en psicología y psiquiatría desempeñen un papel preponderante, qué grado y nivel de restricciones corresponde establecer en la capacidad negocial del sujeto de que se trata,<sup>50</sup> línea que también ha sostenido el alto foro cubano.<sup>51</sup>

---

completo + Primer Informe País, Ministerio de Desarrollo Social, Dirección Nacional de Desarrollo Social-Programa Nacional de Discapacidad, Montevideo, 2014, disponible en: [https://pronadis.mides.gub.uy/innovaportal/file/33704/1/convencion\\_enero\\_2014.pdf](https://pronadis.mides.gub.uy/innovaportal/file/33704/1/convencion_enero_2014.pdf), consultado el 28 de mayo de 2018, pp. 67-69.

<sup>47</sup> Principio sobre el que se refiere la autora en el ámbito de la autonomía progresiva de los menores de edad, pero que es perfectamente aplicable al contexto de lo que venimos describiendo, por cuanto son cambios de paradigma que influyen en el sistema tradicional de consideración del ejercicio de la capacidad. *Vid.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y Mariel F. MOLINA DE JUAN, “La participación del niño y del adolescente en el proceso judicial”, disponible en:

<http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participacion-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>, consultado el 9 de mayo de 2018, p.3.

<sup>48</sup> *Vid.* SERRANO GARCÍA, Ignacio, “La voluntad anticipada del incapaz”, en José M. Cuesta Sáenz *et al.* (coordinadores.), *Homenaje al profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, Cizur Menor, Navarra, 2013, p. 1133.

<sup>49</sup> Posición de la doctrina argentina que también se sustenta en la normativa civil vigente y su jurisprudencia, creando un trinomio ideal que representa lo que correspondería al “deber ser” de cada ordenamiento jurídico. Por ello es que una muy actual sentencia de 28 de marzo de 2018, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, explícita en primer orden que el reciente Código Civil argentino de 2015 abandona el arquetipo sustitutivo, adopta el modelo social de discapacidad y asume como idea central la capacidad de ejercicio en orden al pleno goce de los derechos, así como la presunción de capacidad y el carácter excepcional de su restricción.

<sup>50</sup> *Vid.* RAFAEL CALDERÓN, Maximiliano, “La capacidad negocial de las personas físicas: sobreprotección e infra protección del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, tomo X, año académico 2005- 2006, disponible en <https://ar.vlex.com/vid/capacidad-negocial-personas-fisicas-300708434>, consultado el 23 de mayo de 2018, p.61.

<sup>51</sup> *Vid.* Sentencia No. 752 de 30 de septiembre de 2016, de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de Cuba, que en su primer Considerando concluye lo siguiente: “*sin que la enfermedad de esquizofrenia paranoide que tiene diagnosticada, trunque por sí, de*

De modo que en la jurisprudencia de la región también viene predominando abiertamente el criterio según el cual, la capacidad jurídica de obrar debe ser valorada para cada uno en concreto, delimitando con absoluta certeza el alcance que tendrá en su vida jurídica y los actos —según las pruebas practicadas— en los que el juzgador considere que el individuo puede actuar *per se*, y para aquellos en que será ineludible un sistema de apoyos,<sup>52</sup> que dote al régimen diseñado a la medida de la persona en situación de discapacidad, de la elasticidad necesaria para su protección y el respeto de la libertad y dignidad inherentes.

Se fija una tendencia a partir de la cual ya los juristas no deben valorar la capacidad jurídica sobre estándares totalmente polarizados, sino con una visión práctica y particular, alejada de la propuesta dicotómica anterior. Esto ha sido determinante para los pronunciamientos judiciales sobre este tópico, exigiendo del juez una mayor valoración y un más profundo razonamiento sobre la capacidad real del sujeto y su traducción para el ejercicio en la vida jurídica, o sea, qué puede hacer por sí mismo y qué actos requieren de asistencia o apoyo.

También es revelador, como señala ENTRENA PALOMERO, que la CDPD exige a los notarios que se renueve el juicio de capacidad de obrar, para hacer realidad la integración jurídica de las personas con diferentes capacidades. Continúa defendiendo que ya no existen el blanco y el negro, como la plena capacidad y la total incapacidad, sino una amplia gama de grises, lo cual es coherente con las capacidades que existen en la sociedad.<sup>53</sup> En consecuencia, el notario debe calificar la real aptitud de discernimiento de su requirente para el acto concreto a instrumentar, encuadrar en la legislación vigente su conducta y propiciar la participación de todas las personas en los asuntos de su interés.<sup>54</sup>

---

*forma perpetua, toda posibilidad de reinserción social, familiar y laboral, como dejan sentado las sentencias de las inferiores instancias, contrario a lo que preconiza la estructura normativa del citado instrumento internacional (refiriéndose a la CDPD), desde el propósito que sienta en el artículo uno, y demás principios y regulaciones que lo integran a fin de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.*

<sup>52</sup> *Apud.*, Sentencia No. 698/2014 de 27 de noviembre, Tribunal Supremo español, magistrado ponente José Antonio Seijas Quintana; Sentencia C-182/16 de 13 de abril, Corte Constitucional de la República de Colombia, magistrada ponente Gloria Estella Ortiz Delgado; Sentencia No. 32/2015 de 15 de junio (3° Juzgado de Familia de Cusco - S. Ex Meson Urb. La Florida C-14, Perú), juez ponente Edwin Romel Bejar Rojas; Sentencia No. 45/2009 de 18 de febrero, del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° turno de Uruguay, ministra redactora María Cristina Cantero Albrieux; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil; Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.

<sup>53</sup> *Vid.* ENTRENA PALOMERO, B., “Convención de la ONU...”, *cit.*, p. 55.

<sup>54</sup> *Vid.* ARÉVALO, E. J. y A. B. RAJMIL, “Una nueva mirada...”, *cit.*, p. 14.

Pero la realidad de hace una década<sup>55</sup> ha provocado que junto al redimensionamiento de la capacidad jurídica al que han sido llamados los juristas, adquiera una particular preeminencia el término discapacidad, con una excepcional significación para el Derecho y, muy especialmente, para el Derecho civil, cuyo centro es la persona.

A tono con su lógica histórica, partimos del concepto de discapacidad que brinda la Organización Mundial de la Salud: “Es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive”.<sup>56</sup>

Repárese en tres aspectos que, en criterio propio, merecen ser destacados. Explica conceptualmente la OMS que la discapacidad implica deficiencias, limitaciones y restricciones, pero no asociadas a la patología de la enfermedad, sino al contexto social donde se inserta.<sup>57</sup> En adición, todas importan consecuencias jurídicas, ya que la restricción de una función corporal trasciende a la posibilidad de comunicarse inequívocamente; las limitaciones para ejecutar acciones afectan la actuación privativa del sujeto; y las restricciones que influyan en la participación de actividades vitales pueden intervenir concisamente en el ejercicio de la capacidad de obrar, ya sea parcial o plena, con mayor tendencia a la primera, acorde con los postulados actuales.

Es justo observar que se fragüe entonces la concepción de la discapacidad como un fenómeno complejo, pues su consideración es única para cada indi-

---

<sup>55</sup> Coincidente con la adopción y entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

<sup>56</sup> Página oficial de la Organización Mundial de la Salud, disponible en: <http://www.who.int/topics/disabilities/es/>, consultada el 23 de mayo de 2018.

<sup>57</sup> Vid. EGEA GARCÍA, Carlos y Alicia SARABIA SÁNCHEZ, “Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad”, Murcia, 2001, disponible en:

<http://www.referato.com/uba-roceso/clasificacionsomsdiscapacidad.pdf>, consultado el 23 de mayo de 2018, p.15.

Vid. SCHALOCK, Robert L., *Hacia una nueva concepción de la discapacidad*, II Jornadas Científicas de Investigación sobre Personas con Discapacidad, Universidad de Salamanca, España, 18-20 de marzo de 1999, disponible en: [https://scholar.google.com/scholar?hl=es&as\\_sdt=0%-2C5&q=HACIA+UNA+NUEVA+CONCEPCI%C3%93N+DE+LA+DISCAPACIDAD+Dr.+Robert+L.+Schalock&btnG](https://scholar.google.com/scholar?hl=es&as_sdt=0%-2C5&q=HACIA+UNA+NUEVA+CONCEPCI%C3%93N+DE+LA+DISCAPACIDAD+Dr.+Robert+L.+Schalock&btnG), consultado el 23 de mayo de 2018, p.24.

viduo, no solo porque la manifestación concreta de la enfermedad, desorden o lesión es única, sino porque esa condición de salud estará influida por una compleja combinación de factores (desde las diferencias personales de experiencias, antecedentes y bases emocionales, construcciones psicológicas e intelectuales, hasta el contexto físico, social y cultural en el que la persona vive).<sup>58</sup>

En tercer orden, refleja el actual concepto de la OMS el conglomerado histórico que ha influido en la construcción moderna de la discapacidad, y congrega la consideración biológica, la ecológica, en la que la discapacidad de una persona resultaba de la interacción entre la persona y el ambiente en el que vive<sup>59</sup> y la social, como depositaria y determinante para todos los ámbitos en que se protege un sector vulnerable.<sup>60</sup>

Con todo, el elemento clave, según ha dicho STANG ALVA, lo constituye el pasaje desde la definición de la discapacidad centrada en el déficit y a partir de condiciones médicas hacia una concepción más dinámica e integral, que la piensa como un complejo proceso de salud, económico, sociocultural y también político, un fenómeno diverso, en el que la discapacidad se conforma en la interacción entre las capacidades funcionales de la persona y su entorno físico social.<sup>61</sup>

Las investigaciones jurídicas también se hacen eco de estas voces, y así razona VALDÉS DÍAZ que, desde el punto de vista semántico, es claro que capacidad y discapacidad aparecen como antónimos irreconciliables, como opuestos que indican extremos distintos: el tener o no tener capacidad. Pero la ineptitud del sujeto, proveniente de una discapacidad, no le inhibe necesariamente el ejercicio de sus derechos ni la realización de todo tipo de actos jurídicos. De modo que, en materia jurídica, especialmente en sede civil, capacidad y discapacidad no necesariamente son contrarios, la ineptitud física o psíquica no conlleva de forma ineluctable a la incapacidad, que solo procedería cuando se pruebe que aquella priva a la persona de la posibilidad real de querer y entender, y de poder manifestar o expresar su voluntad adecuadamente;<sup>62</sup> de tal forma que es el entorno

---

<sup>58</sup> Vid. EGEEA GARCÍA, C. y A. SARABIA SÁNCHEZ, “Clasificaciones de la OMS...”, *cit.*, p.15.

<sup>59</sup> Vid. SCHALOCK, R. L., *Hacia una nueva...*, *cit.*, p. 1.

<sup>60</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Passim*.

<sup>61</sup> Vid. STANG ALVA, María F., *Las personas con discapacidad en América Latina: del reconocimiento jurídico a la desigualdad real*, Serie de Población y Desarrollo, Naciones Unidas, CEPAL, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE), División de Población de la CEPAL, Santiago de Chile, 2011, p. 7.

<sup>62</sup> Vid. VALDÉS DÍAZ, C. del C., “Capacidad, discapacidad...”, *cit.*, p.42.

el que debe modificarse para que el sujeto pueda ejercer sus derechos, humanos y libertades.<sup>63</sup>

### **I.1.1. El polémico artículo 12 de la Convención de Nueva York, algunas claves para descifrarlo**

Es quizás el artículo 12 de la Convención que ampara a las personas con discapacidad, uno de los más cuestionados y analizados por la doctrina civilista a lo largo de su primera década de vigencia, tanto que dio lugar, en el año 2014, a la Observación General No. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU, cuyo objetivo es explicar y razonar sobre el significado del “igual reconocimiento como persona ante la ley” al que se refiere el mencionado precepto.

A juicio de CUENCA GÓMEZ, la Convención implica un cambio de paradigma en el tratamiento del fenómeno de la discapacidad, que puede sintetizarse en su consideración como una cuestión de derechos humanos, y su artículo 12 bajo la rúbrica “*Igual reconocimiento como persona ante la ley*” contiene una serie de provisiones cruciales para materializar el enfoque.<sup>64</sup>

El primer apartado del artículo 12 estipula que: “*Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica*”; la cual se identifica como una suerte de consagración de una máxima jurídica preexistente, con el objeto solo de reforzarla, ya que ningún ordenamiento civil niega la personalidad jurídica a los seres humanos, independientemente de cuál sea su condición.

Ahora bien, la disputa se suscita a partir de los puntos dos y tres del aludido precepto legal. Analicémoslos de forma independiente.<sup>65</sup> En el 12.2 se establece: “*Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*”. Loable declaración, que es solo el principio, y no el final del debate, pues los ordenamientos están llamados a garantizar herramientas jurídi-

---

<sup>63</sup> Vid. SERRANO GARCÍA, Ignacio, “La voluntad anticipada del incapaz...”, *cit.*, p. 1142.

<sup>64</sup> Vid. CUENCA GÓMEZ, Patricia, *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CDPD en el Ordenamiento jurídico español*, disponible en <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/626>, consultado el 24 de mayo de 2018, pp. 1 y 2.

<sup>65</sup> Para profundizar en la controversia en torno al artículo 12 de la Convención Internacional sobre protección de las personas con discapacidad y las diferentes posiciones doctrinales, se puede consultar: PEREÑA VICENTE, M., “Derechos fundamentales...”, *cit. Passim*.

cas que permitan el efectivo ejercicio de esa capacidad, bajo el prisma teórico de la igualdad. Hay que aclarar también, en primerísimo orden, que no se utiliza la terminología doctrinal clásica precedente, sino la expresión “capacidad jurídica”, ante lo cual surge el cuestionamiento sobre si la referencia normativa es a la de derecho, a la de obrar, o a una nueva consideración.

De las diversas interpretaciones posibles, la trascendencia práctica substancial es que de referirse a la capacidad de derecho, no resulta necesario tal énfasis, por cuanto le es reconocida a todas las personas por igual sin distinción, ni gradación alguna; en cambio, de aludir a la capacidad de obrar, se genera un gran desacuerdo, ya que es aceptado que todas las personas no tienen igual capacidad de obrar, como ya se apuntó.<sup>66</sup>

Sin embargo, para PEREÑA VICENTE es aquí donde se empieza a agrietar el consenso, ya que algunos entienden que en realidad, la Convención lo que pretende es suprimir la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar,<sup>67</sup> por lo que titularidad y ejercicio se entenderían incluidos con la misma denominación “capacidad jurídica”. Continúa la autora con un razonamiento totalmente lógico, pues parece contraria esta concepción a la propia literalidad del precepto, porque en el siguiente apartado,<sup>68</sup> se habla de “ejercicio de la capacidad jurídica”, por lo que es obvio que la norma no pretende eliminar la distinción, sino que lo que cambia es la manera de utilizar la terminología.

La falacia del discurso que pretende omitir la diferencia que consagra explícitamente la Convención cae cuando desde la propia normativa, se exige adoptar las “medidas pertinentes” para que todas las personas puedan ejercer su capacidad jurídica. Es decir, en el reconocimiento de la capacidad jurídica no cabe adoptar ninguna medida pertinente, pero en el ejercicio sí, esa es la diferencia.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Adagio que reconoce la Sentencia No. 752 de 30 de septiembre de 2016, de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, segunda Sentencia, primer Considerando: “*al peticionar la restitución total de su capacidad de obrar, hay que justipreciar que, esta, como componente esencial de la capacidad jurídica permite su graduación o modificación, en tanto no es uniforme, quedando sujeto su ejercicio a condiciones de madurez y válido discernimiento, que se traducen en causales de restricción sobre la libre actuación del individuo en sociedad*”.

<sup>67</sup> Vid. PEREÑA VICENTE, M., “Derechos fundamentales...”, *cit.*, pp.9 y 10.

<sup>68</sup> Artículo 12, apartado 3: “*Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*”.

<sup>69</sup> Cfr. PEREÑA VICENTE, M., “Derechos fundamentales...”, *cit.*, pp.12 y 17.

CUENCA GÓMEZ alude a otro punto de vista, según el cual la capacidad jurídica “en igualdad de condiciones” excluye el método de atribución de incapacidad por estatus, pues prohíbe que la discapacidad pueda ser causa directa (como sucede en aquellos sistemas que automáticamente consideran “incapaces” a personas que poseen ciertas discapacidades) o indirecta (como sucede en sistemas como el español que hace referencia a enfermedades o deficiencias que impiden el autogobierno) de una restricción o limitación en la capacidad jurídica;<sup>70</sup> interesante argumento que parece también acoge el Alto Foro cubano.<sup>71</sup>

Esta prolifera querrela doctrinal provocó que el pronunciamiento en el año 2014 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, a través de la Observación General No.1, arrojase más leña al fuego, pues en su afán de explicar el sentido de la terminología utilizada en la CDPD, introduce entonces otra no jurídica, que es la capacidad mental.<sup>72</sup>

Es incontestablemente confuso, pero supone una suerte de interpretación auténtica del sentido que se quiere transmitir con lo estipulado por el artículo 12 de la CDPD y que no se puede obviar, sino integrarlo más. Por ello, se comparte el criterio de que la capacidad jurídica en clave convencional no se aleja de la concepción tradicional que se venía exponiendo, ya que en la propia esencia de la Observación General No.1, se contrasta dentro de una categoría general otras dos, cuales son capacidad para ser titular y legitimación para actuar, bajo el presupuesto —y en ello radica el principal reclamo— de que la capacidad jurídica no le puede ser retirada a persona alguna; lo que no niega es que sea variable<sup>73</sup>, pues más adelante consiente en que se proporcione apoyo para su ejercicio.

---

<sup>70</sup> Vid. CUENCA GÓMEZ, P., *La igualdad en la capacidad...*, cit., p.14.

<sup>71</sup> En la ya citada sentencia No. 752 de 30 de septiembre de 2016, de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, que en su primer Considerando se razona: “*el diagnóstico de una enfermedad mental o trastorno psíquico no debe interpretarse, sin más, como sinónimo de discapacidad, ni que impida a la persona enferma gobernarse por sí, en el alcance posible*”.

<sup>72</sup> Al respecto señala: “La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada, en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”. Punto 12 de la Observación General No.1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 11no. periodo de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014.

<sup>73</sup> Refiere CASTÁN en su magna obra que la capacidad de obrar es contingente y variable, no existe en todos los hombres, ni se da en ellos en el mismo grado. Así como para la capacidad de derecho basta la existencia de la persona (conciencia potencial), para la capacidad de ejercicio se requiere inteligencia y voluntad (conciencia actual). *Apud.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común...*, cit., p.136.

La polémica se completa con el cuarto apartado del mismo artículo 12, que instituye una serie de caracteres informadores de las medidas a adoptar por los ordenamientos jurídicos para garantizar el efectivo ejercicio de la capacidad por los vulnerables, siempre proporcionales y adaptadas a las circunstancias personales, respetuosas de los derechos, la voluntad y las preferencias del sujeto, sin influencia debida ni conflicto de intereses, temporales y sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad administrativa o judicial.<sup>74</sup>

Para concluir, no se puede perder de vista lo que en fecha tan reciente como diciembre de 2017 ha esbozado PÉREZ RUBIO sobre esta extensa disputa, como una suerte de resumen y actualización de la temática. Refiere la autora que en el análisis del contenido del artículo 12 se pusieron en evidencia tres ideas fundamentales, que han de impregnar cualquier regulación interna que pretenda ser respetuosa con el texto convencional.

Primero, que la capacidad jurídica abarque tanto la titularidad de los derechos como la capacidad de ejercitarlos, ahora bajo la denominación de legitimación para actuar.

En segundo orden, el concepto de apoyo a las personas con discapacidad, término amplio que engloba todo tipo de actuaciones y que admite graduaciones indefinidas y pretende evitar la sustitución en la toma de decisiones.

La tercera idea versa sobre la necesidad de que se establezcan todas las medidas de salvaguarda, que sean adecuadas y efectivas para que el nuevo modelo se respete, haciendo énfasis en que estarán destinadas a asegurar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.<sup>75</sup>

## **1.2. La representación en el Derecho civil, la crisis de los sistemas basados en la sustitución para la toma de decisiones**

Vistas las nuevas concepciones que informan a la capacidad jurídica, la incapacidad, la discapacidad y la incapacitación, es menester que se deriven en los sistemas que tradicionalmente han pretendido la protección de las personas cuyo estado civil ha sufrido cambios debido a este último, y que regularmente se apoyan en la sustitución para la toma de decisiones.

---

<sup>74</sup> Cfr. artículo 12, apartado 4, de la CDPD.

<sup>75</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI* (versión on line), No. 78, marzo-abril, 2018, disponible en <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-77>, consultado el 23 de mayo de 2018. *Passim*.



No ha de perderse de vista, como refleja con meridiana claridad y extraordinaria fuerza de convicción Díez-Picazo, que encaja la figura de la representación<sup>76</sup> dentro de una idea genérica de sustitución y cita a Torrente como voz autorizada de la doctrina italiana, cuando dice que la representación es la institución por la cual un sujeto (representante), investido de un poder, sustituye al sujeto interesado (representado) en la realización de la actividad jurídica. Otro criterio expone Santoro Passarelli, para quien lo que sirve de fundamento a la idea de sustitución es la separación entre interesado y autor del acto jurídico, apartando al titular del interés afectado y la persona que lo realiza.<sup>77</sup>

Al asociar la representación con la sustitución se ha dicho además, que el modelo de sustitución se centra en exceso —como consecuencia del tratamiento de esta materia desde los principios propios del Derecho civil— en la protección de los aspectos patrimoniales y descuida las demás esferas en relación con las cuales no suele contener previsiones específicas.<sup>78</sup> Idea que defiende Castán citando a Aramburu, cuando razona que probablemente no hay ninguna otra institución en nuestro Derecho civil que necesite más urgente y completa reforma que la tutela, con todo su complicado engranaje, el régimen vigente está ya hartamente acreditado de ineficaz y hasta de propicio a las arteras maquinaciones de los que toman la tutela como medio de enriquecerse a costa de los pupilos.<sup>79</sup>

Desde el punto de vista práctico, ello se refleja en las causas que por lo general, motivan la designación de un representante legal, siendo recurrente la necesidad de administrar y disponer de los bienes y derechos de la persona incapaz, más que el cuidado de los aspectos personales que le son inherentes.

Explica Segura Zurbano que existen tres modelos de atención a las dependencias, basados en los que propone Santos Urbaneja: 1. el que se basa en la protección y la atención familiar, o “tutela de familia”; 2. la protección judicial o “tutela judicial” y 3. Emergente al que se está asistiendo en los últimos años, que

---

<sup>76</sup> Pero la cooperación también ha sido reconocida como *leitmotiv* o sustancia de la representación en la obra de Ferrari, pero retomando a Díez-Picazo, sus argumentos evidencian el desacuerdo con esta premisa, ya que no toda colaboración que se presta a otro se sitúa dentro de la idea de representación, es esta una forma muy concreta de cooperación, que consiste en la gestión y cuidado de bienes y de intereses ajenos, es una “cooperación gestora”. *Vid.* Díez-Picazo, Luis, *La representación en el Derecho privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1992, pp. 62 y 63.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p.59.

<sup>78</sup> *Vid.* Cuenca Gómez, P., *La igualdad en la capacidad...*, *cit.*, p.8.

<sup>79</sup> Castán Tobeñas, J., *Hacia un Nuevo...*, *cit.*, p.137.

se podría designar como “auto-tutela”,<sup>80</sup> el cual debe prevalecer en tanto supone la valoración de la voluntad del individuo para configurar su sistema de protección, y no en el sentido literal del término, ya que si la tutela está estigmatizada por la crisis que supone la sustitución, también lo estará la autotutela, con la única diferencia de que la voluntad del sujeto influyó en la determinación del tutor.

De lo que se trata —refiere LLORENS— es de eliminar el criterio de la sustitución de la voluntad de estas personas en miras de una dudosa protección,<sup>81</sup> que las transformaba de sujetos de derecho en objetos de atención del Derecho,<sup>82</sup> por lo que el paso de la sustitución en la toma de decisiones, propio del modelo médico, al sistema de apoyo característico del modelo social,<sup>83</sup> no es sino ser coherente con los postulados que se han venido explicando.<sup>84</sup>

Según criterio de LEÑA FERNÁNDEZ, que refleja perfectamente los argumentos vertidos, es común que sea la propia sentencia la que determine, según el grado

---

<sup>80</sup> Vid. SEGURA ZURBANO, José M., “Las diferentes incapacidades: necesidad de una diferente regulación legal”, *Revista Jurídica del Notariado*, No. 38, 2001, pp.226 y 228-229.

<sup>81</sup> El Dictamen de la Procuración General en un recurso de queja que atiende la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en 2018, así lo refleja: “[...]la consagración del moderno paradigma de la capacidad tiene, a mi entender, una derivación crucial en la configuración misma de la cuestión traída a esta instancia. Es que, lo reitero, el ordenamiento argentino ya no admite el instituto de la curatela, tal como era concebido por el Código Civil derogado; a la vez que habilita la elección de apoyos por parte de la persona involucrada, salvo que se detecte la existencia de intereses contrapuestos o el riesgo de una manipulación de su voluntad. Por lo tanto, ha desaparecido el sustrato mismo de la resolución impugnada en la instancia”. Fallo de la Corte Suprema Buenos Aires, 22 de marzo de 2018. Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Gómez, Jorge Elvio c/ Gcba s/ daños y perjuicios”, para decidir sobre su procedencia, en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, publicación a cargo de la Secretaría de Jurisprudencia del Tribunal, tomo 341, volumen 1, entrega primera, febrero-abril 2018, República de Argentina, disponible en: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=listarPorTomo>, consultado el 28 de mayo de 2018, p. 270.

<sup>82</sup> Vid. LLORENS, LUIS R., “CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURÍDICO”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2ª Circunscripción, No.4, año II, septiembre 2010, p.11.

<sup>83</sup> Vid. CUENCA GÓMEZ, P., *La igualdad en la capacidad...*, cit., p.15.

<sup>84</sup> Cfr. interesantes resultados que arroja un estudio empírico, en el que se muestran las discrepancias entre paciente y sustituto, en una investigación sobre el testamento vital, donde el 46 % de los consultados prefería que se siguiera su propia decisión y no la del sustituto, un 57 % por motivos de respeto a la autonomía, el 18 % por la dureza que supone tomar la decisión para el sustituto, un 15 % por considerar al sustituto demasiado emocional y el 11 % por conflicto de valores o de creencias con el sustituto. MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, Koldo, “Reflexiones sobre el testamento vital II”, *Revista de Atención Primaria*, volumen 31, No. 1, enero de 2003, disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-27-articulo-reflexiones-sobre-el-testamento-vital-13042580>, consultado el 10 de mayo de 2018, p. 5.

de capacidad psíquica y mental apreciada por el juez, que la persona quede sujeta a tutela o a curatela.<sup>85</sup> La diferencia entre una y otra radica en que el incapacitado sujeto a tutela no puede actuar válidamente por sí (salvo en aquellos casos en que la sentencia lo permita) y tendrá que estar representado en todos los actos jurídicos por el tutor; en cambio, el sujeto a curatela puede actuar válidamente por sí en el tráfico jurídico, aunque para determinados actos, que señalará la sentencia de incapacitación, necesitará la asistencia del curador (no de su representación).<sup>86</sup>

Pero una interpretación que pretende ser literal del numeral 3 del artículo 12<sup>87</sup> de la Convención propone sustituir el sistema de tutela y curatela por otro llamado de apoyo. En este, se considera que la sustitución total que implica la tutela está proscrita por la CDPD, pero tan contrario es abusar del sistema de representación como no recurrir a este cuando sea necesario, pues la norma internacional no define, enumera, ni nombra las medidas, solo exige que sean “pertinentes”, o sea, que corresponda con la realidad de la persona protegida.<sup>88</sup>

Se ha dicho por LEÑA FERNÁNDEZ que se trata de un reemplazo total. El modelo de sustitución en la toma de decisiones no tiene cabida dentro de la exigencia de igual capacidad jurídica, ni siquiera como excepción de la regla general del apoyo; excepción que entraría en juego, como algunos reclaman, en relación

---

<sup>85</sup> Fallo de la Corte Suprema Buenos Aires, 22 de marzo de 2018..., *cit.*, p.259: El nuevo ordenamiento acota el arbitrio de la curatela, que pasa a ser de excepción, reservándolo para aquellos asuntos en los que “*la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y de expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz*”. Nótese que la doctrina y la jurisprudencia argentinas diferencian la curatela del sistema de apoyos, mientras que la doctrina española lo ha interpretado de forma diferente, y considera que la manera en que han de materializarse los apoyos es a través de la curatela: “Otro enfoque adoptaba el ‘modelo de asistencia en la toma de decisiones’ e implicaba garantizar el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad, tanto en lo que atañe a la capacidad jurídica como a la capacidad de obrar, lo que, suponía buscar otra figura jurídica para instrumentar este modelo, basada en medidas de apoyo para la toma de decisiones, que reemplazara la figura del ‘representante’ (*tutor en el Derecho español*)”. *Apud.* la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español, DEASIS ROIG, Rafael (director), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, diciembre de 2008, disponible en: <https://consaludmental.org/publicaciones/ConvencionInternacionalordenamientojuridico.pdf>, consultado el 23 de mayo de 2018, p.20.

<sup>86</sup> *Vid.* LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El notario y la protección del discapacitado*, Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, p. 153.

<sup>87</sup> Artículo 12.3: “*Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*”.

<sup>88</sup> *Vid.* PEREÑA VICENTE, M., “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p.11.

con las discapacidades más severas,<sup>89</sup> aforismo con el que no se está conteste, máxime cuando la misma autora más adelante razona que ello no supone negar la evidencia de que en algunas situaciones la necesidad de apoyo será muy intensa, consistiendo en la práctica en una “acción de sustitución”, y añade que en todo caso, esta acción de sustitución deberá realizarse desde el paradigma de los apoyos y, por tanto, ser coherente con la narrativa de vida de la persona con discapacidad, sus preferencias, valores, deseos, etc.; ser tomada, como antes se señaló, para ella, y no por ella.

En suma, la CDPD parte de un concepto integrador, que supera la sobreprotección que hasta ahora existía en el ámbito de las personas con capacidades diferentes, y que tanto va a costar que asuman las familias, pues se vivía cómodamente tomando decisiones sobre el patrimonio de las personas con capacidad psíquica o intelectual diferentes.<sup>90</sup>

Superada la sustitución en la toma de decisiones como regla de protección a las personas con discapacidad, y aceptados los apoyos en su función, es imperativo profundizar sobre qué significa el apoyo, qué alcance tiene, cómo se materializa y qué caracteres lo definen en su arista práctica, aspectos que se estudiarán a continuación.

### **I.2.1. De la recepción de los “apoyos” a su instrumentación: semblanza de muy diferentes realidades**

A juicio de ARÉVALO y RAJMIL, el moderno instituto de los apoyos establece un modelo para ayudar y acompañar a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos —en oposición al régimen de sustitución de su voluntad por la del representante legal—, como una vía para que los pueda ejercer por sí misma, en la medida que sus aptitudes se lo permitan, sin diferenciar la existencia o no de una declaración judicial de incapacidad.<sup>91</sup> A lo que adiciona PÉREZ GALLARDO que tal intervención —refiriéndose al que presta el apoyo— no tiene por objeto decidir por la persona, sino que se trata de ayudar a decidir, de acompañar en la decisión, de decidir con la persona y para la persona.<sup>92</sup>

MARTÍNEZ ALCORTA le encuentra una textura abierta, con la finalidad de permitirles a los jueces la mayor flexibilidad posible a la hora de resolver la diversi-

---

<sup>89</sup> Vid. LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección...*, cit., p.154.

<sup>90</sup> Vid. ENTRENA PALOMERO, B., “Convención de la ONU...”, cit., p. 56.

<sup>91</sup> Vid. ARÉVALO, E. J. y A. B. RAJMIL, “Una nueva mirada...”, cit., pp.8 y 11.

<sup>92</sup> Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B., “Restitución parcial...”, cit., p.191.

dad de casos que se les vayan presentando. A pesar de ello, las directrices que fija la norma para la actuación del apoyo son claras, las cuales podrían resumirse en una: facilitar la autonomía del sujeto mediante la colaboración en la formación de una decisión.<sup>93</sup> Se valoriza así, en el plano jurídico, la voluntad de las personas y su real aptitud de discernimiento para cada acto.<sup>94</sup>

Se mantiene la exigencia de que cuando el apoyo suponga la designación de una persona, o vaya en paralelo a un proceso judicial donde se entre a valorar la capacidad jurídica de obrar del sujeto, la designación o confirmación de los apoyos propuestos es siempre judicial, de este modo se colocan las salvaguardias para evitar abusos. Además, el poder judicial llevará adelante el control del desarrollo de la red de apoyos, en orden a mantener dichas salvaguardias durante todo el tiempo que duren los sostenes;<sup>95</sup> lo que es sustancialmente diferente y no debe confundirse con los apoyos a las deficiencias físicas, que en su mayoría, y sin ánimo de ser absolutos, no requieren de un pronunciamiento judicial,<sup>96</sup> sin perder de vista que “apoyo” es un término amplio, que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades.<sup>97</sup> De ahí que LLORENS propugne, que la creación de sistemas de salvaguardia suponen los apoyos necesarios para la actuación propia, en la mayor medida posible.<sup>98</sup>

En este nuevo sistema, explica PÉREZ BUENO que la persona no es sustituida en todo o en parte, no se la protege mermándola o anulándola, sino que se la pro-

---

<sup>93</sup> Vid. MARTÍNEZ ALCORTA, Julio A., “Ejercicio de la capacidad jurídica en el Proyecto de Código”, *Revista de derecho de familia y de las personas*, No. 1, 2013, p. 96.

<sup>94</sup> Vid. ARÉVALO, E. J. y A. B. RAJMIL, “Una nueva mirada...”, *cit.*, p.8.

<sup>95</sup> MARTÍNEZ ALCORTA, Julio A., “Ejercicio de la capacidad...”, *cit.*, p. 96.

<sup>96</sup> *V.gr.*, Punto 15 de la Observación General No. 1 2014: “El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (por ejemplo, una medida que exija a entidades privadas y públicas como los bancos y las instituciones financieras que ofrezcan información comprensible), a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. (El apoyo también puede constituir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias)”; Punto 43: “Los Estados deben reconocer que las redes sociales y los apoyos comunitarios que se dan de forma natural (entre otros, los amigos, la familia y la escuela) de las personas con discapacidad son un elemento esencial para el apoyo en la adopción de decisiones”.

<sup>97</sup> Vid. Punto 15 de la Observación General No.1 2014, del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad.

<sup>98</sup> Vid. LLORENS, LUIS R., “CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO...”, *cit.*, p.10.

mueve, se la acompaña, no invasivamente, para que decida por sí misma. Se trata de transitar de la protección hacia la promoción. En cuanto al tipo de apoyos, se ha de ir a un catálogo amplio, diverso y flexible, que permita la máxima acomodación a la situación de la persona que los precisa, en función de sus preferencias, estilo de vida y circunstancias ambientales.<sup>99</sup>

Ahora bien, en España, comienza a abrirse paso en la doctrina la idea consagrada jurisprudencialmente de que la curatela constituye esa “medida pertinente” a la que se refiere el artículo 12, al no conllevar representación.<sup>100</sup> En este sentido, considera ENTRENA PALOMERO que de las que provee el ordenamiento español, la medida de apoyo por excelencia sería la curatela, pero reconoce la autora que tal y como está regulada, es imprescindible la reforma legislativa del procedimiento de modificación de la capacidad.<sup>101</sup>

Es interesante que los juristas ibéricos hayan realizado una muy particular interpretación del término “apoyos” que introduce la CDPD, pues parten de asociarlo con una medida de protección tradicional, como lo es la curatela, y su designación sigue en manos del ámbito judicial.<sup>102</sup> Por lo que, para el caso español, mientras el mecanismo de apoyo no esté articulado, debe configurarse la curatela, entendida desde los presupuestos del modelo de apoyo y asistencia y desde el principio del mejor interés de la persona con discapacidad, como el mecanismo al que el juez debe acudir como regla general a la hora de articular medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar<sup>103</sup>. Esto implica concebirla curatela como un mecanismo graduable

---

<sup>99</sup> Vid. PÉREZ BUENO, Luis Cayo, “Aportaciones para configurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, No.1, año 1, septiembre de 2016, pp.178-181.

<sup>100</sup> Vid. PEREÑA VICENTE, M., “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 13.

<sup>101</sup> Vid. ENTRENA PALOMERO, B., “Convención de la ONU...”, *cit.*, p. 55.

<sup>102</sup> Así lo refleja la Sentencia No. 698/2014 de 27 de noviembre, del Tribunal Supremo español, que en voz de su ponente SELIAS QUINTANA, expresa: la persona con discapacidad “*sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección*”, en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona, tal y como ha hecho la sentencia recurrida, mediante la curatela, reinterpretada a la luz de Convención desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, quien, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención.

<sup>103</sup> Así se refleja en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018, Ministerio de Justicia y Ministerio

y abierto, en función de las necesidades de la persona con discapacidad y de las circunstancias concretas en la que requiera apoyo en la toma de decisiones.<sup>104</sup>

En la práctica jurídica colombiana, puntualiza SERRANO GÓMEZ que existe la figura del inhábil negocial, quien una vez declarado como tal, deberá actuar asistido por una persona que no es su representante, sino que actúa como “consejero”, el que, como su nombre lo indica, aconsejará al inhábil para que sus negocios sean válidos y convenientes; no obstante, cuando se trate de negocios no enlistados en la sentencia, podrá actuar libremente y sin asesoría alguna y la “inhabilitación” afectará la capacidad del sujeto para realizar, exclusivamente, los asuntos restringidos en la sentencia.<sup>105</sup>

Otra cuestión será determinar el origen de los apoyos y, como bien razona PÉREZ GALLARDO, pueden tener una naturaleza voluntaria, por ser escogidos y determinados por la propia persona con discapacidad, pero también caben los apoyos forzosos, determinados por los jueces y sometidos periódicamente a revisión.<sup>106</sup> Es en el primero de los supuestos esbozados donde puede desempeñar un papel determinante el acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad, ya que, totalmente a tono con los postulados que introduce la CDPD, puede una persona manifestar con carácter prospectivo quién desea sea su persona de apoyo e incluso trazar las directrices para su puesta en práctica.

A modo de epítome, se trae a colación el pronunciamiento de la Corte Constitucional de la República de Colombia 182/16 de 13 de abril, ponente Ortiz Delgado, que sistematiza las directrices esenciales que debe incluir todo sistema de apoyos<sup>107</sup>:

---

de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, versión digital en formato pdf proporcionada por el Dr. Leonardo Bernardino Pérez Gallardo, p.5. Se declara en el Anteproyecto, que la institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial.

<sup>104</sup> *Apud.* DE ASÍS ROIG, Rafael (director), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, diciembre de 2008, disponible en: <https://consaludmental.org/publicaciones/ConvencionInternacionalordenamientojuridico.pdf>, consultado el 23 de mayo de 2018, pp. 33 y 34.

<sup>105</sup> *Vid.* SERRANO GÓMEZ, Rocío, “Modificaciones al régimen de capacidad humana en la Ley 1306 de 2009”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, volumen 40, No. 113, julio-diciembre, 2010, p. 315.

<sup>106</sup> *Vid.* PÉREZ GALLARDO, L. B., “Restitución parcial...”, *cit.*, pp. 194 y 195.

<sup>107</sup> Sentencia 182/16 de 13 de abril de 2016, Corte Constitucional de la República de Colom-

- a) El apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos. El grado de apoyo que necesite una persona, especialmente cuando es elevado, no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones.
- b) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.
- c) El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas.
- d) La persona o las personas encargadas del apoyo que haya escogido oficialmente la persona concernida, deben disponer de un reconocimiento jurídico accesible, y los Estados tienen la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que estén aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida.
- e) A fin de cumplir con la prescripción enunciada en el artículo 12, párrafo 3, de la Convención de que los Estados partes deben adoptar medidas para “*proporcionar acceso*” al apoyo necesario, los Estados partes deben velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y porque la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.
- f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los

---

bia, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-182-16.htm>, consultada el 30 de mayo de 2018.



derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.

g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento.

h) Deben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo. El objetivo de las salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona en todo momento.

i) La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo”.<sup>108</sup>

### **1.2.2. El “*supported decision making*”: ¿los apoyos de la práctica anglosajona?**

Heterogéneas realidades interpretan y aplican los mismos principios de forma diferente. Es así que la práctica anglosajona ha desarrollado y propuesto en el marco del sistema de apoyos y la mayor autonomía que estipula la CDPD el *supporteddecisionmaking* o toma de decisiones apoyada.

BROWNING, BIGBY Y DOUGLAS señalan el origen del *supporteddecisionmaking* en Canadá, como el resultado de un proceso acontecido en los años 90, donde las organizaciones de personas con discapacidad de ese país concibieron la toma de decisiones apoyada como una forma de superar las barreras que les impedían a las personas con discapacidad intelectual ejercer la autodeterminación.<sup>109</sup>

Considera la doctrina norteamericana que la CDPD rompe el vínculo que existía antaño entre la capacidad mental y comunicativa y la capacidad legal, de tal forma que una persona con discapacidad podía ser considerada directamente

---

<sup>108</sup> Observación General N°1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11° período de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014, punto 29.

<sup>109</sup> *Vid.* BROWNING, M., C. BIGBY Y J. DOUGLAS, “Supported decision making: understanding how its conceptual link to legal capacity is influencing the development of practice”, *Research and Practice in Intellectual and Developmental Disabilities*, volume 1, No. 1, 2014, disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/23297018.2014.902726>, consultado el 25 de mayo de 2018, pp.35 y 36.

como incapaz, máxima que cambia con la adopción del instrumento internacional de derechos humanos y el sistema que estipula y presume que con los apoyos adecuados todas las personas pueden tomar decisiones.<sup>110</sup> Se defiende, en concordancia, que la autodeterminación y el derecho a elegir sobre aspectos relevantes de la propia persona son elementos claves para una vida independiente<sup>111</sup> y que es fundamental para el control del bienestar personal<sup>112</sup> e incluso para la integración comunitaria de este grupo poblacional.<sup>113</sup>

El sistema legal de los Estados Unidos de Norteamérica ha respondido históricamente a estos desafíos con la creación de mecanismos que autorizan a otros a tomar decisiones para las personas con discapacidades intelectuales y cognitivas, entre los que destaca el procedimiento de tutela mediante el cual, a semejanza de los ordenamientos de tradición romanista, un tribunal designa a un tercero para que tome decisiones por una persona con discapacidad.<sup>114</sup> Es común que los adultos mayores y las personas con discapacidad sean colocados bajo tutelas excesivamente amplias y restrictivas, negándoles su derecho a elegir sobre aspectos de la vida cotidiana, como dónde viven y con quién interactúan, sus finanzas y su atención médica. Pero los procedimientos de tutela se rigen por leyes estatales individuales, y cada Estado establece sus propios estatutos, políticas y procedimientos. En muchos de ellos, una persona no puede ser colocada bajo tutela si hay una opción menos restrictiva disponible,<sup>115</sup> con lo cual se ciñen a los paradigmas que informa la CDPD, que se han venido explicando.

---

<sup>110</sup> *Apud.* American Bar Association. *Beyond guardianship: Supported decision-making by individuals with intellectual disabilities: A short summary from the 2012 national roundtable*, disponible en: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/mental\\_physical\\_disability/SDMRoundtableSummary.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/mental_physical_disability/SDMRoundtableSummary.authcheckdam.pdf), consultado el 25 de mayo de 2018, p. 1.

<sup>111</sup> *Vid.* BLANCK, Peter y Jonathan G. MARTINIS, “The right to make choices: The National Resource Center for supported decision-making”, *Inclusion*, volumen 3, No. 1, marzo, 2015, disponible en: <https://doi.org/10.1352/2326-6988-3.1.24>, consultado el 25 de mayo de 2018, p. 1.

<sup>112</sup> *Vid.* BLANCK, Peter *et al.*, “Supported decision making in serious mental illness”, *Psychiatry Interpersonal and Biological Processes*, 2018, disponible en: <https://doi.org/10.1080/00332747.2017.1324697>, consultado el 25 de mayo de 2018, p.1.

<sup>113</sup> *Apud.* información disponible en: <https://www.acl.gov/news-and-events/acl-blog/preserving-right-self-determination-supported-decision-making> y <https://www.acl.gov/programs/consumer-control/supported-decision-making-program>, consultada el 25 de mayo de 2018.

<sup>114</sup> *Vid.* KOHN, N. A., J. A. BLUMENTHAL Y A. CAMPBELL, “SUPPORTED DECISION MAKING: A VIABLE ALTERNATIVE TO GUARDIANSHIP?”, *Penn State Law Review*, No. 117, 2013, disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2161115](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2161115), consultado el 25 de mayo de 2018, p. 1113.

<sup>115</sup> *Vid.* BLANCK, P. *et al.*, “Supported decision making in serious...”, *cit.*, p.4.

En este contexto, la tutela puede presentarse en dos modalidades: la tutela limitada o parcial, que ocurre cuando un individuo ha sido considerado incapaz de tomar decisiones en áreas específicas de la vida, y por lo tanto el tutor tiene la autoridad de decidir por él, pero solo en ese concreto escenario; y la tutela completa o total, que acaece cuando el tribunal ha encontrado que la persona no tiene la capacidad para tomar todas sus decisiones legales, y entonces el tutor estará autorizado a tomarlas todas para su pupilo.

Empero, la *surrogatedecision-making*, toma de decisiones indirecta o sustitución para la toma de decisiones, y el *guardianship* o tutor, han sido ampliamente criticados —tal y como ocurre en nuestro ámbito—, ante lo cual se defiende su reemplazo, o al menos su complemento, a través del *supporteddecisionmaking* toma de decisiones apoyada,<sup>116</sup> a partir de la cual las personas con una capacidad de discernimiento disminuida o con aptitudes físicas que así lo requieran, se sirven de amigos de confianza, familiares y profesionales, para ayudarlos a comprender las situaciones y elecciones a las que se enfrentan, y así tomar sus propias decisiones.<sup>117</sup> Es un medio para aumentar la autodeterminación, ya que alienta y empodera a las personas para decidir sobre sus vidas en la mayor medida posible.<sup>118</sup>

Al integrar las ideas de los artículos 12 y 5 de la CDPD, se puede decir que así como las personas con discapacidades físicas necesitan una rampa para asegurarse de que están razonablemente acomodadas para acceder a un edificio, el *supporteddecisionmaking* se considera el vehículo para acomodar razonablemente a personas con discapacidades cognitivas, para ejercer su capacidad legal.<sup>119</sup>

Se ha dicho por BLANK y MARTINIS que las enfermedades mentales graves se asocian con las afectaciones cognitivas, que son las que provocan que la capacidad para tomar decisiones pueda estar limitada. Como resultado, muchas de estas personas se encuentran bajo tutela legal completa y es entonces cuando se analizan los efectos del régimen sustitutivo, como pueden ser: baja autoestima, baja

---

<sup>116</sup> Vid. KOHN, N. A., J. A. BLUMENTHAL Y A. CAMPBELL, “SUPPORTED DECISION MAKING...”, *cit.*, p. 1113.

<sup>117</sup> Quizás uno de los modelos más citados por la doctrina anglosajona es el *British Columbia's Representation Agreement* canadiense, un contrato privado habilitado por ley como alternativa para la tutela. Vid. KOHN, N. A., J. A. BLUMENTHAL Y A. CAMPBELL, “SUPPORTED DECISION MAKING...”, *cit.*, p. 1122 y ss.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 1113.

<sup>119</sup> Vid. BROWNING, M., BIGBY, C. Y J. DOUGLAS, “Supported decision making: understanding...” *cit.*, p. 36.

autoeficacia percibida, pasividad conductual y el potencial abuso de privilegio por parte de los tutores designados.<sup>120</sup>

Para poder configurar el sistema que proponen, se sustentan en las habilidades necesarias para tomar decisiones racionales, que incluye cuatro componentes principales: *comprehension, appreciation, reasoning, and choice*.<sup>121</sup> La comprensión es la capacidad de entender la información presentada a la persona, mientras que la apreciación supone percibir la relevancia de la información, con el razonamiento se manipula la información, sobre todo cuando hay que evaluar los riesgos y beneficios a partir de formas de actuación alternativas, y por último, la elección para comunicar clara y consistentemente la decisión.

Lo anterior es importante porque en estos puntos neurálgicos es donde se debe reforzar el apoyo, o sea, que la persona que lo ejerza debe contribuir a que el individuo entienda la información, su relevancia, evalúe los riesgos y beneficios, así como otras posibles vías alternativas, de ser posible, y que brinden los apoyos necesarios para que esta voluntad pueda ser manifestada.

A estos componentes se adiciona una consideración notable a tener presente, y es que la capacidad para la toma de decisiones es dimensional, o sea, los sujetos tienen diversos grados de discernimiento y ello debe repercutir en la magnitud del apoyo. Pero además, su capacidad para la toma de decisiones varía en el tiempo, con el contexto, el tipo o la gravedad de la decisión, la motivación y la emoción.<sup>122</sup> Argumentos razonados a partir de investigaciones empíricas que se enfocan no solo en la ordenación del *supported decisionmaking*, sino en la calidad del mismo, de ahí que se cuestionen cómo funciona, cómo perfeccionarlo,<sup>123</sup> y un ejemplo de ello es lo que denominan apoyo cognitivo,<sup>124</sup> cuya finalidad es realizar intervenciones de apoyo adicionales, diseñadas únicamente para reducir las demandas cognitivas de la persona con discapacidad.

---

<sup>120</sup> Vid. BLANCK, P. y J. G. MARTINIS, “The right to make...” cit., p. 2.

<sup>121</sup> Teoría que sostienen GRISSE y APPELBAUM, citados por BLANCK, P. y J. G. MARTINIS, “The right to make...”, cit., p. 2.

<sup>122</sup> BUCHANAN, A., “Mental capacity, legal competence, and consent to treatment”, *Journal of the Royal Society of Medicine*, No.97, disponible en: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/014107680409700902>, consultado el 25 de mayo de 2018. *Passim*.

<sup>123</sup> Vid. BLANCK, P. et al., “Supported decision making in serious...”, cit., p. 3.

<sup>124</sup> Una investigación ha demostrado que los procedimientos de consentimiento interactivo que incluyen la presentación repetida de información y la presentación de información multimedia pueden mejorar la toma de decisiones en adultos con diferentes enfermedades mentales, lo que resulta en una mayor capacidad de consentimiento. Vid. BLANCK, P. et al., “Supported decision making in serious...”, cit., p. 3.

Según la configuración dada en el sistema norteamericano, el *supporteddecisionmaking* sobreviene cuando un individuo con desafíos cognitivos es el máximo responsable de sus decisiones, pero recibe apoyo de una o más personas, que le explican los problemas de una manera que los pueda entender y cuando sea necesario, interpreta sus palabras y su comportamiento para establecer sus preferencias; a diferencia de las decisiones por sustitución, donde el tutor no está obligado a demostrar que su actuación es acorde con los deseos y preferencias de la persona.<sup>125</sup> A nuestro juicio, el principio básico que se quiere resaltar con esta definición no es en sí la forma que adopta la toma de decisiones, sino que sea cual sea esa forma, se sustente en las voluntades y preferencias de las personas.

Reconocen que el *supporteddecisionmaking* no está configurado como un modelo único<sup>126</sup> y ya en la actualidad se extiende no solo a la discapacidad intelectual, sino a cualquier enfermedad mental grave.<sup>127</sup> En adición, puede ser puramente informal, por lo que es procedente estipularlo mediante un acuerdo privado entre una persona y un tercero de confianza,<sup>128</sup> de ahí que resulte su utilización en muchos contextos diferentes, y se reconozca en sus diversas facetas como un proceso, un mecanismo, un sistema o un marco de referencia para englobar los más variados instrumentos.<sup>129</sup>

Actualmente, una de las metas en las que se centra la investigación es el desarrollo de nuevos modelos de *supporteddecisionmaking*, con el objetivo final de aumentar la integración individual y social, y con ello la autodeterminación. No se puede perder de vista que para la toma de decisiones apoyada anglosajona, el apoyo no lo brinda una sola persona, sino que lo pueden hacer, en cada caso,

---

<sup>125</sup> Vid. *From Exclusion to Equality Realizing the rights of persons with disabilities*, Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, United Nations, Geneva, 2007, disponible en: <http://archive.ipu.org/PDF/publications/disabilities-e.pdf>, consultado el 25 de mayo de 2018, p.104.

<sup>126</sup> Vid. American Bar Association, *Beyond guardianship: Supported decision-making by individuals with intellectual disabilities: A short summary from the 2012 national roundtable*, disponible en: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/mental\\_physical\\_disability/SDMRoundtableSummary.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/mental_physical_disability/SDMRoundtableSummary.authcheckdam.pdf), consultado el 25 de mayo de 2018, p. 1.

<sup>127</sup> Ello se evidencia cuando los mismos autores, en artículo publicado en 2018, se refieren al “supporteddecisionmaking in serious mental illness” (enfermedad mental grave). *Apud*. BLANCK, P. *et al.*, “Supported decision making in serious...” *cit. Passim*.

<sup>128</sup> Vid. KOHN, N. A., J. A. BLUMENTHAL Y A. CAMPBELL, “SUPPORTED DECISION MAKING...”, *cit.*, p. 1121.

<sup>129</sup> Vid. BROWNING, M., BIGBY, C. Y J. DOUGLAS, “Supported decision making: understanding...” *cit.*, pp. 36-39.

varias de ellas, en proporción con lo que necesite el sujeto, en aras de que su querer cumpla con los baremos para ser considerado legal.<sup>130</sup>

Una interesante postura es la preocupación que se muestra en una publicación del año 2018, donde se expresa que las personas en un estado en que aún no se hayan deteriorado las facultades mentales planean momentos en el futuro en los que sí pueden verse afectados. Se exhorta a los investigadores a examinar las formas de apoyar a esas personas en los marcos del *supported decision making*, para que estas decisiones tomadas por adelantado sean consistentes con su voluntad y preferencia.<sup>131</sup>

### **I.3. Las voluntades y preferencias de las personas como eje sobre el que gira el sistema de protección de la CDPD**

El tercer pilar sobre el que se sustenta el nuevo sistema de protección propuesto por la CDPD es el respeto a las voluntades y preferencias de las personas, que debe ser visto como el medio (toma de decisiones apoyadas) y el fin (respeto a la dignidad y concepciones de las personas) de todo el sistema.

El artículo 12.4 de la CDPD establece que las salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, en concordancia, la Observación General No.1 en numerosos apartados explicita cómo debe hacerse efectiva esa protección a los deseos, como máxima expresión de la libertad y dignidad propias de la persona.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> KOHN, N. A., J. A. BLUMENTHAL, Y A. CAMPBELL, "SUPPORTED DECISION MAKING...", *cit. Passim*.

<sup>131</sup> *Vid.* BLANCK, P. *et al.*, "Supported decision making in serious...", *cit.*, p. 10.

<sup>132</sup> En sus apartados 15 y 25 relacionan los modernos apoyos, con la observancia de la voluntad y preferencias de las personas y señalan: "*El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad*" y "*dan primacía a la voluntad y las preferencias de la persona*". Más adelante, cuando se abordan las salvaguardias en el apartado 18 y en el 25 h) se señala: "*El objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*", y después, en el punto 22, referido a las obligaciones de los Estados Partes instituye: "*los Estados partes en cuestión deben 'examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona'*". En sentido contrario es la máxima del apartado 23, cuando se refiere a las voluntades y preferencias de las personas, pero desde la perspectiva de los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones explica que de forma usual "*toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el 'interés superior' objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su voluntad y preferencias propias*". En el punto 40 se declara que: "*es imperativo que las personas con discapacidad*

Es así que el cambio de paradigma que propone la CDPD tiene como uno de sus pilares fundamentales la observancia de las voluntades y preferencias, y a su vez conecta directamente con varios temas, ya abordados, como el ejercicio de la capacidad jurídica, el sistema de apoyos que la resguarde y la excepcionalidad de los sistemas basados en la sustitución, y aun en estos, explica PEREÑA VICENTE que la voluntad y las preferencias de las personas protegidas ha de convertirse en el eje central de la actuación, cualquiera que sea el grado de protección establecido. Incluso, cuando una persona tenga que ser representada por concurrir circunstancias especialmente graves, cuando su capacidad residual sea mínima, las decisiones que le conciernen tendrán que ser tomadas de acuerdo con su voluntad y preferencias, tomando siempre en cuenta su “interés superior”.<sup>133</sup>

Por ello, inverso a lo que pudiera pensarse, en las decisiones por sustitución también tienen gran importancia. Sentido en el cual reconoce RAMOS PONZÓN que hay factores que determinan el modo de actuación, ya que en determinados casos es posible que se tenga constancia explícita de los deseos de la persona<sup>134</sup> o, por el contrario, que se conozca únicamente algunos valores y preferencias, o en el peor de los casos, que no se sepa nada sobre ella. Propone entonces el autor observar las tres líneas de actuación que desarrollan BUCHANAN y BROCK: el criterio subjetivo, el criterio del juicio sustitutivo y el criterio del mejor interés.

El criterio subjetivo tiene como finalidad aplicar las instrucciones previas que la persona ha manifestado y se puede hacer de manera oral o escrita. Según el juicio sustitutivo, del que trata de alejarse la CDPD, una persona competente adopta la decisión en nombre de otra que es incompetente, aunque dicha decisión ha de tener como referencia los deseos y preferencias de la persona y no los propios, se trata de decidir teniendo en cuenta lo que ella decidiría. En último lugar, según el mejor interés, estos autores excluyen a la persona de la decisión, buscando solo aquello que más le beneficia y se aplica cuando no se sabe cómo quiere ser tratada.<sup>135</sup>

---

*tengan oportunidades de formar y expresar su voluntad y preferencias, a fin de ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”, con énfasis en que no solo es importante el respeto, sino también la posibilidad de poder expresarlas.*

<sup>133</sup> PEREÑA VICENTE, M., “Derechos fundamentales...”, *cit.*, pp.12 y 26.

<sup>134</sup> El acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad es una posibilidad para que se tenga constancia de los deseos de la persona al momento de tomar decisiones conflictuales.

<sup>135</sup> RAMOS PONZÓN, Sergio, “Una visión más realista de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Acta Bioética*, volumen 13, No.1, junio de 2017, pp.119-128, disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726569X2017000100119&lng=esnrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726569X2017000100119&lng=esnrm=iso), consultado el 26 de mayo de 2018, p.124.

De lo anterior se colige, bajo la lógica sistémica del modelo que propone la CDPD, que se debe atender preferencialmente al criterio subjetivo, que verá su concreción práctica a través de los apoyos, o mediante mecanismos como el acto en previsión de la futuras discapacidades o la incapacidad, ya que, incluso, las voluntades y preferencias de la persona de las que se tenga conocimiento van a tener una especial importancia cuando el juez deba modelar el traje a la medida, acorde con las aptitudes, las potencialidades y los deseos de la persona.<sup>136</sup>

Sentada esta idea, DICKENSON Y SAVALESU introducen el debate en torno a los principios filosóficos de la neutralidad temporal y la orientación presente, ya que la primera se sustenta en el respeto por las preferencias pasadas,<sup>137</sup> que es una de las mayores problemáticas que se ciñe sobre las preferencias manifestadas en el presente para que surtan efectos en el futuro.

Con el desarrollo del tema, los autores diferencian entre “*very distant preferences*” (preferencias muy distantes) y “*most recent past preferences*” (preferencias pasadas más recientes), y concluyen en que el respeto por la autonomía es el respeto por las preferencias actuales,<sup>138</sup> pero, ¿cuáles son entonces las preferencias actuales?

De acuerdo con la neutralidad temporal, una preferencia en un futuro muy distante cuenta tanto como una preferencia que tengo ahora, pero en general, reconocen que el contenido y la satisfacción de las preferencias más distantes es menos cierto que el de las actuales.

Empero, se tuercen mucho más los argumentos cuando explican que la neutralidad temporal no puede dar cuenta del peso que se concede en la práctica a la preferencia pasada, pero más reciente de una persona.<sup>139</sup> Según la neutralidad temporal, tendría mayor valor la preferencia que se ha tenido por más tiempo,<sup>140</sup> no obstante, se decantan por cumplir la más reciente, aunque lo haya sido por menos tiempo.

---

<sup>136</sup> *Apud.* PEREÑA VICENTE, M., “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p.26.

<sup>137</sup> *Vid.* DICKENSON, Donna y Julian SAVALESU, “The time frame of preferences, dispositions, and the validity of advance directives for the Mentally Ill”, *Philosophy, Psychiatry & Psychology*, volume 5, No. 3, septiembre, 1998, p. 231.

<sup>138</sup> DICKENSON, D. y J. SAVALESU, “The time frame...” *cit.* p. 231.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>140</sup> Lo explican de la siguiente forma: si una persona incompetente prefería durante mucho tiempo, cuando era joven, morir antes que ser dependiente en un hogar de ancianos, pero recientemente, como un anciano prefería ser amamantado en un hogar en lugar de morir, la neutralidad temporal requiere que permita que este hombre muera, si ha tenido esa preferencia por más tiempo. Sin embargo, en la práctica, se ha de cumplir con su preferencia pasada más reciente.



Ello supone establecer un interesante debate en torno al tiempo que se ha mantenido una determinada preferencia manifestada y su actualidad, en el entendido de que, de tomarse el primer criterio, o sea, el de la cuantía, lo manifestado en un acto de autoprotección futura, tendrá mayor validez cuanto más dure en el tiempo el acto sin ser revocado o modificado. Por el contrario, el segundo criterio propone la solución para el dilema que se genera ante la existencia de dos preferencias, una más antigua, pero más sostenida en el tiempo, y otra reciente, que como tal no compite en permanencia con la anterior, en la que tiene supremacía la última por ser la más acorde a las preferencias actuales de la persona.

Sin embargo, desde otra perspectiva, sí pudiera ser este el fundamento para los que defienden que es más legítima la decisión tomada por una persona designada sobre el ahora incapaz, pues es la más reciente y pondera circunstancias actuales que la persona no previó en el pasado, amén de que en contrario pudiera argumentarse que la segunda preferencia, o sea, la manifestada por el designado o sustituto, no emana, como es obvio, del sujeto en sí, sino de otra persona.

El defecto fundamental sobre el que me enfoco, es que no analizan estos autores lo que a juicio personal sería lo verdaderamente trascendente, y es la relación entre ambos postulados, o sea, en qué medida el tiempo que se sostiene una preferencia influye en que esta no pueda cambiar, pues ello aportaría luces a los constantes cuestionamientos que se ciernen sobre la actualidad de lo manifestado con carácter prospectivo, siendo quizás el argumento más utilizado en contra de la utilización de los mecanismos de autoprotección en general.

A modo de epítome, las voluntades y preferencias pueden tener trascendencia para una decisión inmediata y presente, y en tal sentido ser preferentes y excluyentes sobre cualquier otra, para ello es que debe fomentarse y garantizarse la utilización de un sistema de apoyo, ya que ello supone que, en mayor medida, los deseos son propios. Pero la persona también puede querer manifestar sus voluntades y preferencias, no para que sus efectos sean actuales, sino con efectos *ex nunc*, y esta será el objeto de la denominada planificación anticipada de la protección o lo que es lo mismo, la denominada autoprotección.

Es así que MARTÍNEZ URIONABARRENETXE<sup>1</sup> la define como el proceso de planificación de la atención médica en el futuro, en el caso de que el paciente no sea entonces capaz de tomar sus propias decisiones; o sea, el proceso de discusión y documentación estructurada dentro del proceso habitual de atención a la salud,

que se revisa y pone al día periódicamente.<sup>141</sup> Adolece el criterio vertido por el autor del mismo muro de contención que usualmente ha frenado el despliegue de las directivas anticipadas más allá del ámbito estrictamente médico o asistencial.

Como colofón, se puede aseverar que bajo el prisma de la CDPD, las voluntades y preferencias de las personas son la cima de la montaña y todos los mecanismos de autoprotección que emanen del ejercicio de la autonomía de la voluntad, son formas a través de las cuales se harán valer, con carácter prospectivo, las voluntades y preferencias de las personas y poder alcanzar la tan anhelada cima, aunque no por la vía tradicional, como ocurre cuando la decisión es actual.

#### **I.4. La autonomía prospectiva: puente entre la autonomía de la voluntad y la autoprotección**

Unido al redimensionamiento de la capacidad jurídica, la autonomía de la voluntad ha sido también abanderada y encuentra su fundamento en la libertad de las personas y en el respeto a la dignidad humana. Estos le deben ser reconocidos y respetados a los seres humanos, independientemente de su origen, nacionalidad, grupo racial, edad, sexo, religión que profesa o cualquier otra característica distintiva.

Explica CASTÁN que el Derecho Civil clásico, en su frenesí individualista, llevó los fueros de la voluntad a sus más verosímiles exageraciones, su punto de partida es la libertad del individuo para gobernar, con pleno arbitrio, sus actos y su patrimonio, no solo en vida, sino aun después de la muerte.<sup>142</sup> La libertad se materializa a través de las actuaciones y tiene como límite general lo prohibido y el no causar con su ejercicio daño a otro, así como también la forma de estar de la persona, su estatus y forma de vida, en relación con sus máximos morales y las consideraciones personales sobre lo que es o no digno. Esta conclusión se trae a colación en el marco de la discapacidad, pues representa a un grupo poblacional para el que resulta especialmente importante poder ejercitar su autonomía de la voluntad *per se*, y por qué no, hacerlo de forma prospectiva, como se analizará más adelante.

CORTINA, a partir de la doctrina kantiana, defiende que el hombre debe tener autonomía y capacidad autolegisladora, esto es, que en las sociedades democrá-

---

<sup>141</sup> Vid. MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, Koldo, “Reflexiones sobre el testamento vital II”, *Revista de Atención Primaria*, volumen 31(1), enero 2003, pp.1-6, disponible en: [https://ac.els-cdn.com/S0212656703706507/1-s2.0-S0212656703706507-main.pdf?\\_tid=448c20e6-2f58-4c90-87d4-53d731a37c9d&acdnat=1525951910\\_8311ed1e84f08f72b13721a038524666](https://ac.els-cdn.com/S0212656703706507/1-s2.0-S0212656703706507-main.pdf?_tid=448c20e6-2f58-4c90-87d4-53d731a37c9d&acdnat=1525951910_8311ed1e84f08f72b13721a038524666), consultado el 10 de mayo de 2018, p. 4.

<sup>142</sup> Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Hacia un Nuevo...*, *cit.*, p.15.

ticas solo son válidas las leyes que nos daríamos a nosotros mismos como seres autolegisladores<sup>143</sup> y DE CASTRO —en su obra sobre el negocio jurídico— señala que la autonomía privada de las personas debe entenderse como su poder de autodeterminación y la define como el poder complejo reconocido para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.<sup>144</sup>

También se ha asociado la autonomía de la voluntad con la libertad, y un ejemplo de ello lo constituyen las referencias de importantes civilistas como CASTÁN, DE CASTRO, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, CIFUENTES, LLAMBIÁS y PÉREZ GALLARDO, donde se hace mención a la autonomía de la voluntad en relación con la libertad individual o la libertad de las personas.<sup>145</sup>

La autonomía tradicional —enfatisa AGICH— se centra en valores como la independencia de la acción, el habla y el pensamiento. Los ideales implícitos en este concepto incluyen la independencia y la autodeterminación, la capacidad de tomar decisiones racionales y libres y la capacidad de identificar con precisión los deseos propios y evaluar lo que constituye el interés propio, por lo que, a su juicio, la autonomía respalda un amplio conjunto de derechos.<sup>146</sup>

La autodeterminación la sitúa RIVERA como una consecuencia de los principios de neutralidad y tolerancia. Consiste en que cada individuo es libre de establecer su propio proyecto de vida y reconoce un espacio sustancial a la independencia personal, inmune a la coerción por voluntad de los demás; aunque siempre existirán formas de vida prohibidas, si estas atentan contra la libertades o los derechos de los demás.<sup>147</sup> Supone reconocer en su justa medida la importancia

---

<sup>143</sup> Vid. CORTINA, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, 6<sup>th</sup> edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, p.93.

<sup>144</sup> Vid. DE CASTRO y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, pp. 12 y 13.

<sup>145</sup> Apud. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Hacia un Nuevo...*, cit., p.15; DE CASTRO y BRAVO, F., *El negocio...*, cit., pp.12-18; DíEZ-PICAZO L. y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho... I*, cit., pp. 371-378; CIFUENTES, S., *Elementos de Derecho...*, cit., pp. 270, 280, 287, 365; LLAMBIÁS, J. J., *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 26, 27, 28 y PÉREZ GALLARDO, L. B., “De la autonomía de la voluntad y de sus límites”, en Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), *Lecturas de Derecho de obligaciones y contratos*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000, pp. 214-217.

<sup>146</sup> Vid. AGICH, George J., “Reassessing Autonomy in Long-Term Care”, *Hastings Center Report*, noviembre-diciembre, 1990, p. 12.

<sup>147</sup> Vid. RIVERA, Julio C., “Autodeterminación y tolerancia: ejes del derecho de la persona”, *Revista Signos Universitarios*, volumen 25, No.1, 2006, disponible en: <http://p3.usal.edu.ar/index.php/signos/article/view/2956>, consultado el 23 de mayo de 2018, p.97.

que reviste la autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones,<sup>148</sup> a tono con la afirmación absoluta de RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, de que la libertad es el poder de opción que tiene el sujeto jurídico para el ejercicio de sus derechos, dentro del ámbito permitido por el deber jurídico, abstracto o específico, que le imponga la convivencia social.<sup>149</sup>

De igual forma, debe ser congruente el ejercicio de la autonomía con el concepto de persona, ya que es a ella a quien se le reconoce y quien puede fácticamente ejercerla, o sea, que la autonomía no tiene sentido sino va unida a los seres humanos y su convivencia en sociedad, siendo ese el escenario en el que se presenta como un fenómeno verdaderamente trascendente, manifestándose en la toma de decisiones esenciales, primero para la individualidad y después frente a otras personas, a la familia, a la comunidad, a la sociedad o al Estado.

Por ello, conjuntamente con la definición de autonomía en abstracto, se encuentra la de persona autónoma. En este sentido, se señala que el análisis debe centrarse en el nivel más superficial y periférico de la persona autónoma, o sea, en el de sus “elecciones autónomas” y “acciones autónomas”,<sup>150</sup> aunque la primera es representativa de la potencia o facultad, mientras que la segunda es su acto, por lo que, a nuestro juicio, aquella queda en el ámbito de la decisión y la última en el de la acción, como reflejo de la diferencia entre pensamiento autónomo y actuación autónoma. No obstante la trascendencia de ambas, es más importante lo que somos capaces de percibir, o sea, la acción, ya que la elección puede quedarse al nivel de la conciencia de la persona y por lo tanto no ser revelada nunca.

Para FADEN y BEAUCHAMP la acción autónoma posee tres condicionantes: la intencionalidad, el conocimiento y la ausencia de control externo. A ello agrega GRACIA que la primera no admite grados, mientras que las dos últimas sí; por consiguiente, las acciones pueden ser más o menos autónomas, teniendo como extremos, la acción completamente autónoma y la completamente no autónoma. Se razona entonces que no puede existir una acción completamente autónoma, en tanto toda autonomía es dependiente y, como tal, nunca existirá alguna a la que se pueda denominar pura, sobre esta base señala que no existen decisiones completamente autónomas, sino solo las sustancialmente autónomas, ya que para que

---

<sup>148</sup> Vid. ENTRENA PALOMERO, B., “Convención de la ONU sobre derechos...”, *cit.*, p. 56.

<sup>149</sup> Vid. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, “Orientaciones Modernas del Derecho civil (La problemática de la libertad jurídica)”, *SERBIULA (Sistema Librum 2.0)*, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2057239.pdf>, consultado el 24 de mayo de 2018, p.362.

<sup>150</sup> Vid. GRACIA, Diego, *Fundamentos de Bioética*, Editorial Eudema, Madrid, 1989, p.183.

concurrieran las primeras, la decisión no podría estar influida de ninguna manera por agentes externos, lo cual es imposible, ya que desde que se nace y se recibe educación, las personas son influenciadas por agentes externos en las decisiones que toman en el futuro. Por ello es que sostiene que solo existen las decisiones sustancialmente autónomas.

Así que, la autonomía de la voluntad de los particulares se fue afirmando como la verdadera autoridad en el Derecho privado y constituye un principio fundamental del Derecho civil. Sigue explicando LLAMBÍAS, que conforme con la máxima “*volenti non fitinjuria*”,<sup>151</sup> se manifiesta la importancia que se le otorga desde el Derecho civil a la autonomía de la voluntad y debe ser interpretada en el entendido de que una decisión que emane de la propia y válida voluntad de un sujeto no debe considerarse como injusta para él, ya que es evidente que sí pudiera ser tenida como tal para los demás.<sup>152</sup>

En paralelo explica PÉREZ GALLARDO que corresponde entonces la autonomía a un supuesto jurídico-normativo, en el que la decisión humana puede, libremente, sin ningún tipo de condicionamiento —salvo limitaciones legales— determinar la creación de un negocio jurídico, así como autodiseñar su estructura y contenido, atribuyéndole a la autonomía dos dimensiones: la positiva, que es precisamente en la que se puede ejercitar, actuar y proyectar, frente a la denominada negativa, que le pone cotos, restricciones o modificaciones.<sup>153</sup>

Con primacía de la autonomía de la voluntad es que tienen la opción las personas de configurar su futuro, ya que se deja que sea el propio interesado quien disponga cómo quiere seguir gestionando sus bienes o decidiendo lo más conveniente para su cuidado personal, a manera de medidas de anticipación,<sup>154</sup> lo que en la actualidad se ha denominado como autonomía prospectiva.

#### **I.4.1. La autonomía prospectiva: un enfoque presente del futuro**

El concepto de autonomía ha experimentado un notable desarrollo, ajustándose a las circunstancias y diversas necesidades que nos plantea la sociedad del siglo XXI. Respetar la autonomía, para DICKENSONY SAVALESU, va más allá de res-

---

<sup>151</sup> Lo que es querido no causa injusticia.

<sup>152</sup> Vid. LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho...*, cit., pp.26 y 27.

<sup>153</sup> Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B., “De la autonomía de la voluntad...”, cit., pp.217-220.

<sup>154</sup> Vid. SAN JULIÁN PUIG, Verónica, “Las instrucciones previas: un instrumento todavía por descubrir y desplegar”, en Alberto Muñoz Fernández (coordinador), *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privada de las personas dependientes: un estudio comparado*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2014, p.85.

petar las elecciones de las personas que ahora son competentes para tomar decisiones sobre sus propias vidas, pues ha llegado a incluir el respeto de las elecciones de personas competentes, que ahora no lo son,<sup>155</sup> para lo cual ha surgido la denominada autonomía prospectiva, con el objetivo de crear un fundamento para aquellos instrumentos en virtud de los cuales una persona con plena capacidad de obrar puede manifestar su voluntad en el presente, pero no para que sus efectos sean actuales, sino para que sea legítima en el futuro, cuando ya no pueda hacerlo válidamente.

Esta manifestación puede conducir a dos fines diferentes: para exteriorizar sus voluntades y preferencias en todo orden de cosas, o para dar instrucciones precisas sobre determinados modos de actuación, aunque puede incluir ambos supuestos, pues no son excluyentes entre sí.

Denomina SÁNCHEZ-CARO a la autonomía prospectiva como un moderno tipo de autonomía,<sup>156</sup> ello se debe a la especial connotación que supone en este ámbito y a la directa vinculación que posee con los postulados que introduce la CDPD que se analiza, en torno a la libertad y autonomía de las personas con discapacidad y su trascendencia en la calidad de vida y el respeto a la dignidad del ser humano, hasta su último aliento.

Para GONZÁLEZ GONZÁLEZ la autonomía prospectiva se puede encontrar reflejada en el artículo 9 del Convenio sobre Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa,<sup>157</sup> del año 1997; en relación con la frase “*deseos expresados anteriormente*”, la considera como un proceso y la asocia con el consentimiento informado.<sup>158</sup>

En las anotaciones de BELLI, estas instrucciones prospectivas se pueden comprender, a grandes rasgos, como formas de consentimiento para asegurar una atención sanitaria acorde con los intereses de un sujeto, con la particularidad de que entrarán en vigencia cuando este ya no se encuentre apto para manifestar su voluntad.<sup>159</sup>

---

<sup>155</sup> Vid. DICKENSON, Donna y Julian SAVALESCU, “The time frame of preferences...” *cit.*, p. 226.

<sup>156</sup> Vid. SÁNCHEZ-CARO, Javier, “Las instrucciones previas en el contexto de las decisiones al final de la vida”, en Javier Sánchez-Caroy Fernando Abellán (coordinadores), *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 64.

<sup>157</sup> Artículo 9.- “*Serán tomados en consideración, los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad*”.

<sup>158</sup> Vid. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Antonio, “La sedación paliativa y voluntades anticipadas”, *Anales de la Real Academia de Doctores*, volumen 2, No.1, 2017, p. 20.

<sup>159</sup> Vid. BELLI, Laura Florencia, “El debate en torno a la validez de las directivas anticipadas en salud”, *Perspectiva Bioética*, volumen 18, N° 2, 2014, p.215.

En la misma línea se expresa SEOANE, para quien la autonomía prospectiva o *ad futurum* es una proyección de la facultad de autodeterminación decisoria en el tiempo y por esa razón se le reconoce como un ejercicio singular del consentimiento informado, aunque establece la diferencia entre el consentimiento informado ordinario o actual y el que presta para que los resultados o consecuencias aparezcan diferidos en el tiempo.<sup>160</sup>

Pero a juicio de la autora, estas hipótesis plantean problemas. Argumenta DE MONTALVO que no es acertado conectarlas —refiriéndose a las instrucciones previas como efecto fundamental de la autonomía prospectiva— con el derecho a autorizar o rechazar el tratamiento, convirtiéndolas en una especie de consentimiento prospectivo,<sup>161</sup> haciendo notar, con acierto, la diferencia entre autonomía prospectiva y consentimiento prospectivo, que radica fundamentalmente en que la primera es más amplia, o sea, el ejercicio de la autonomía prospectiva puede incluir un consentimiento prospectivo y muchas otras cuestiones, como pueden ser la declaración sobre deseos, valores y principios que conforman nuestras creencias, así como los gustos y preferencias que se desea informen las decisiones que tomen otros sobre nuestra persona, pero en el futuro. En definitiva, aplíquese la clásica diferencia entre autonomía de la voluntad y consentimiento —la primera como presupuesto del segundo—, que supone la voluntad aplicada a una situación en concreto.

En adición —señala TINANT—, la autonomía de la voluntad es un derecho consustancial del paciente a la hora de recibir prestaciones sanitarias y puede ejercerse no solo en el momento actual, sino también para el futuro, en tal caso como autonomía prospectiva. Se trata de prever las situaciones en las que el individuo se encontrará e indicar al médico las actuaciones que quería o no que se realizasen.<sup>162</sup> Se le ha reconocido incluso por SÁNCHEZ-CARO como “principio de autonomía prospectiva”, pues otorga autoridad decisoria futura a los pacientes que hayan hecho constar su voluntad previamente.<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> Vid. SEOANE, José A., “Derecho y planificación anticipada de la atención: Panorama jurídico de las instrucciones previas en España”, *DS Derecho Salud*, volumen 14, No. 1, 2006, p. 286.

<sup>161</sup> Vid. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “La naturaleza jurídico-constitucional de las instrucciones previas”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Noticias de Tesis, No. 76, enero-abril 2009, p. 324.

<sup>162</sup> Vid. TINANT, Eduardo Luis, “Educación médica en el final de la vida. Reflexiones sobre la dignidad y la integridad de la persona”, *Boletín del Consejo Académico de Ética en Medicina (CAEEM)*, volumen 7, 2010, p. 87.

<sup>163</sup> Vid. SÁNCHEZ-CARO, J., “Las instrucciones previas...”, *cit.*, p. 54.

Se coincide entonces en que un elemento definitorio de la autonomía prospectiva es su ejercicio en el presente por persona capaz, para que surta efectos ante la futura incapacidad, aunque después se pueda edulcorar esta condición con muchas otras cuestiones que preocupan a la doctrina.<sup>164</sup> Con lo que no se está conteste es que sus contenidos solo estén dirigidos a las decisiones médico-sanitarias, por más que estas últimas sean las más requeridas hoy por la comunidad, tal y como señala TAIANA DE BRANDI.<sup>165</sup> Otras previsiones no son de menor importancia, pues se es del criterio de que poner fronteras o límites actitudinales a una manifestación de voluntad a la que los ordenamientos jurídicos no limitan, es contrario a Derecho y a la dignidad y libertad de las personas.

Pero la autonomía prospectiva —aclara CANTOR— se configura diferente en algunos aspectos de la elección personal contemporánea. Las decisiones orientadas al futuro generalmente involucran hechos hipotéticos, circunstancias variables y una perspectiva limitada que complica la toma de decisiones.<sup>166</sup>

La autonomía está condicionada por el desarrollo y la sociedad, de modo que será única y debe ser situada y analizada en su contexto, de tal forma que la autonomía individual y la decisión que genera son siempre contextuales.<sup>167</sup> Aunque se está de acuerdo con lo anterior, el análisis contextual no debe conducirnos a negar su aplicación *ad futurum*, cuando las circunstancias hayan cambiado.

De ahí que CANTOR se cuestione: ¿abarca la autonomía prospectiva la prerrogativa de impactar negativamente en la persona incompetente?, una clara referencia al conflicto que se produce entre la voluntad manifestada con carácter anticipado y los mejores intereses contemporáneos.<sup>168</sup> Sobre ello, el propio autor refiere a continuación que ninguno de estos casos involucra situaciones en las que

---

<sup>164</sup> Tal es el caso de bajo qué circunstancias se ejercita, si ya fue diagnosticada una enfermedad neurodegenerativa o terminal, con la consiguiente carga emocional que ello implica. Por el contrario, cuando es ejercitada por personas muy jóvenes, las dudas se generan sobre el cambio de circunstancias que puede operar pasados muchos años de su otorgamiento. En igual sentido, se puede cuestionar el carácter verdaderamente vinculante que se les debe otorgar y la reticencia profesional a ejecutar lo plasmado en un documento, aunque no se haya escuchado directamente de la persona.

<sup>165</sup> Vid. TAIANA DE BRANDI, Nelly A., “Directivas anticipadas: ejercicio de la autonomía prospectiva en caso de discapacidad o incompetencia. El acto de autoprotección”, *Perspectivas Bioéticas*, año 14, No. 26-27, 2010, p. 118.

<sup>166</sup> Vid. CANTOR, Norman L., “Prospective autonomy: On the limits of shaping one’s post competence medical fate”, *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, volume 8, Issue 1, article 7, 1992, p. 15.

<sup>167</sup> Vid. AGICH, G. J., “Reassessing autonomy in...”, *cit.*, p. 13.

<sup>168</sup> Vid. CANTOR, Norman L., “Prospective autonomy...”, *cit.*, p. 35.



la visión de dignidad del paciente previamente competente choca con los intereses perceptibles subsecuentes de ese paciente.<sup>169</sup> Esta máxima se comparte, pero se vuelve más compleja cuando lo que se valora no es el conflicto en torno a los parámetros de dignidad de la persona, sino su contraposición con otros derechos, que usualmente se incluyen dentro del denominado mejor interés, como son la integridad física y la vida.

Además, se ha conectado a la autonomía prospectiva con los intereses prospectivos. Refiere CANTOR que la directiva anticipada está basada en proyecciones y especulaciones sobre posibles intereses, y puede no estar claro cuánto se consideró el conflicto situacional al que ahora se enfrentan los tomadores de decisiones, al punto que una decisión problemática ya no puede ser reconsiderada por la persona ahora incompetente.<sup>170</sup> Es concluyente entonces que, a partir del ejercicio de la autonomía en forma prospectiva, el individuo exponga lo que considera su mejor interés prospectivo, o sea, su mejor interés visto desde el presente, que no por poseer esta característica tiene menor valor que el mejor interés actual.

Los destinatarios de las manifestaciones prospectivas se enfrentan a un gran conflicto: que su decisión, personal o patrimonial, coincida con el mejor interés de la persona en situación de discapacidad; ante lo que resulta válida la interrogante: ¿Cuánto del interés superior construido prospectivamente debe estar presente en el interés superior actual que fundamenta una decisión, para que esta sea considerada legítima y respetuosa de la dignidad de la persona en el presente?

En criterio propio no se trata de porcentajes o cantidades, sino de que la relación será directamente proporcional, o sea, que mientras más apegado sea el considerado como interés superior actual al manifestado por el otorgante, más legítima y apegada a la dignidad será la decisión. Pero a juicio de la autora, la legitimidad no debe relacionarse con lo beneficioso de la medida actual, ya que puede ser considerada como la más favorable y no ser legítima por no ajustarse a lo estipulado prospectivamente por la persona.

No se debe olvidar tampoco que la mayoría de las decisiones personales, en general, incluyen un profundo contenido moral, asociado a las metas de auto-determinación y autorrealización de esa persona. No obstante, parece haber una compunción o repulsión instintiva por permitir que un individuo, ahora indefenso, pero al que se le respeta su dignidad, muera o sufra daños cuando la deci-

---

<sup>169</sup> *Vid.* CANTOR, N. L., "Prospective autonomy..."*cit.*, p. 35.

<sup>170</sup> *Ibidem*, pp. 38 y 39.

sión se basa en la dirección previa de ese individuo,<sup>171</sup> como si las personas no tomaran constantemente disposiciones que les perjudican, pero que en razón de su actualidad no son cuestionables.

De todo ello se deriva que cuando el examen de buena fe revela que el creador de una directiva anticipada dictó a sabiendas el resultado en cuestión, entonces esa directiva debería mantenerse normalmente.<sup>172</sup> Por lo que el ejercicio de la autonomía prospectiva, más que la propia autonomía de la voluntad, requieren de un conocimiento y una descripción lo más completos posibles de la situación futura, ya que de ello dependerá su aplicación ulterior.

Con todo lo dicho, se persigue el objetivo de dibujar cómo la autoprotección conecta directamente con la capacidad del sujeto que en ejercicio de su autonomía de la voluntad, toma una decisión para que sean respetadas sus voluntades y preferencias en el futuro, de ahí que lo realice bajo el fundamento de la autonomía prospectiva, todo ello analizado y contextualizado según las tendencias modernas que informan estas instituciones y bajo el manto de los postulados de la CDPD.

### **I.5. A modo de cierre**

A partir de lo esbozado, se ponen en evidencia los nuevos paradigmas que introduce la CDPD en instituciones tradicionales del Derecho civil. La libertad y la dignidad de la persona se pueden garantizar a futuro ante una posible discapacidad o incapacidad, con sustento en un moderno tipo de autonomía, reconocida como autonomía prospectiva. Las nuevas instituciones que desde el Derecho han dado respuesta a esta nueva y compleja realidad son el sistema de apoyos del sistema romano francés o el *supported decision making* del derecho anglosajón, los cuales se abren paso cada vez con más fuerza en nuestros ordenamientos jurídicos.

Por tanto, la relación entre ejercicio de la capacidad jurídica, autonomía de la voluntad, autonomía prospectiva y autoprotección es vital, y ha de funcionar de manera sistémica y coherente, en aras de observar el respeto a la persona como centro del ámbito jurídico y social de protección que propugna el Derecho, y ello a tono con la preceptiva que introdujo la CDPD en algunas de las más importantes instituciones del Derecho civil. De casta le viene a España su genio jurídico, dijo CASTÁN, al referirse con su habitual agudeza a la vocación jurídica del pueblo español,<sup>173</sup> de ahí la profunda reforma que en torno a estos aspectos se abre paso

---

<sup>171</sup> *Idem*, p.38.

<sup>172</sup> *Idem*, p.39.

<sup>173</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *En torno al sentido jurídico del pueblo español*, Instituto-Editorial

en la realidad jurídica ibérica de hoy, es por ello que se deben observar con lupa los postulados tradicionales y utilizar un catalejo para visualizar en el horizonte, los cambios que hayan de adaptar nuestras instituciones civiles a los reclamos de la actualidad.

## BIBLIOGRAFÍA

AGICH, George J., “Reassessing Autonomy in Long-Term Care”, *Hastings Center Report*, noviembre-diciembre, 1990.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil I. Introducción y parte general*, 15ta. edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2002. American Bar Association. *Beyond guardianship: Supported decision-making by individuals with intellectual disabilities: A short summary from the 2012 national roundtable*, disponible en:

[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/mental\\_physical\\_disability/SDMRoundtableSummary.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/mental_physical_disability/SDMRoundtableSummary.authcheckdam.pdf), consultado el 25 de mayo de 2018.

ARCE FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, “La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas: (la tutela del siglo XXI)”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

ARÉVALO, Enrique Jorge y Alicia B. RAJMIL, “Una nueva mirada jurídica sobre la igualdad y la capacidad de las personas”, *Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos*, Argentina, 2010, Argentina, disponible en:

<http://www.articulo12.org.ar/2010/documentos/trabajos/comision%20I/1-%20rajmil.pdf>, consultado el 24 de mayo de 2018.

ARNAU MOYA, Federico, *Derecho civil I. El derecho privado de la persona*, Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2003. BELLI, Laura Florencia, “El debate en torno a la validez de las directivas anticipadas en salud”, *Perspectiva Bioética*, volumen 18, Nº 2, 2014.

BLANCK, Peter *et al.*, “Supported decision making in serious mental illness”, *Psychiatry Interpersonal and Biological Processes*, 2018, disponible en: <https://doi.org/10.1080/00332747.2017.1324697>, consultado el 25 de mayo de 2018.

---

Reus, Madrid, 1948.

BLANCK, Peter y Jonathan G. MARTINIS, “The right to make choices: The National Resource Center for supported decision making”, *Inclusion*, volumen 3, No. 1, Marzo, 2015, disponible en: <https://doi.org/10.1352/2326-6988-3.1.24>, consultado el 25 de mayo de 2018.

BROWNING, M., C. BIGBY Y J. DOUGLAS, “Supported decision making: understanding how its conceptual link to legal capacity is influencing the development of practice”, *Research and Practice in Intellectual and Developmental Disabilities*, volume 1, No. 1, 2014, disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/23297018.2014.902726>, consultado el 25 de mayo de 2018.

BUCHANAN, A., “Mental capacity, legal competence, and consent to treatment”, *Journal of the Royal Society of Medicine*, No.97, disponible en: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/014107680409700902>, consultado el 25 de mayo de 2018.

CANTOR, Norman L., “Prospective autonomy: On the limits of shaping one’s post competence medical fate”, *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, volume 8, Issue 1, article 7, 1992.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, séptima edición modificada y considerablemente ampliada, con la colaboración de José María Castán Vázquez, Tomo V, Volumen Segundo, Instituto Editorial REUS, Madrid, 1958.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Hacia un Nuevo Derecho Civil*, primera edición, Editorial Reus, Madrid, 1933.

CIFUENTES, Santos, “Régimen general de la capacidad y el denominado Living Will”, Comunicación del académico Dr. Santos CIFUENTES, en la sesión privada del 10 de noviembre de 2005, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, segunda época, año L, No. 46, 2005.

CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho civil*, Parte general, 4ta. edición actualizada y ampliada, 2da. reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

CORNET, Manuel, “El Régimen de la Inhabilitación”, en *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil(1927 - 1937 - 1961 - 1969)*, tomo 1, edición literaria a cargo de MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *etal.*, 1<sup>ra</sup> edición, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009.

CORTINA, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, 6ta. edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

CUENCA GÓMEZ, Patricia, *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CDPD en el*

*Ordenamiento jurídico español*, disponible en: <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/626>, consultado el 24 de mayo de 2018.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, tomo II, parte primera, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “La naturaleza jurídico-constitucional de las instrucciones previas”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Noticias de Tesis, No. 76, enero-abril 2009.

DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho civil*, traducción de la 4ta. edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por SERRANO SUÑER, Ramón y José SANTA-CRUZ TEJEIRO, volumen 1, Editorial Reus, Madrid, 1929.

DICKENSON, Donna y Julian SAVALESCU, “The time frame of preferences, dispositions, and the validity of advance directives for the Mentally III”, *Philosophy, Psychiatry & Psychology*, volume 5, No. 3, septiembre, 1998.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, volumen 1, 6ta. edición, 2da. reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.

EGEA GARCÍA, Carlos y Alicia SARABIA SÁNCHEZ, “Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad”, Murcia, 2001, disponible en: <http://www.referato.com/uba-roceso/clasificacionsomdsdiscapacidad.pdf>, consultado el 23 de mayo de 2018.

ENTRENA PALOMERO, Blanca, “Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad: importante modificación del juicio notarial de capacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, No.31, mayo-junio 2010.

GARCÍA RUBIO, María Paz, “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI* (versión on line), No. 78, marzo-abril, 2018, disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-77>, consultado el 23 de mayo de 2018.

GONZÁLEZ GÓZALEZ, Antonio, “La sedación paliativa y voluntades anticipadas”, *Anales de la Real Academia de Doctores*, volumen 2, No.1, 2017.

GRACIA, Diego, *Fundamentos de Bioética*, EditorialEudema, Madrid, 1989.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y Mariel F. MOLINA DE JUAN, “La participación del niño y del adolescente en el proceso judicial”, disponible en: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-parti->

capaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf, consultado el 9 de mayo de 2018.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿hacia un derecho de la ancianidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 33, No.1, 2006.

KOHN, N. A., J. A. BLUMENTHAL Y A. CAMPBELL, “SUPPORTEDDECISIONMAKING: A VIABLE ALTERNATIVE TO GUARDIANSHIP?”, *Penn State Law Review*, No. 117, 2013, disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2161115](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2161115), consultado el 25 de mayo de 2018.

LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El notario y la protección del discapacitado*, Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997.

LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho civil*, 16ta. edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995.

LLORENS, LUIS R., “CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO. CRITERIOS PARA EVALUAR EL DISCERNIMIENTO DEL OTORGANTE DEL ACTO JURÍDICO”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2ª Circunscripción, No.4, año II, septiembre 2010.

LUCERO ESEVERRI, Roberto A. y Héctor R. POZZI, “El fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Revista No.4, Instituto de Derecho e Integración, Rosario, 2010.

MARTÍNEZ ALCORTA, Julio A., “Ejercicio de la capacidad jurídica en el Proyecto de Código”, *Revista de derecho de familia y de las personas*, No. 1, 2013.

MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, Koldo, “Reflexiones sobre el testamento vital II”, *Revista de Atención Primaria*, volumen 31(1), enero 2003, pp.1-6, disponible en: [https://ac.els-cdn.com/S0212656-s2.0-S0212656703706507-main.pdf?\\_tid=-448c20e6-2f58-4c90-87d4\\_53d731a37c9d&](https://ac.els-cdn.com/S0212656-s2.0-S0212656703706507-main.pdf?_tid=-448c20e6-2f58-4c90-87d4_53d731a37c9d&), consultado el 10 de mayo de 2018.

PALACIOS, Agustina y Francisco BARIFFI, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 1ra. edición, Editorial Telefónica, CERMI y Ediciones Cinca S. A., Madrid, 2007.

PEREÑA VICENTE, M., “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma normativa”, *Revista de Derecho Privado*, No.4, julio-agosto, 2016.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La Convención de las Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, *IUS. Revista del Instituto Jurídico de*

Puebla A.C., No. 26, 2010, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/ius/cont/26/pr/pr4.pdf>, consultado el 8 de diciembre de 2012.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “La protección legal a los discapacitados en Cuba: Una visión de lege data y de legeferenda”, *Revista General de legislación y jurisprudencia*, No. 1 enero-marzo, 2006.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica y establecimiento de apoyos en función de asistencia: La inédita solución, para Cuba, del Tribunal Supremo, que abre las puertas a la aplicación directa del artículo 12 de la CDPC (Comentarios a la Sentencia No. 752/2016, de 30 de septiembre, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo”, en Leonardo B. Pérez Gallardo (director), *Personas con discapacidad: Miradas jurídicas en clave convencional*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018.

PUYOL ANTOLÍN, Rafael y Antonio ABELLÁN GARCÍA, *Envejecimiento y dependencia. Una mirada al panorama futuro de la población española*, *Mondial Assistance*, Madrid, 2006.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., “Acerca de la situación jurídica de las personas con patologías psíquicas (a partir de un debate en el II Congreso Nacional de Derecho Civil)”, en *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927 - 1937 - 1961 - 1969)*, tomo 1, edición literaria a cargo de MOISSET DE ESPANÉS, Luis *etal.*, 1ª edición, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009.

RAFAEL CALDERÓN, Maximiliano, “La capacidad negocial de las personas físicas: sobreprotección e infraprotección del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, tomo X, año académico 2005- 2006, disponible en: <https://ar.vlex.com/vid/capacidad-negocial-personas-fisicas-300708434>, consultado el 23 de mayo de 2018.

RAMOS PONZÓN, Sergio, “Una visión más realista de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Acta Bioética*, volumen 13, No.1, junio de 2017, disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726569X2017000100119&lng=esnm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726569X2017000100119&lng=esnm=iso), consultado el 26 de mayo de 2018.

RIVERA, Julio C., “Autodeterminación y tolerancia: ejes del derecho de la persona”, *Revista Signos Universitarios*, volumen 25, No.1, 2006, disponible en: <http://p3.usal.edu.ar/index.php/signos/article/view/2956>, consultado el 23 de mayo de 2018.

ROCA TRÍAS, Encarna, “La autonomía personal, fundamento de la gestión de los intereses de la tercera edad en Cataluña”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, “Orientaciones Modernas del Derecho civil (La problemática de la libertad jurídica)”, *SERBIULA (Sistema Librum 2.0)*, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2057239.pdf>, consultado el 24 de mayo de 2018.

ROVIRA SUEIRO, María E., “Significado jurídico de la capacidad personal, especial consideración de su falta”, *Relevancia de la voluntad de las personas para afrontar su propia discapacidad*, 1ra parte – *Introducción*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/voluntad-personas-discap.1907680177.1526984650-1406612164.1523054426>, consultado el 15 de mayo de 2018.

ROVIRA SUEIRO, María E., “Significado jurídico de la capacidad personal, especial consideración de su falta”, *Relevancia de la voluntad de las personas para afrontar su propia discapacidad*, 1ra. Parte – *Introducción*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, disponible en: [https://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/voluntad-personas-discapacidad-1584?\\_ga=2.20-1406054426](https://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/voluntad-personas-discapacidad-1584?_ga=2.20-1406054426), consultado el 23 de mayo de 2018.

SAN JULIÁN PUIG, Verónica, “Las instrucciones previas: un instrumento todavía por descubrir y desplegar”, en Alberto Muñoz Fernández (coordinador), *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privada de las personas dependientes: un estudio comparado*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2014.

SÁNCHEZ-CARO, Javier, “Las instrucciones previas en el contexto de las decisiones al final de la vida”, en Javier Sánchez-Caroy Fernando Abellán (coordinadores), *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Editorial Comares, Granada, 2008.

SCHALOCK, Robert L., *Hacia una nueva concepción de la discapacidad*, II Jornadas Científicas de Investigación sobre Personas con Discapacidad, Universidad de Salamanca, España, 18-20 de marzo de 1999, disponible en: [https://scholar.google.com/scholar?hl=es&as\\_sdt=0%2C5&q=%C3%93N+&btnG](https://scholar.google.com/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=%C3%93N+&btnG), consultado el 23 de mayo de 2018.

SEGURA ZURBANO, José M., “Las diferentes incapacidades: necesidad de una diferente regulación legal”, *Revista Jurídica del Notariado*, No. 38, 2001.

SERRANO GÓMEZ, Rocío, “Modificaciones al régimen de capacidad humana en la Ley 1306 de 2009”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, volumen 40, No. 113, julio-diciembre, 2010.

TAIANA DE BRANDI, Nelly A., “Directivas anticipadas: ejercicio de la autonomía prospectiva en caso de discapacidad o incompetencia. El acto de autoprotección”, *Perspectivas Bioéticas*, año 14, No. 26-27, 2010.



TINANT, Eduardo Luis, “Educación médica en el final de la vida. Reflexiones sobre la dignidad y la integridad de la persona”, *Boletín del Consejo Académico de Ética en Medicina (CAEEM)*, volumen 7, 2010.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “Comentario al artículo 29”, en Leonardo B. Pérez Gallardo (director), *Comentarios al Código Civil Cubano*, tomo I – *Disposiciones preliminares*, Libro Primero – *Relación jurídica*, volumen I (artículos del 1 al 37), Editorial Félix Varela, La Habana, 2013.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, No. 26, 2010.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, No. 26, 2010, disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam. article/view/29248>, consultado el 15 de mayo de 2018.

VALDÉS ROSABAL, Kenia M., “La gradación de la capacidad de obrar restringida en el derecho civil cubano”, en Leonardo B. Pérez Gallardo(director), *Personas con discapacidad: Miradas jurídicas en clave convencional*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018.

VODANOVIC, Antonio, *Manual de Derecho Civil*, Partes preliminar y general, Cono Sur, Santiago de Chile, 2001.



**PREMIO DE DERECHO PÚBLICO**  
**“GASCÓN Y MARÍN”**



## ACTA DE CONCESIÓN DEL PREMIO

La Mesa de Gobierno de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, reunida en sesión ordinaria, el pasado días 15 de Enero de 2019, aprobó por unanimidad, entre otras cuestiones, la propuesta del Jurado de la Academia, calificador de los trabajos de investigación jurídica, presentados en la XIV convocatoria de premios de 2018, patrocinados por la Fundación Ibercaja y en consecuencia conceder el premio “Gascón y Marín” de Derecho Público, para jóvenes juristas a Don **CRISTIAN ALTAVILLA**, por su trabajo titulado

**“El control de Constitucionalidad en el Derecho Público Provincial Argentino”**

**Por la alta valía jurídica que pone de manifiesto en su riguroso trabajo y la capacidad de síntesis con la que el autor afronta un tema de sumo interés en su comparación entre diferentes sistemas jurídicos, el argentino y los europeos.**



**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL  
DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL ARGENTINO  
THE CONSTITUTIONAL CONTROL IN THE  
ARGENTINE STATE CONSTITUTIONAL LAW**

**Por Cristian Altavilla**

**RESUMEN:**

En el derecho comparado existen dos grandes sistemas de control de constitucionalidad: el *sistema difuso* y el *sistema concentrado*, sistemas se diferencian, entre otros muchos aspectos por los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica, por el *procedimiento* empleado y por el *tribunal* que tiene a su cargo el control. A estos dos sistemas claramente diferenciados, se suman sistemas mixtos, híbridos, duales o paralelos. Un buen ejemplo de ello es posible encontrarlo en la interesante mixtura de diseños institucionales que ofrece el derecho público (o constitucional) provincial en Argentina, donde varias constituciones provinciales han combinado elementos de ambos sistemas. El objeto del presente trabajo será analizar las disposiciones constitucionales de las 23 provincias argentinas (y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) sobre el control de constitucionalidad, con la finalidad de describir y establecer las principales características del control a nivel subnacional y sus diferencias con el sistema federal.

**ABSTRACT:**

In comparative law there are two systems of constitutional control: the *diffuse system* and the *concentrated system*, systems which differentiated themselves, among many other aspects, by the effects of the declaration of unconstitutionality of norms, by the procedure and by the court which is empowered with such con-

trol. Added to these two clearly different systems, are other called mixed, hybrid, dual or parallel systems. A good example of that could be found in the interesting mixture of institutional designs in the public (or constitutional) provincial law in Argentina, where many provincial constitutions have combined elements from both systems. The aim of this paper is to analyze the constitutional dispositions of the 23 Argentine provinces (along with the Autonomous City of Buenos Aires) regarding the constitutional control, for the purpose of describing and establishing the main features of constitutional control at the subnational level and its differences with the federal order.

**Descriptores:**

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD | DERECHO CONSTITUCIONAL | DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL | DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL | CONTROL DIFUSO | CONTROL CONCENTRADO | SISTEMAS HÍBRIDOS

**Key Words:**

CONSTITUTIONAL CONTROL | CONSTITUTIONAL LAW | STATE CONSTITUTIONAL LAW | CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW | CONCENTRATED CONTROL | FUZZY CONTROL | HYBRID SYSTEMS

**INTRODUCCIÓN**

El control de constitucionalidad, desde sus orígenes en el famoso caso “*Marbury vs. Madison*”, fallado por la Corte Suprema de los EEUU en 1803, se desarrollaron dos sistemas claramente diferenciados: el *sistema difuso* y el *sistema concentrado*. Este control nace como mecanismo para asegurar la supremacía constitucional y en, términos latos, puede ser definido como “el procedimiento a través del cual determinados órganos del Estado comprueban si ciertos actos lícitos de los poderes públicos están conformes con la Constitución, decidiendo su anulación o inaplicación en caso contrario” (ARAGÓN REYES 1979:172). Esta definición engloba todos los posibles sistemas y evita, al mismo tiempo, la utilización de expresiones incorrectas para definir el control de constitucionalidad, dada la existencia de numerosos y muy diversos sistemas que existen y han existido en el derecho comparado. Bajo el sencillo argumento de que una ley contraria a



la Constitución no es ley, la Corte Suprema de los EEUU dio origen al control constitucionalidad; pero daría origen a un sistema específico de control, el *control difuso*, ya que sostendría que este deber corresponde a los jueces, en plural, es decir, al poder judicial (*the judiciary department*)<sup>1</sup>.

De acuerdo a la teoría constitucionalista clásica, se reconocen dos grandes sistemas sobre control de constitucionalidad en el derecho comparado: el *sistema difuso*, nacido con aquel fallo en 1803, también denominado *sistema americano*, y el *sistema concentrado*, que nacería bastante tiempo después, con la Constitución austríaca de 1920 bajo el influjo de las ideas de Hans Kelsen sobre el control de constitucionalidad en manos de un Tribunal Constitucional – de ahí que a este modelo se le llame también *modelo austríaco* o directamente *kelseniano*. En Europa, el control de constitucionalidad sin embargo tendría un mayor impulso y desarrollo recién después de la Segunda Guerra Mundial, sobre todo con las nuevas constituciones de Austria, Alemania e Italia (HIGHTON DE NOLASCO 2010).

Estos sistemas se diferencian, entre otros muchos aspectos, por **(a)** los *efectos* que produce la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica. Así, en el sistema difuso, la declaración de inconstitucionalidad significa la inaplicabilidad de la norma al caso concreto, mientras que en el sistema concentrado, el efecto es *erga omnes* (“respecto de todos” o “frente a todos”), es decir que su efecto es abrogatorio, la norma pierde vigencia; **(B)** Por el *procedimiento* y por el *tribunal* que tiene a su cargo el control: El sistema difuso encarga el control al poder judicial y dentro de éste, a todos los jueces, es por tanto, un control jurisdiccional (*judicial review*), por ello, se ejerce en casos concretos y de manera incidental, es decir que no existen vías o acciones directas para promover la inconstitucionalidad de una norma, ni ésta se puede declarar de manera abstracta. En el sistema europeo, el control está *concentrado* en un único órgano, denominado Tribunal o Corte Constitucional, el cual, a pesar de su nombre, no forma parte del Poder Judicial, y su decisión es instada a través de acciones directas. Como corolario de estos dos elementos caracterizantes de uno y otro modelo, encontramos por último una diferencia en cuanto a **(c)** los *legitimados* para promover o provocar el

---

<sup>1</sup> “So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of *judicial duty*.”

If, then, *the courts* are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they may both apply” (Corte Suprema de los EEUU, caso Marbury vs Madison, 5 U.S. 137 1870).

control: en un sistema difuso, solo podrá hacerlo el titular de un derecho afectado o conculcado por una norma (o hecho u omisión) reputada inconstitucional, en cambio en el concretado podría hacerlo en principio cualquier persona (pública o privada) en el interés de la legalidad.

A pesar de estas diferencias, que, en principio y en teoría, se presentan tan claramente, es posible encontrar sistemas mixtos, híbridos, duales o paralelos, donde se combinan elementos de ambos sistemas. En este sentido, América Latina constituye un interesante ejemplo (Confr. THEA y LOSADA REVOL 2017, HIGHTON DE NOLASCO 2010, FERRER MAC-GREGOR, BOGDANDY y MORALES ANTONIAZZI 2010, GARCÍA BELAÜNDE 1998, GOZAINI 2006, entre otros). También podemos encontrar una interesante mixtura de diseños institucionales en el derecho público constitucional (o provincial) argentino, donde varias constituciones provinciales han adoptado sistemas que han combinado elementos de ambos sistemas, lo cual nos lleva a preguntarnos ¿cuál es el sistema de control de constitucionalidad imperante en las provincias argentinas? ¿qué sistema de control de constitucionalidad existe en las provincias realmente? ¿Es un control difuso, es concentrado o estamos frente a un nuevo modelo?

En términos generales, se puede afirmar que las constituciones provinciales adoptan el *sistema difuso*, siguiendo el modelo adoptado a nivel federal, pero incorporan o adicionan elementos del *sistema concentrado*, mixtura que se da con particularidades propias que terminan por producir un nuevo modelo de control, distinto a los existentes actualmente en el derecho comparado. El objetivo del presente trabajo será analizar las disposiciones constitucionales de las 23 provincias que componen actualmente la federación argentina y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre el control de constitucionalidad, con la finalidad de describir y establecer las diferencias entre el sistema de control federal y el provincial, centrandolo para ello el análisis en dos aspectos del sistema de control de constitucionalidad: (a) el procedimiento; y (b) los efectos de la declaración.

De acuerdo a esta metodología, el trabajo se estructurará de la siguiente manera: en una primera parte, se analizará el control de constitucionalidad en el orden federal, resaltando (de acuerdo a la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la literatura constitucionalista vernácula) sus elementos característicos para, en una segunda parte, poder contrastarlos con el sistema de control de constitucionalidad en el orden provincial, segunda parte que a su vez se subdividirá en dos acápite, en los que se analizará el procedimiento y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. El trabajo finalizará con algunas conclusiones extraídas a partir del estudio y observación de las normas constitucionales provinciales y su comparación con el sistema federal y con algu-

nas consideraciones acerca de la necesidad de una nueva categorización para este particular control de constitucionalidad.

## **I. El control de constitucionalidad en el orden federal. Principales características**

En la República Argentina, el sistema de revisión constitucional es *complejo*, ya que está ejercitado por *distintos sujetos*. El órgano más importante es el Poder Judicial (SAGÜÉS 2003). Lo interesante del caso argentino es que la Constitución Nacional (en adelante, CN) no encarga de modo expreso al poder judicial esta función de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas. Ello le fue conferido a través de la construcción jurisprudencial y legislativa, siguiendo las directrices de la Corte Suprema de los EEUU (cuya constitución tampoco confiere de manera expresa esta facultad), a partir del caso “Marbury v. Madison” (de 1803). Encontramos, sin embargo, algunas disposiciones en el texto constitucional nacional de las cuales podría inferirse este control jurisdiccional de constitucionalidad. Así, por ejemplo, el art. 116 al disponer que el Poder Judicial de la Nación debe conocer y decidir “todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”, está indicando que debe aplicar su texto e inaplicar el derecho contrario a ella. Estas son las *bases mínimas* del régimen argentino de control de constitucionalidad, desplegado después por la jurisprudencia y legislación del país (SAGÜÉS 2003:277-278).

Siguiendo la literatura constitucionalista más importante del país (BIDART CAMPOS 1998, BIDEgain 1994 y principalmente a SAGÜÉS 1989, 2003 y 2017) es posible destacar las siguientes *características esenciales* del sistema de control de constitucionalidad en el orden federal – características que se fueron delimitando a través de distintos precedentes sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN):

- a) Es *Difuso*, por cuanto cualquier juez, de cualquier instancia, fuere, competencia o jurisdicción (federal o provincial) puede ejercer el control de constitucionalidad. Así lo declaró la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en los casos “Strada” (Fallos, 308:490); “Machicote” (Fallos, 300:642). Sin embargo, de forma particular lo ejerce la CSJN, en tanto “tribunal de garantías constitucionales” (“Zamorano”, de 1977, Fallos 298:441), y en cuanto intérprete último de la Constitución Nacional.
- b) En la República Argentina no impera el sistema del precedente (a diferencia de EEUU, por ejemplo), es decir que las decisiones de la CSJN no

son vinculantes. Sin embargo, en una de sus primeras sentencias, “afirmó que es «*el intérprete final*» de la Constitución Nacional (caso Benjamín Calvete de 1864, Fallos 1:340), de lo que se sigue que entre sus misiones eminentes se inscriba la de «*supremo custodio*» de los derechos, libertades y garantías enunciados por aquélla (Fallos 279:40, 47)” (SAGÜÉS 2003:298). De ello se desprende el *deber moral* que tienen los jueces inferiores de seguir los precedentes sentados por la CSJN<sup>2</sup>. Si en un fallo se desconoce la doctrina sentada por la CSJN, ello bastaría para descalificar dicho pronunciamiento dado que se opone al deber que tienen las instancias inferiores de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares, ya que ésta es la intérprete suprema de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia (Fallos: 331:162) (SAGÜÉS 2003)<sup>3</sup>.

- c) El control de constitucionalidad se ejerce sobre normas (individuales o generales) de cualquier tipo (leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones ministeriales, constituciones provinciales, normas locales), sobre actos concretos, hechos (de particulares o estatales) y omisiones (ej., por medio del amparo) e incluso sobre interpretaciones que se hagan de las leyes. Así, resulta factible declarar inconstitucional la interpretación concreta que se ha hecho de una ley, y no la ley misma (CSJN, “Ure”, Fallos, 313:209).
- d) El control se ejerce siempre dentro de un *caso* o *controversia judicial* (en los términos en que la Ley N° 27, art. 2° define caso);
- e) En cuanto al procedimiento, el control se ejercerá siempre de manera

---

<sup>2</sup> Los primeros años del funcionamiento de la Corte Suprema estuvieron consagrados básicamente a afianzar los mandatos y principios de la Constitución, a la fijación de límites en las atribuciones de los poderes del Estado y al reconocimiento expreso de la facultad del Poder Judicial de declarar la inconstitucionalidad de los actos o normas emanados de los otros poderes, sosteniendo así la supremacía de la Constitución Nacional, sobre todas las otras normas integrantes del orden jurídico positivo (BARRANCOS Y VEDIA, 1999:206). La CSJN ha extendido el valor de su propia jurisprudencia, dándole efecto vinculante, aunque condicionado, configurando así una regla de derecho constitucional consuetudinario. En ciertos casos, argumentó que los jueces: tienen el *deber moral* de seguir sus directrices (“Pastorino”, Fallos, 25:368); se trata de un deber institucional (“Santín”, Fallos, 212:59) (SAGÜÉS 2003 y 2017).

<sup>3</sup> Sin embargo, los jueces pueden apartarse del criterio de la Corte si: (a) Dan fundamentos suficientes; (b) Que ese alejamiento no signifique desconocimiento deliberado de la autoridad y prestigio del alto tribunal (“Santín”, Fallos, 212:59) y (c) dar nuevos fundamentos que justifiquen modificar la posición sentada por ella (SAGÜÉS 2003 y 2017).

*indirecta, incidental o de excepción*. No existe en la esfera federal una acción de inconstitucionalidad directa ni acción popular.

- f) En cuanto a los *efectos*, estos se limitan al caso concreto. No hay control abstracto. El principio jurisprudencial es que lo decidido en una casusa, *se aplica sólo a ella*: (a) *sin derogar* a la norma declarada inconstitucional (“Rodríguez Larreta de Zuberbühler”, Fallos 253:253); (b) *Sin afectar a normas análogas* (“Lorenzo”, Fallos 253:253); (d) *Ni a normas futuras* (“Banco de Mendoza”, Fallos 247:325); (e) *Si se declara inconstitucional una parte de la ley, el resto de ella permanece intacta* (“Castro”, Fallos 214:177) (confr. (SAGÜES 2003 y 2017);
- g) Por último, Una cuestión que ha quedado irresuelta en el orden federal, ha sido si la declaración de inconstitucionalidad debe serlo a pedido de parte o debe el juez declararla *ex officio*, es decir, de oficio, sin necesidad de pedido de parte.

Como la atribución del control de constitucionalidad ha sido creación pretoriana, la solución a este interrogante surgirá de los propios pronunciamientos que sobre el tema haya hecho la CSJN. Este sentido, ha habido una larga evolución en la jurisprudencia de la Corte a lo largo de la cual fue estableciendo diferentes posturas, desde una postura decididamente negativa a la posibilidad de declarar de oficio, período que abarca desde 1941 al 2001, hasta aceptar, en casos muy recientes, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando no media pedido expreso de las partes. Así lo hizo en el caso “Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/ Provincia de Corrientes”, pero lo estableció como una facultad excepcional, atento que constituye un acto de suma gravedad institucional, sólo debe recurrirse en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable; sostuvo asimismo que tal declaración es una cuestión de derecho ínsita en el principio *iuranovit curia* que incluye el deber de mantener la supremacía constitucional y la consiguiente jerarquía normativa.

En el caso más reciente de todos, en la causa “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios” (del 27/11/2012) la Corte volvió sobre la cuestión esta vez vinculándola con el control de convencionalidad y reafirmando una vez más la posibilidad de efectuar el control de constitucionalidad de oficio, pero no fue del todo clara con respecto a si ese control es una *potestad* de los jueces o si bien es una *obligación* para ellos efectuarlo (SAGÜES 2012). En efecto, la Corte no puntualizó si la declaración de oficio es un deber del juez o simplemente una facultad. Parte de la doctrina entendió que la CSJN se refirió a una *facultad*.

## II. El control de constitucionalidad en el orden provincial.

De acuerdo a los lineamientos generales del sistema difuso, la declaración de inconstitucionalidad de una norma procede: **(a)** dentro del marco de un *proceso judicial* en un *caso concreto*, **(b)** donde se controviertan *derechos individuales* o *subjetivos* que afectan directamente a las partes litigantes, es decir que, en principio, sólo se encuentran facultados a pedir la inconstitucionalidad el *titular* de un derecho cuya efectividad se encuentra amenazada por la aplicación de la norma que se cuestiona, **(c)** a *pedido de parte*, es decir, que el juez sólo procede a declarar la inconstitucionalidad si la parte lo ha solicitado expresamente **(d)** con *efectos al caso concreto* (efecto *inter-partes*).

A pesar de estos lineamientos generales del sistema difuso, encontramos en el derecho público provincial una serie de excepciones a cada uno de estos principios generales, lo que hace que el control de constitucionalidad a nivel provincial adquiera características propias. En primer lugar, cabe resaltar como principal diferencia con el orden federal el hecho de que el control de constitucionalidad está efectivamente regulado por la legislación local, en la mayoría de los casos, en las propias constituciones provinciales.

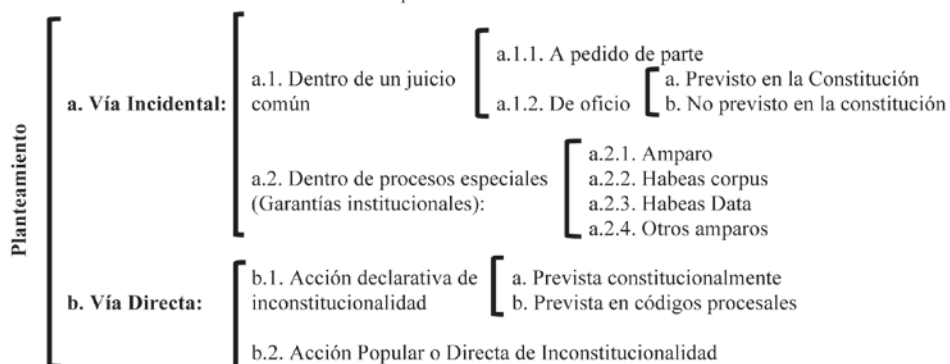
A continuación veremos estas particularidades – diferenciándolas con la esfera federal – en dos aspectos cruciales del control de constitucionalidad: (A) *Procedimiento* y (B) *Efectos*.

### ***A. Procedimiento: vías a través de las cuales procede el planteo de inconstitucionalidad***

El planteamiento de la inconstitucionalidad se puede dar de manera indirecta, es decir, por vía incidental (propio del sistema difuso y de control concreto) o bien por vía directa (más propia del sistema concentrado y de control abstracto).

SAGÜES (1989) clasifica los sistema de control de constitucionalidad en función del *procedimiento* de control, identificando cuatro áreas de sistematización: según el momento, el modo de articularlo, la forma de diligenciarlo y los sujetos que están autorizados a promoverlo. Lo que aquí interesa particularmente es el *modo de articular* la pretensión de la declaración de inconstitucionalidad y, siguiendo al autor, se pueden dividir los mecanismos de control en dos clases: (a) *Control abstracto* que puede articularse a través de (a.1) una *acción popular* (a.2) una *acción declarativa pura*; y (b) *Control concreto*, que puede darse a través de (b.1) una *acción directa* (incluye el Amparo, la Acción declarativa concreta, la Demanda incidental, la acción de condena y otras acciones, como en el juicio sumario, etc.) y (b.2) una *excepción* (por vía de defensa) (1989:77-78).

Tabla N° 1: vías a través de las cuales procede el control de inconstitucionalidad



Fuente: elaboración propia.

El *control abstracto* consiste en un “proceso constitucional autónomo” que se da “cuando quien lo promueve no está necesariamente vinculado por ninguna relación jurídica específica en la que intervenga la norma que reputa inconstitucional” (SAGÜES 1989:78). Y esto puede darse a través de las denominadas *acciones populares* o bien a través de acciones *declarativas puras*. En el *control concreto* debe existir una *causa* para que se dé la declaración de inconstitucionalidad, es decir, debe haber una situación jurídica específica “en donde está involucrado quien lo promueve” y puede canalizarse a través de una *acción directa de inconstitucionalidad* (dentro de las cuales SAGÜES menciona al amparo, a la acción meramente declarativa, la demanda incidental, acción de condena, etc.) o bien por medio de excepción o defensa (1989:78).

## A.1. La vía incidental

### A.1.1. Declaración de inconstitucionalidad dentro de un juicio común

Esta es la forma más común en que puede darse el control de constitucionalidad tanto a nivel federal como provincial. Aquí el control se ejerce en cualquier tipo de proceso (civil, comercial, penal, laboral, etc.) y en cualquier instancia (primera, de alzada y ante el último y máximo tribunal provincial). En este sentido, el control es difuso y tiene todas las características y elementos del sistema difuso clásico: (a) el control se ejerce en un caso judicial; (b) los efectos son inter partes, es decir, al caso concreto; (c) la norma declarada inconstitucional no se aplica al caso, pero sigue vigente.

Una cuestión que surge en este punto es si el control se ejerce siempre que

medie pedido de parte o puede ejercerlo el juez *ex officio*, es decir, que ejerce el control aun sin que las partes lo soliciten. Dentro de este supuesto, encontramos dos hipótesis: que esté expresamente previsto en las constituciones o no. Si no lo está, habrá que estar a lo que cada juez decida en cada caso concreto. Sobre el punto, es dable concluir que si la norma constitucional no dice nada al respecto, el juez estaría facultado a hacerlo, en función del principio *iuranovit curia*<sup>4</sup>. Catorce provincias no contienen, al igual que en el nivel federal, ninguna disposición al respecto. En el primer caso, es decir, si la Constitución permite el control de oficio, se pueden presentar dos situaciones distintas: que sea una *facultad* del juez (es decir, que pueda o no hacer el control) o bien que sea un *deber* del juez efectuar el control.

Cuatro constituciones no solo permiten el control de oficio, sino que lo establecen como un *deber* del juez: San Luis (art. 10), La Rioja (art. 9), Neuquén (art. 16) y Río Negro (art. 196). Solo la provincia de Entre Ríos establece que es una *facultad* del juez realizar el control de constitucionalidad (art. 60). La constitución chaqueña establece que es un deber del juez declarar la inconstitucionalidad de una norma, pero sólo si lo pide la parte. Es decir, que no procedería de oficio. Otras seis provincias lo establecen como una *facultad* del juez pero en la *acción de amparo*, al igual que en el texto constitucional nacional (art. 43): Buenos Aires (Art. 20, inc. 2°), CABA (Art. 14, 5° párr.), Chubut (art. 54) y Salta (art. 87, 8° párr.), Santiago del Estero (Art. 59) y Tucumán (art. 38, 3° párr.) utilizando una fórmula más o menos idéntica al art. 43, CN, establecen que “El Juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto u omisión lesiva”. Por último, CABA y Salta también establecen el control de oficio facultativo en el *Habeas Corpus* (CABA, art. 15 y Salta, arts. 88 y 87).

### **A.1.2. Declaración de inconstitucionalidad dentro de procesos especiales (Garantías institucionales)**

El control de constitucionalidad también puede ser promovido a través de procesos especiales. Así tenemos las denominadas *garantías institucionales*, tales como el *amparo*, el *habeas corpus* y el *habeas data*. Utilizamos el término *garantías institucionales* para diferenciar estas acciones (o recursos, según lo consideran algunos autores y textos constitucionales) de las restantes garantías constitucionales, tales como las contenidas en el art. 18, CN (garantías procesa-

---

<sup>4</sup> En este sentido, se comparten los argumentos esgrimidos por los ministros Fayt y Belluscio en la causa “Juzgado de Instrucción N° 50” citado más arriba.



les o del debido proceso). Garantías institucionales son aquellos “procedimientos sumarísimos que aseguran, mediante la intervención directa, rápida y eficaz de la jurisdicción, la posibilidad de defender los derechos individuales, mantenerlos y restablecerlos” o bien “los mecanismos o procedimientos que la Constitución pone a disposición de los ciudadanos para proteger sus derechos individuales o restaurarlos, en caso de que hubiesen sido privados de ellos en forma indebida o ilegal” (ZARZA MENSAQUE 2011:359).

El *Habeas Corpus* (la más antigua y la primera en ser receptada en los textos constitucionales) fue expresamente regulado en el nivel federal recién en la reforma constitucional de 1994, en el art. 43, 2º párrafo, pero en la práctica existió desde siempre en base al art. 18 del texto constitucional originario de 1853. Todas las constituciones provinciales actualmente aceptan de forma expresa este instituto, pero son muy pocas aquellas que establecen que el juez que conoce de la causa pueda declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Solo dos provincias lo establecen: CABA al disponer en el art. 15 *in fine* que el juez “puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva” y Salta (art. 87, 10º pár.).

La acción de *amparo* también está receptada actualmente por todas las constituciones provinciales<sup>5</sup>. El surgimiento y evolución de este instituto hasta la actualidad es bastante curioso. Como bien reseña DÍAZ RICCI el instituto surge en México (1841) como una verdadera acción directa de inconstitucionalidad, pero con posterioridad, durante el siglo XX, se lo irá limitando a la defensa de derechos constitucionales individuales y, al menos en el caso argentino, con su inserción en el texto constitucional nacional en 1994 y la habilitación expresa del art. 43 de la facultad de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de la norma en juego<sup>6</sup>, termina por convertirse en la vía más habitual para declarar la inconstitucionalidad de las normas (2009:153), sin ser una acción de inconstitucionalidad directa.

Como ha sucedido con muchas otras instituciones y derechos, el Derecho Público Provincial se había adelantado al orden federal en materia de amparo. Así, ya en la década del ‘30 dos provincias aceptaron el amparo en sus textos constitucionales: Entre Ríos (1933) y Santiago del Estero (1839); en la década de 1950 ocho provincias sancionarán sus primeras constituciones y aceptarán

---

<sup>5</sup> Con la sola excepción de la provincia de Mendoza, cuyo texto constitucional data de 1916.

<sup>6</sup> El art. 43 expresamente dispone que “en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva”.

expresamente este instituto<sup>7</sup> y otras seis provincias lo incorporarán mediante ley ordinaria<sup>8</sup>. En la década del '80, con el restablecimiento de la democracia, se da a nivel subnacional un importante ciclo constituyente donde aquellas provincias que regulaban esta garantía institucional a través de la legislación ordinaria, le darán ahora rango constitucional<sup>9</sup>.

Resulta también curioso el hecho de que el perfil del amparo como la vía más habitual para la declaración de inconstitucionalidad de una norma se la da en realidad el texto constitucional federal en su reforma de 1994 (art. 43) y así observamos que las provincias que constitucionalizan el amparo con posterioridad a la reforma federal, le imprimirán el mismo tenor que la Constitución Nacional, habilitando expresamente la posibilidad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión (además de otras notas características de este amparo, como ser la protección de derechos difusos, la legitimación del defensor del pueblo y de asociaciones civiles, etc.)<sup>10</sup>: Buenos Aires (art. 20, inc. 2°), CABA (art. 14), Chaco (art. 19, 2° párr.), Chubut (art. 54), Corrientes (art. 67, 1° y 2° párr.), Salta (art. 87), Tucumán (arts. 27 y 38).

Por último, tenemos la garantía institucional del *Habeas Data*, de mucha más reciente creación y receptada por un número menor de constituciones provinciales (diez en forma expresa<sup>11</sup> y tres de manera implícita<sup>12</sup>). Ninguna de estas constituciones, sin embargo, especifica si el juez puede o debe declarar la inconstitucionalidad de la norma.

---

<sup>7</sup> Santa Cruz, Formosa, Chubut, Neuquén, Chaco, Río Negro, en 1957, y Misiones y La Pampa en 1958.

<sup>8</sup> Mendoza (1954), San Luis (1958), La Rioja (1960), Salta (1962), Buenos Aires (1965) y Córdoba (1967) y en 1967 lo incorporarán en el Código Procesal Civil y Comercial (como proceso civil sumarísimo) otras tres provincias: Tucumán, Jujuy y San Juan (DÍAZ RICCI 2009).

<sup>9</sup> Jujuy, La Rioja, Salta y San Juan en 1986, San Luis y Córdoba en 1987, Tucumán en 1990 y Tierra del Fuego que se dictará su primera constitución en 1991.

<sup>10</sup> El art. 43, 1° párr., in fine, CN, reza: “En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

<sup>11</sup> Buenos Aires, Chaco, Chubut, Corrientes, Entre Ríos, La Rioja, Neuquén, Salta, Santiago del Estero y Tucumán.

<sup>12</sup> CABA como el derecho al “libre acceso a todo registro, archivo o banco de datos” (art. 16), San Luis como derecho a los datos personales (art. 21) y Tierra del Fuego como derecho de “Privacidad” (art. 45).

## A. 2. Vía directa:

El sistema federal de control de constitucionalidad se inscribe decididamente dentro del *control concreto*, ya que el ordenamiento jurídico federal reconoce únicamente como vías posibles para declarar la inconstitucionalidad de una norma las *vías indirectas*, tales como el *amparo* (art. 43, CN), la *acción meramente declarativa* (art. art. 322 del CPCyCN) o el *habeas corpus* (art. 43, CN y art. 6º, Ley 23.098)<sup>13</sup>; y en los demás supuestos (es decir, en los demás procedimientos ordinarios). En este sentido, el sistema difuso aceptado por el orden federal implica que “todo proceso (ordinario, ejecutivo o sumario, civil o comercial, penal, laboral, etc.) tiene por objeto tutelar la supremacía de la Constitución, ya que en cualquiera de ellos puede (o debería poder) plantearse la inconstitucionalidad de normas, actos u omisiones, ya como demandante o demandado, incluso en un incidente (“Rec. De hecho por OSN en incidente de inconstitucionalidad decr. 2125/78” JA, 1988-I-509)” (SAGÜÉS 2017:151).

De acuerdo a BIDART CAMPOS, en el orden federal el control de constitucionalidad en cuanto a las *vías procesales utilizables*, se caracteriza por ser de *vía indirecta, incidental o de excepción*. A pesar de que, según el autor, la CSJN a partir de 1985 comienza a “elastizar” el concepto rígido de “caso contencioso” y en consecuencia “a admitir la existencia de acciones de inconstitucionalidad (o vías directas)”, reconoce que “al día de hoy nunca se ha llegado a aceptar entre estas últimas a la acción declarativa de inconstitucionalidad pura” (1995:96). Es decir que en la actualidad “se tiene por cierto que hay acciones de inconstitucionalidad” pero “no hay acciones declarativas de inconstitucionalidad pura” (ibídem).

En sentido coincidente, BIDEGAIN manifiesta que “no existe en el orden nacional acción declarativa de inconstitucionalidad” (1994:131) y citando abundante jurisprudencia de la Corte en la que se deja claro que “el poder judicial sólo resuelve colisiones efectivas de derechos” (Fallos 184-358, 249-221, 258-284, 270-74, 275-394, 291-198) y que “el contenido de una causa no puede ser la sola declaración de la ineficacia jurídica de normas legales o reglamentarias” (Fallos 145-318) (1994:131). También se ha sostenido enfáticamente que la cuestión que se plantea debe ser una situación de hecho real y concreta y no meramente hipotética, ya que “no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas (Fallos, 210-848, 211-322 y 497, 242-353, 243-176, 245-552, 249-221, 252-328, 306-1283, 313-594 y muchos otros)” (BIDEGAIN 1994:132).

---

<sup>13</sup> La Ley N° 25.326 (del 4 de octubre 2000), reglamentaria del Habeas Data, no contiene ninguna disposición que habilite al juez a declarar la inconstitucionalidad.

Ahora bien, en el Derecho Público Provincial encontramos una gran variedad de mecanismos que agregan al sistema de *control concreto* (propio del sistema difuso), procedimientos propios del *control abstracto*, generándose una interesante mixtura de sistemas.

### **A.2.1. Acción declarativa de inconstitucionalidad**

Esta acción o *vía directa* del control de constitucionalidad reconoce como antecedente la *acción meramente declarativa* (en adelante AMD) que fuera incorporada por primera vez al ordenamiento interno por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCyCN), posteriormente seguido en términos casi literales por las provincias. Sin embargo, el nivel provincial avanzó en esta materia incorporando una acción declarativa cuyo principal objeto fuera declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, denominándola *Acción Declarativa de Inconstitucionalidad* (en adelante ADI).

Esta acción persigue una “pretensión declarativa [...] que tiende a obtener un pronunciamiento que elimine la falta de certeza sobre la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico” (HARO 2003:249). La característica fundamental de este tipo de pretensiones declarativas consiste en que en ellas, la declaración de certeza resulta suficiente para satisfacer el interés de quien las propone y por lo tanto, para agotar el cometido de la función jurisdiccional. En términos generales, la acción declarativa de certeza “no requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un *estado de incertidumbre* sobre el derecho, y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una relación jurídica” y si ese estado de incertidumbre surge a raíz de la inconstitucionalidad de la norma, esa *acción declarativa* se convierte en una *acción declarativa de inconstitucionalidad* (HARO 2003:249).

A nivel Federal, la CSJN receptó jurisprudencialmente la ADI, pero a través de la *Acción Meramente Declarativa* (AMD) del art. 322 del CPCyCN – después de casi un siglo de jurisprudencia negatoria de la posibilidad de un control de constitucionalidad *directo* en el orden federal – ya que esta acción nunca fue reglamentada vía legislación<sup>14</sup>.

A lo largo de su doctrina judicial, la CSJN fue delineando los requisitos y las características de la ADI: (a) en cuanto al órgano competente, la ADI puede ser

---

<sup>14</sup> El primer fallo de la CSJN donde surge la ADI fue el caso “Pcia. de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Y.P.F.”, Fallos: 307-1379, del 20/08/1985.

interpuesta ante los juzgados de primera instancia o directamente ante la Corte, cuando se dan los requisitos que establece la Constitución Nacional para su intervención en instancia originaria (art. 117); (b) en cuanto a los *requisitos de admisibilidad*, debe estarse a lo establecido por el art. 322 del CPCyCN, es decir que debe existir un *estado de incertidumbre* sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica concreta; (c) en cuanto a la *legitimación activa*, como dispone aquella norma, debe tener un *interés jurídico personal, concreto, suficiente, cierto, inmediato*, de modo que el estado de incertidumbre pueda producirle un daño, perjuicio o lesión actual o inminente. Asimismo, y tal como lo dispone la normativa, la ADI tiene naturaleza supletoria, residual o subsidiaria, en cuanto sólo procederá si no se dispone de otro medio legal más adecuado.

A pesar de estas disposiciones *marco* de la ADI en el nivel federal, las provincias le fueron dando características particulares que claramente las diferencian. En términos generales, se podría decir que aquellos requisitos y características son la regla en el derecho público provincial, pero con importantes excepciones en algunos casos que terminan por diferenciarla completamente. Como sostuvo el Tribunal Superior de Justicia de la CABA, “la acción declarativa de inconstitucionalidad es un instituto local novedoso imposible de asimilar a los establecidos en el ámbito nacional” (citado por PERUGINI 2010).

Resulta entonces necesario diferenciar la Acción Declarativa de Certeza (prevista en el ordenamiento federal y definida por la jurisprudencia de la CSJN) y la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (ADI). Ambas son acciones *declarativas*, en las que se requiere una determinada legitimación para accionar y debe alegarse y probar la existencia de un daño, el cual debe ser futuro, cierto, aunque no esté consumado aun – si lo estuviera procederían las vías ordinarias, y ya no sería declarativa, sino reparadora. En consecuencia, “el rasgo esencial de estas pretensiones es su naturaleza preventiva y no requerir la existencia de un daño consumado” (PERUGINI 2010).

La diferencia entre la AMDy la ADI, “radica en el objeto, ya que mientras la acción declarativa de mera certeza pretende despejar una incertidumbre sobre una relación jurídica, en la acción directa se demanda como único y directo objeto de la acción, la declaración de inconstitucionalidad de una norma” (TERRILE 2010). Así, la mayoría de las legislaciones (federal y provinciales) que regulan la AMD la definen como una acción que tiende “a obtener una *sentencia* meramente *declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre* sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza *pudiera producir un perjuicio o lesión actual* al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente” (Art. 322, CPCyCN).

Es decir, la diferencia sustancial está dada por el objeto que persiguen una y otra acción: la AMD persigue poner fin a una situación de incertidumbre, la ADI persigue directamente la declaración de inconstitucionalidad de una norma. El hecho de que a través de la AMD no se persiga como objetivo directo la declaración de inconstitucionalidad de una norma, no quita que el juez en ese caso concreto efectúe un control de constitucionalidad y, eventualmente, declare inconstitucional una norma. Pero no la transforma en una acción directa de inconstitucionalidad, simplemente porque ese no es su objetivo principal ni el que le da fundamento al instituto. Como bien sostiene PERUGINI “a través de una ADC no se puede pedir solamente una inconstitucionalidad de una norma, y por ADI no se puede pedir una declaración de certeza sobre cierta incertidumbre de inconstitucionalidad” (2010:312).

Otra diferencia sustancial entre la ADC y la ADI tal como está prevista en el derecho público provincial son los *efectos* que ambas acciones producen, como se verá en detalle en el próximo acápite.

#### **A.2.1.1. Recepción normativa**

Su recepción normativa ha sido diferente en las provincias, pudiendo diferenciarse tres grupos de provincias de acuerdo a cómo (y dónde) ha sido receptada la ADI: (a) aquellas que la prevén constitucionalmente, (b) aquellas que la han receptado en la legislación ordinaria y (c) aquellas que directamente no la tienen prevista en su ordenamiento jurídico. Por un lado, un primer grupo de *once* provincias que receptan la ADI expresamente en sus constituciones: CABA (art. 113, inc. 2°), Chubut (art. 179, inc. A, ap. 1), Chaco (art. 163, inc. 1°, ap. a, que la denomina “demanda por inconstitucionalidad”), Entre Ríos (art. 205, inc. 1°, ap. C y art. 61), Jujuy (art. 164, inc. 1°), La Rioja (art. 141, inc. 1°, ap. 1°), Neuquén (art. 241, inc. a), Salta (art. 153, Inc. II, ap. a), Santiago del Estero (art. 194, inc. 1°, ap. 2°), San Juan (art. 208, inc. 2°) y Tierra del Fuego (art. 157, inc. 1°).

Por otro lado, un conjunto de *ocho* provincias han receptado la ADI en su legislación ordinaria. La característica de estas ocho provincias es que todas contienen en sus textos constitucionales una cláusula con redacción similar que dispone que es “*jurisdicción originaria y de apelación*” del Superior Tribunal provincial, “conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad” de las normas jurídicas<sup>15</sup>. Esta disposición constitucional genérica dio

---

<sup>15</sup> Buenos Aires (art. 161, inc. 1°), Formosa (art. 170, inc. 3° y art. 174), La Pampa (Art. 97, inc. 1°), Misiones (art. 145, inc. 1°, ap. 1), Mendoza (art. 144, inc. 3°), Río Negro (art. 207, inc. 1°,

origen posteriormente a la regulación mediante legislación ordinaria de la ADI y han sido excluidas del primer grupo porque no receptan *expresamente* la ADI en sus textos constitucionales, aunque como se ve, tiene sustento constitucional. Reglamentando esta competencia constitucional, la mayoría de las provincias ha receptado la ADI en sus Códigos de Procedimiento Civil y Comercial (CPCyC): Buenos Aires (Decreto-Ley N° 7.425/68, arts. 683 a 688), Formosa (Decreto-Ley N° 424/69, mod. por Ley N° 1397/02, arts. 683 a 688), Misiones (Ley XII – N° 6, antes Ley 2335, arts. 785 a 790), Mendoza (Ley N° 5.957, art. 223); San Luis (Ley N° VI-0150-2004, arts. 812 a 829). No creemos acertado la regulación de la ADI en los códigos procesales civiles y comerciales, ya que son procedimientos de naturaleza constitucional que no se circunscriben a una materia en particular.

Por su parte, dos provincias la receptan en sus respectivas *leyes orgánicas del Poder Judicial*: La Pampa, art. 34 inc. ade de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley N° 1.675, regula las “demandas declarativas de inconstitucionalidad” que a su vez deberán ajustarse a los términos de los artículos 300 y ccs. del CPCyC (BENINI 2012) y Río Negro, art. 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que reitera lo dispuesto por el art. 207, inc. 1°, ap. 1 de la Constitución, pero agrega en su segundo párrafo que por la vía originaria podrá promoverse la acción [de inconstitucionalidad] *sin lesión actual* y el CPCyC local (Ley 4.142, B.O. 18/01/07) regula el denominado *juicio de inconstitucionalidad* (arts. 793 a 799). Por último, Tucumán la recepta en su Código Procesal Constitucional (Ley N° 6.944, Capítulo II, arts. 89 y 90)<sup>16</sup>.

Finalmente, cuatro provincias no han previsto la ADI ni en sus textos constitucionales ni en la legislación ordinaria: Catamarca, Corrientes, Santa Cruz y Santa Fe. Estas constituciones contienen cláusulas genéricas acerca de la competencia de los tribunales de justicia para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas jurídicas, pero no especifican una acción directa de inconstitucionalidad.

La doctrina local ha entendido que aun en estos casos, el pedido de inconstitucionalidad a través de una *vía directa* (es decir, como una *acción* o *demanda* de inconstitucionalidad) podría canalizarse a través de un instituto más genérico, la

---

ap. 1), San Luis (Art. 213, inc. 1). Tucumán (art. 120), al igual que Santa Fe (art. 93, inc. 1°) solo hablan del *Recurso de inconstitucionalidad* por ante el Superior Tribunal.

<sup>16</sup> Son pocas las provincias que tienen un código procesal constitucional. Además del caso de Tucumán, lo tienen CABA (Ley 402 de Procedimientos ante el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y Entre Ríos (Ley N° 8369 de Procedimientos constitucionales).

*acción meramente declarativa de certeza* receptada en sus respectivos CPCyC<sup>17</sup> (BENINI 2012) – al igual que sucede en el orden federal (art. 322 del CPCyCN). En Córdoba, Chubut y San Juansus respectivos tribunales superiores han receptado la ADI a través de su doctrina judicial (HARO 2003, BENINI 2012).

El órgano competente para conocer en esta acción, en la gran mayoría de las provincias (18 sobre 20) se atribuye a su Superior Tribunal la *competencia originaria y exclusiva* para conocer acerca de la ADI. Solo las provincias de Tucumán y Mendoza permiten interponer la ADI ante los tribunales de primera instancia. En cuanto a la *materia* sujeta a control, la mayoría de las constituciones provinciales permiten un control sobre cualquier norma jurídica (22 constituciones de 24 mencionan los tipos de normas), incluyendo expresamente (aunque no exclusivamente) a leyes, decretos, reglamentos, etc. Sin embargo, en las provincias de La Pampa el máximo tribunal provincial ha interpretado que el material controlante, en estos casos, es única y exclusivamente, la constitución provincial, quedando excluido, por tanto, el bloque de constitucionalidad federal<sup>18</sup>. Igual interpretación ha hecho el Tribunal Superior de la provincia de Entre Ríos respecto de la Acción Popular de Inconstitucionalidad<sup>19</sup>.

En cuanto a los *legitimados* a impulsarla, todas las constituciones que regulan la ADI – o en su defecto, las leyes ordinarias – establecen como requisito excluyente que el promotor de la acción sea “*parte interesada*”, entendiéndose por tal aquella persona que vea afectado – actual o potencialmente – sus derechos o tenga un interés directo y legítimo en que la norma que se presume contraria a la Constitución sea declarada inconstitucional.

En la CABA, cuya Constitución no dispone de una acción popular, sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad amplió la legitimidad activa de la ADI a cualquier persona, sin que fuera necesario que el accionante demuestre un interés legítimo y personal en la declaración de inconstitucionalidad, lo que terminó por convertir a la ADI en una verdadera *acción popular de inconstitucionalidad* (PERUGINI, 2010).

---

<sup>17</sup> Catamarca (arts. 39, 203.2° y 290 CP y CPCC, Ley 2339/70, art. 322), Corrientes (art. 187 CP/2007 y CPCC, Dto-Ley 14/2000, art. 322), Santa Fe (art. 93 CP y CPCC, Ley 5531/62, art. 1) y Santa Cruz (art. 132 CP/1998 y CPCC, Ley 1418/81, art. 30086). (DÍAZ RICCI 2009).

<sup>18</sup> Superior Tribunal de la Provincia de La Pampa, fallo “Guñazu, y otros c/ Provincia de La Pampa s. Acción de inconstitucionalidad”, 1999, (citado por BENINI 2012).

<sup>19</sup> TSJ Entre Ríos, “Barrieto, Irma Rosana y Otra C/Sup. Gbno. De La Prov. – Acción de Inconstitucionalidad” del 30/06/2008 y “Fundación M’Bigua Ciudadanía y Justicia Ambiental y Otros c/ Estado Provincial s/ Acción de Inconstitucionalidad”, Causa N°: 3742 – Año 2015, fallado el 9 de junio de 2017.



Por último, en cuanto a las *consecuencias* o *efectos* de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, en general, las sentencias dentro de un procedimiento de la ADI se limitan a la declaración de inconstitucionalidad, es decir que son sentencias meramente declarativas, y no condenatorias, no ordenan un hacer o un no hacer, sino que simplemente *declaran* la inconstitucionalidad de la norma que, en su caso, no será aplicada a la relación jurídica que el demandante invocó como interés jurídico protegido. Sin embargo, algunas constituciones provinciales contienen cláusulas que por su importancia en cuanto a la validez, vigencia o caducidad de la norma, serán analizadas en el próximo acápite.

### **A.2.2. Acción Popular de Inconstitucionalidad**

Dos provincias receptan la acción directa de inconstitucionalidad por excelencia, la denominada *acción popular de inconstitucionalidad*. Esta acción tiene por objeto exclusivo la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general contraria a la Constitución. Puede ser promovida por cualquier persona en el solo interés de la legalidad. Esta acción ha tenido cierto predicamento en la legislación latinoamericana. Actualmente disponen de esta acción Colombia (donde tuvo origen a mediados del siglo XIX), Venezuela, Cuba y Perú (HIGHTON DE NOLASCO 2010), El Salvador (GOZAÍNI 2006) y la tuvo Cuba en su constitución de 1940, derogada posteriormente con la Constitución de 1976 (GARCÍA BELAÚNDE 1998).

La provincia de Saltala regula en el art. 92 de su Constitución, en los siguientes términos: “Art. 92. Acción popular de inconstitucionalidad. Todo habitante puede interponer la acción popular directa para que se declare la inconstitucionalidad de una norma de alcance general contraria a la Constitución. Los firmantes de una demanda manifiestamente improcedente son sancionados de acuerdo a la ley”. Esta acción fue recientemente reglamentada mediante Ley N° 8.036 (del 19 de septiembre de 2017). La ley reglamentaria especifica que “tiene por exclusivo objeto la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general” que sea “contraria a dicha Constitución”, es decir, a la Constitución provincial (art. 1°). Establece un procedimiento sumario (art. 2°) con intervención del Fiscal de Estado o de los representantes legales de los Municipios, o a los funcionarios que ejerzan la titularidad de los organismos involucrados, cuando los preceptos emanaren de dichas entidades (art. 4°). La ley establece además un plazo para interponer dicha acción: “la demanda se interpondrá ante la Corte de Justicia dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, computados desde la publicación de la norma de alcance general” (art. 3°). Por último, el art. 7° fija los efectos de la

declaración de inconstitucionalidad, estableciendo que “la inconstitucionalidad declarada por la Corte de Justicia produce la *pérdida de la vigencia de la norma* cuestionada en la parte afectada por aquella declaración, a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial”. Es decir, se le confiere a la Corte local un poder abrogatorio de normas jurídicas de alcance general.

La Constitución de Entre Ríos también recepta esta *acción popular*, a la que denomina “Acción Directa de Inconstitucionalidad Provincial”. Fue incorporada en la última reforma constitucional del año 2008 y se encuentra en el art. 61, que dispone: “Todo habitante de la Provincia, en el solo interés de la legalidad, tiene acción directa para demandar ante el Superior Tribunal de Justicia la inconstitucionalidad de una norma general contraria a la presente Constitución. El firmante de una demanda temeraria será sancionado de acuerdo con la ley”. A diferencia de Salta, Entre Ríos no ha reglamentado aún su Acción Directa de Inconstitucionalidad Provincial.

En un reciente e interesante fallo<sup>20</sup>, el Superior Tribunal entrerriano delineó los caracteres de “este especialísimo y trascendente instituto” del derecho público provincial argentino. Sostuvo que “la acción directa de inconstitucionalidad o acción popular es un moderno instrumento del derecho procesal constitucional que importa un control de constitucionalidad concentrado, es de carácter abstracto -dirime conflictos inter normativos- de naturaleza reparatoria -del ordenamiento jurídico- habilita la participación democrática en el control de constitucionalidad al permitir una legitimación amplia -respecto de la tradicional románica- o irrestricta, que en el caso de la Constitución Local está conferida a todo habitante de la Provincia por revestir la calidad de tal, y reconoce efectos derogatorios «erga omnes»”. Asimismo, reconoció que si bien se encuentra pendiente de reglamentación, ello no es óbice para su aplicación.

## **B. Efectos de la declaración**

Como se vio anteriormente, el control de constitucionalidad en el derecho público provincial es, en general, difuso: como tal, se aplica en casos particulares y concretos, es reparador y no preventivo y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma se circunscriben al caso concreto, es con efectos *inter-partes*. Ello significa que al declararse una norma como inconstitucional

---

<sup>20</sup> Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos, causa “Fundación M’Bigua Ciudadanía y Justicia Ambiental y Otros c/ Estado Provincial s/ Acción de Inconstitucionalidad”, Causa N°: 3742 – Año 2015, fallado el 9 de junio de 2017.

la misma deja de aplicarse, el juez debe fallar como si esa norma no existiera. Es el corolario lógico del principio de supremacía constitucional: si una norma se opone a la ley fundamental, la misma deja de ser aplicada. En el sistema de control difuso los roles de los poderes públicos siguen estando bien definidos: quien aplica es el poder judicial y quien sanciona las normas es el poder legislativo, y así como éste tiene poder de sancionar, tiene el poder de derogar y solo éste puede hacerlo.

En el sistema concentrado, como es sabido, los efectos de la decisión son *erga omnes*, es decir, esa misma decisión se aplica a todos los casos. Esto significa, lisa y llanamente, que la norma queda derogada. En el sistema europeo de control de constitucionalidad concentrado, la decisión del Tribunal Constitucional – que no forma parte del poder judicial – hace que la norma declarada inconstitucional, en la mayoría de los casos, quede derogada, actuando así como un *legislador negativo*: “Así es que el Tribunal Constitucional actúa como un legislador negativo, pues carece de la facultad de crear leyes, pero en el caso de que entienda que una de las promulgadas vulnera lo dispuesto en la Constitución, tiene poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, derogándola total o parcialmente.” (HIGHTON DE NOLASCO 2014:2).

En el orden federal, la CSJN se ha encargado de delimitar también los alcances y efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma y sobre este punto ha sostenido decididamente que los resultados deben ceñirse al caso concreto: “el principio jurisprudencial, en este punto, es que lo decidido en una causa se aplica solo a ella, sin derogar a la norma reputada inconstitucional” como lo sostuvo la CSJN entre otros precedentes, en “Rodríguez Larreta de Zuberbühler” (LL, 72-724); ello significa que no afecta tampoco a normas análogas (“Lorenzo”, Fallos, 247-325) y si se declarase inconstitucional una parte de la ley, el resto de la normativa permanecerá inalterada (SAGÜES 2017).

Este punto es crucial, ya que según cómo se delimiten los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma nos encontraremos en los límites entre uno y otro sistema, o bien frente a un sistema mixto. Y es precisamente lo que observamos en el ámbito subnacional argentino. Así encontramos que muchas constituciones provinciales prevén *efectos derogatorios* (bajo ciertos recaudos que veremos a continuación) a la declaración de inconstitucionalidad de una norma, imprimiendo al sistema difuso clásico un fuerte componente del sistema concentrado.

### **B.1. Efectos *inter partes***

En principio, como se sostuvo, rige en las provincias el sistema difuso y por tanto la declaración de inconstitucionalidad que haga cualquier juez de cualquier fuero, jurisdicción o competencia, será con efectos *inter partes*, para el caso concreto, como expresamente lo establece el Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán (Ley N° 6.944, Título III “Control Jurisdiccional de Constitucionalidad”): “*La declaración de inconstitucionalidad pronunciada por los Tribunales sólo tiene efectos específicos para la causa en que se entiende*” (Art. 87).

Encontramos también disposiciones similares en la misma Constitución de la provincia que establecen expresamente que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de la norma se limita al caso concreto: en su art. 24, 3° párr. *in fine*, la constitución tucumana establece que “[...] La declaración de inconstitucionalidad pronunciada por los jueces tendrá efectos específicos para la causa en que entendieren”). En otras constituciones se puede arribar a la misma conclusión, interpretando a *contrario sensu* sus disposiciones: por ejemplo, en las constituciones de Chaco (art. 9, 2° párr.), Chubut (art. 175), Neuquén (art. 16), Río Negro (art. 208, 2° párr.), San Luis (art. 10, 2° parte) y Tierra del Fuego (art. 159) se refieren a los efectos específicos que tiene la declaración de inconstitucionalidad efectuada por el máximo tribunal provincial (que veremos a continuación), de lo cual se infiere que cuando la declaración la hacen los jueces inferiores, queda limitada al caso concreto.

La mayoría de las provincias (14 en total), sin embargo, no establece si el efecto de la declaración se restringe al caso concreto o no (Salta, Chubut, Córdoba, Entre Ríos, Santa Cruz, Formosa, La Rioja, Catamarca, Corrientes, Mendoza, La Pampa, Buenos Aires, Santiago del Estero y Misiones). En estos casos, resulta forzoso concluir que la declaración se limita a las partes del litigio, es decir que es *inter partes*.

### **B.2. Efectos *erga omnes***

Como se sostuvo anteriormente, un conjunto de provincias haprevisto un efecto general o *erga omnes* a la declaración de inconstitucionalidad. En todas estas constituciones se atribuye este efecto solo a las declaraciones de inconstitucionalidad efectuadas por el máximo tribunal local, es decir “se inviste al Tribunal Superior de Justicia provincial – cabeza de la organización judicial local – de ciertas atribuciones propias de un Tribunal Constitucional europeo” (HIGHTON DE NOLASCO 2014), se convierten efectivamente en *legisladores negativos*.

A grandes rasgos, podemos identificar dos grandes grupos: aquellas constituciones donde la declaración de inconstitucionalidad abroga la norma y aquellas donde se prevé un *mecanismo de adecuación*, es decir, donde se prevé una instancia de comunicación entre los poderes públicos para enmendar esta situación anómala, para que el órgano que dictó la norma reputada inconstitucional por el máximo tribunal provincial pueda *corregirla* o directamente eliminarla. En estos casos en definitiva el máximo tribunal local no tiene poderes abrogatorios, no se erige en consecuencia en un legislador negativo, sino que el diseño institucional de estas constituciones simplemente busca el desarrollo armónico de las actividades de los poderes públicos y que todos y cada uno de ellos, con sus atribuciones propias, se desenvuelvan dentro del marco constitucional.

### **B.2.1. Facultad de comunicar la decisión a los demás poderes**

Estos son los casos de las provincias de San Juan (arts. 11 y art. 207, inc. 11°) y de San Luis (art. 10). Ambas constituciones disponen, en términos idénticos, que cuando la inconstitucionalidad de una norma es declarada por la Corte o Superior Tribunal provincial, “*debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico vigente*”. Como puede observarse, en estos casos el máximo tribunal local no está investido de poderes abrogatorios, pero la constitución local les atribuye esta competencia a los efectos de advertir a los demás poderes (provinciales y municipales) acerca de su *desviación* del orden constitucional en la producción de normas jurídicas.

### **B.2.2. Facultad abrogatoria del Máximo Tribunal local**

En este segundo grupo de provincias encontramos disposiciones constitucionales que confieren poderes abrogatorios al máximo tribunal local, es decir, que los erigen como verdaderos legisladores negativos, al estilo de los tribunales constitucionales europeos.

Dentro de este grupo encontramos distintos matices. En principio, puede sostenerse que la declaración de inconstitucionalidad efectuada por el Superior Tribunal provincial deroga la norma en cuestión, la misma pierde vigencia y deja de aplicarse no solo para el caso concreto, sino para todos los casos. La norma queda derogada como si lo hiciese el mismo órgano que la dictó. Sin embargo, según la provincia, este efecto puede alcanzarse si se dan determinados requisitos y es diferente según el tipo de norma de que se trate. También pueden clasificarse en

tres sub-grupos, según : aquellas donde el máximo tribunal puede derogar la ley solo en el procedimiento instado a través de una ADI; aquellas donde esta facultad puede ejercerla a través de la acción popular y finalmente, aquellas provincias donde la declaración de inconstitucionalidad del Superior Tribunal provincial tiene efectos erga omnes en cualquier procedimiento.

En este grupo de provincias, se confieren efectos abrogatorios a la declaración de inconstitucionalidad de una norma. En algunos casos, se exigen ciertos requisitos. Por ejemplo, en Río Negro (art. 208, 2° párr.) la declaración tiene que darse (a) en juicio contencioso; (b) declarada por unanimidad; (3) por tercera vez; y (4) mediante resolución expresa dictada por separado (con excepción de una ley). Si se tratase de una *ley*, el Superior Tribunal debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Si la Legislatura no hace nada al respecto, la norma queda igualmente derogada.

El Estatuto Organizativo de la CABA (art. 113, inc. 2°) contiene un procedimiento similar: si se trata de cualquier norma, la abrogación es directa, pero si se trata de una ley, la Legislatura tiene la posibilidad de ratificarla dentro de los tres meses desde que se dictó la sentencia declarativa con el voto de los dos tercios de los miembros presentes. En el caso de Chubut (art. 175) debe declararla *dos veces consecutivas* o *tres alternadas*, en Tierra del Fuego debe declararla por unanimidad y por tercera vez (art. 159) y en Entre Ríos debe declararla *tres veces* y por sentencia firme (art. 60). En todos estos casos – se entiende – quiendeclara la inconstitucionalidad es el máximo tribunal provincial. En los casos de Chaco (art. 9, 2° párr.), Neuquén (art. 16), Salta (art. 92, CP y art. 7° Ley N° 8.036) y Jujuy (art. 7°, inc. 3°, Ley N° 4.346) la abrogación se produce sin más trámites, sea una ley o cualquier otra norma jurídica. Es decir que emitida la sentencia del superior tribunal que tacha una norma (incluidas las leyes) de inconstitucionalidad, la misma queda derogada.

Una distinción importante que cabe hacer dentro de este grupo de provincias que confieren *poderes legislativos negativos* a sus superiores tribunales es si tal poder lo ejercen solo a través de la ADI, a través de la acción popular o bien a través de cualquier pronunciamiento. De acuerdo a la letra constitucional, se desprende que en los casos de la CABA (art. 113, inc. 2°), Jujuy (Ley N° 4.346, arts. 1° y 7°) y Neuquén (art. 16) la facultad abrogatoria es ejercida cuando el máximo tribunal declara la inconstitucionalidad dentro de un proceso de ADI, y no en cualquier pronunciamiento. En el caso de Salta lo hace cuando se haya interpuesto la acción popular (al tratar sobre la ADI – que denomina *acción de inconstitucionalidad* – la constitución local no hace ninguna referencia) y en las restantes provincias (Chaco, Chubut, *Entre Ríos*, Río Negro y Tierra del Fuego)

el efecto abrogatorio podría darse *en cualquier pronunciamiento* del máximo tribunal.

Caben también algunas precisiones en cuanto a cuestiones terminológicas: algunas constituciones hablan directamente de “abrogación” (Río Negro) o de “derogación” (Entre Ríos), otras establecen la “pérdida de vigencia” (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chubut y Salta) o “suspensión de la vigencia” (Tierra del Fuego), otras hablan de “caducidad” (Chaco y Neuquén) y finalmente de “inaplicabilidad” (Jujuy). Por sus efectos prácticos, y más allá de la terminología empleada, se trata en todos estos casos, lisa y llanamente, de la derogación, de la abolición de la norma.

Asimismo, podríamos diferenciar dentro del efecto *erga omnes*, si éste es total (es decir si cae todo el texto de la ley) o parcial (si sólo queda abrogada la parte de la norma declarada inconstitucional): establecen la abrogación *total* Chaco, Jujuy, Tierra del Fuego, Neuquén y CABA, en cambio es abrogación *parcial* en los casos de Chubut, Entre Ríos, Río Negro y Salta.

## ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES

El Derecho Público Provincial argentino constituye un interesante laboratorio de diseños institucionales donde en muchas oportunidades, se ha adelantado a la legislación federal y ha servido de antecedente inmediato a ésta. Este instituto del control de constitucionalidad, esencial en todo Estado de derecho constitucional, es una acorta muestra de ello. El derecho constitucional provincial muestra una interesante mixtura de diseños y sistemas en cuanto al control de constitucionalidad, combinando de manera muy interesante y original elementos específicos del sistema concentrado en un sistema más general de control difuso. Como hemos visto, todas las provincias adoptan el sistema difuso de inconstitucionalidad, pero un grupo importante de ellas ha combinado, sea en los efectos, sea en el procedimiento, elementos del concentrado. Así encontramos, en primer lugar, la inserción de una acción directa de inconstitucionalidad, la ADI, cuya competencia está concentrada en un único órgano, el Superior Tribunal o Corte provincial. Esta inserción constituye, en sí misma, una importante diferencia con la esfera federal, ya que, a través de un instituto puntual, permiten un control abstracto de constitucionalidad, aun cuando no todas las provincias le confieran efectos abrogatorios.

Los superiores tribunales de justicia tendrían así en estas provincias un *doble carácter*, de máxima instancia judicial y, a la vez, de corte o tribunal constitucio-

nal. Estaríamos en presencia de verdaderos sistemas *híbridos*, donde estos cimeros tribunales se equiparan a las cortes o tribunales constitucionales europeos, pero con algunas diferencias importantes que terminan por asemejarlos más a la experiencia latinoamericana, donde en paralelo a la existencia de un Tribunal Constitucional especial que concentra el control de constitucionalidad, se permite el control difuso en manos de los jueces inferiores (cosa que no sucede en el modelo europeo). Pero asimismo se diferencian también de la experiencia latinoamericana, ya que aquí las Cortes o Tribunales Constitucionales o no son parte del poder judicial (Perú) o sí lo son, pero son independientes al máximo tribunal del país (Colombia, Ecuador, Guatemala, Chile y Bolivia) o constituye una Sala del superior tribunal (como en Venezuela). En las provincias argentinas ambos controles están fusionados en un solo tribunal, el máximo tribunal provincial.

Asimismo, un grupo de provincias le confieren efectos *erga omnes* a sus decisiones. Este grupo termina por hacer una mixtura más completa (e igualmente compleja) de ambos sistemas, marcando una notoria diferencia con el sistema federal y, en general, con el modelo americano puro. Estas provincias en lo que al efecto abrogatorio se refiere, contienen disposiciones constitucionales que son muy similares a la constitución austríaca (la que dio origen al modelo concentrado) la cual establece en su art. 140, inc. 5° que “El fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como anticonstitucional, obliga al Canciller federal o al Gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación” (Constitución vigente de Austria, texto de 1929, igual disposición contenía el texto de 1920).

En estos casos, consideramos que sería preferible la denominación de sistemas *híbridos*, porque el derecho público provincial muestra diseños institucionales que no tienen parangón en el derecho comparado, ni europeo ni latinoamericano. En su clásica definición del *sistema dual paralelo*, GARCÍA BELAÚNDE lo describe como “aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, co-existen el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse” (1998:1177). El autor define este modelo a partir de la experiencia del Perú con su Constitución de 1979, sistema que mantendría en su constitución vigente de 1993. Este sistema paralelo o dual vendría a ser una especie dentro de los *modelos derivados*, que son aquellos modelos que, partiendo de los primigenios u originarios (el difuso, el concentrado y el político), crean una nueva realidad, crean sistemas nuevos, donde combinan elementos de los modelos originarios. Además del sistema paralelo o dual peruano, se encuentra también dentro de los *modelos derivados*, el modelo *mixto*, citando como ejemplosa Colombia, Venezuela, Ecuador, Guatemala, Chile y Bolivia.



Sin embargo, ninguno de estos casos contiene sistemas similares a los adoptados por las constituciones provinciales argentinas. De ahí la necesidad de dotar de un nombre o denominación a estos sistemas que no son ni mixtos ni paralelos (o duales). GARCÍA BELAÚNDE(1998) sostiene que en los sistemas paralelos no se fusionan los sistemas originarios o clásicos y esto se da fundamentalmente por (a) la existencia de un Tribunal Constitucional que está fuera del Poder Judicial, no forma parte de éste, el cual concentra el control de constitucionalidad con efectos *erga omnes*; y (b) por la subsistencia, en paralelo, de un control difuso de constitucionalidad en manos de los magistrados que componen el poder judicial: es “el modelo europeo incorporado a un sistema jurídico que conservaba el sistema difuso, *sin cruzarse* con él, ya que el Poder Judicial [...] mantenía el control difuso y de inaplicación de normas” (1998:1178). Los otros modelos mixtos latinoamericanos se caracterizan por el hecho de que el tribunal o corte constitucional sí forma parte del poder judicial, es decir, en estos sistemas: (a) se agrega el poder judicial un órgano especial que concentra el control de constitucionalidad y (b) los demás jueces del sistema judicial (desde la Corte o Tribunal Supremo hasta los de primera instancia), ejercen control difuso.

En cambio, en el Derecho Público Provincial argentino ambos sistemas sí se cruzan, encontramos así un sistema híbrido, producto de elementos de distinta naturaleza, nacido de modelos de distinta especie, ya que el tribunal que ejerce el control concentrado no solo es parte del poder judicial, sino que es la cabeza del mismo; y en cuanto parte del poder judicial ejerce también el control difuso de las normas, junto con todos los demás jueces y magistrados inferiores que componen el poder judicial. Por ello consideramos a este sistema, un *sistema híbrido*.

Resulta muy interesante observar cómo, en 24 diseños institucionales subnacionales diferentes confluyen distintos sistemas híbridos que combinan y reúnen elementos distintos en diversa magnitud, con diferentes grados de mixturas de efectos y procedimientos: así, encontramos un primer grupo caracterizado por la existencia de la ADI en el ordenamiento local (sea en la constitución o en la legislación ordinaria), con un total de 20 provincias (doce a través de sus constituciones y 8 a través de leyes ordinarias); luego un segundo grupo donde los superiores tribunales locales funcionan como cortes constitucionales con efectos abrogatorios: 9 provincias confieren a las declaraciones de inconstitucionalidad de sus máximos tribunales, el efecto de derogar la norma (sea de forma parcial o total): dentro de estas, tres provincias lo hacen a través de la ADI (CABA, Jujuy y Neuquén), otra a través de la Acción Popular de Inconstitucionalidad (Salta), la cual sería la más amplia en cuanto a la legitimidad, ya que el superior tribunal puede derogar una norma a instancia de *cualquier persona*, mientras que en todos

los demás casos, solo pueden instarlo aquellos que tengan un derecho afectado aunque sea potencialmente. Por último, un tercer grupo que se caracteriza por la amplitud desde el punto de vista procedimental, ya que la declaración del superior tribunal no se limita a la interposición de una ADI o de una Acción Popular, sino que puede serlo en cualquier procedimiento, ordinario o extraordinario, de instancia originaria o derivada: Chaco, Chubut, Entre Ríos, Río Negro y Tierra del Fuego. Es este conjunto de 9 provincias donde se da el máximo nivel de hibrididad y que justifican una nueva denominación

## BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M. (1979). El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978. *Revista de Estudios Políticos* (7), 171-196.

BARRANCOS Y VEDIA, F. (1999). La Corte Suprema de Justicia en la Historia Constitucional Argentina. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, (XXVIII), 201-230.

BAZÁN, V. (2002). Reflexiones sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad en el ámbito jurídico argentino. *Ius et praxis*, (8) 2, 93-104.

BENINI, G. (2012) “La Acción de Inconstitucionalidad en el Orden Federal y en las Provincias Patagónicas”, *Suplemento de Derecho Constitucional – El Derecho*, 16 de febrero. Disponible en: <http://www.cjprocesalistas.com.ar/index.php/publicaciones/104-la-accion-de-inconstitucionalidad-en-el-orden-federal-y-en-las-provincias-patagonicas>.

BIDART CAMPOS, G. (1998). *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I. Buenos Aires: Ediar.

BIDEGAIN, C. (1994). *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

DÍAZ RICCI, S. (2009). Panorama y evolución del control de constitucionalidad en los estados provinciales de Argentina. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (11), 149-189.

GARCÍA BELAÚNDE, D. (1998). La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo. *La Ley*, 1998-F, 1175-1182.

GOZAINI, Osvaldo (2006). Incidencia de la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, (4) 2, 335-362.

HARO, R. (2003). La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad en el Derecho Federal Argentino” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 7, pp. 247- 275.

HIGHTON DE NOLASCO, E. (2010). Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En E. FERRER MAC-GREGOR, et al., Coord. La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un iusconstitutionale commune en América Latina? (107-173). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Tomo I.

HIGHTON DE NOLASCO, E. (2014). Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. *La Ley*, Tomo 2014-C, Año LXXVIII, N° 107, martes 10 de junio, 1-12.

PERUGINI, L. (2010). La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad y la Acción Meramente Declarativa. Explicación Necesaria de sus Diferencias. *Revista áDA Ciudad*, (3), 307-317.

SAGÜÉS, N. (2012) “El control de constitucionalidad de oficio ¿deber de los jueces argentinos?”. *La Ley* 19/12/2012, La Ley 2013-A, 35.

SAGÜÉS, N. (1989). *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Astrea.

SAGÜÉS, N. (2003). *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I. Buenos Aires: Astrea.

SAGÜÉS, N. (2017). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

TERRILE, R. (2010) “Acción declarativa de inconstitucionalidad” en D. SABSAY, Dir., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi.

THEA, F., et al. (2017). *Análisis Jurisprudencial Corte Suprema. Parte General*. José C. Paz: EDUNPAZ.

THEA, F. G. y LOSADA REVOL, I. (2017) “El control de constitucionalidad”, en F. THEA et al. *Análisis Jurisprudencial Corte Suprema. Parte General* (105-152). José C. Paz: EDUNPAZ.

ZARZA MENSAQUE, A. (2011) “Garantías Institucionales. Hábeas Corpus. Amparo. Hábeas data. Amparo por mora” en A. HERNÁNDEZ Y BARRERA BUTELER, G., coord., *Derecho Público Provincial* (359-382). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.



## **INTERVENCIÓN EN LA ENTREGA DE PREMIOS DE LA ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN**

Ilmo. Sr. D. Javier López Sánchez  
Catedrático de Derecho Procesal  
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

Ilustrísimo Director General de la Fundación Ibercaja,  
Ilustrísimo Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legis-  
lación,  
Excelentísimo Justicia de Aragón,  
Excelentísimo Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón,  
Dignas Autoridades,  
Ilustrísimos Académicos  
Señoras y Señores,

En primer lugar, quiero unirme a la felicitación a D. Ambrosio Aranda por su nombramiento hoy como académico de honor.

Me siento muy honrado de participar en este acto de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Lo hago como Decano de la Facultad de Derecho y en representación de su claustro de profesores.

Existe una notable vinculación entre la Facultad de Derecho y la Academia. Varios de los profesores de la Facultad son miembros de esta Academia Aragonesa. El papel de la investigación de la Universidad y las Academias presentan caracteres notablemente diversos. La Universidad debe atender a la generación

del conocimiento que proporciona y transmite; y su actividad, cada vez más, se encuentra supeditada a la ejecución de proyectos de investigación. Los miembros de la academia pueden abordar sus estudios desde la perspectiva que les proporciona los años de ejercicio profesional y bajo las directrices y objetivos de la propia Academia. A ambos nos urge la perplejidad ante la realidad, la necesidad de dar una respuesta y coincidimos en la admiración ante las posibilidades y resultados del esfuerzo por sistematizar el conocimiento y extraer del sistema nuevas posibilidades y resultados.

Parece oportuno reforzar los vínculos de colaboración entre la Universidad de Zaragoza –me permito hablar en su nombre aun en presencia del vicerrector– y la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, pues nos unen parecidas metas y objetivos.

A esta actividad de promoción de la investigación jurídica se une la Fundación Ibercaja, con la dotación de los premios de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Confío que haya más oportunidades de unir esfuerzos en la promoción de la investigación jurídica. Los premios hoy concedidos acreditan que vale la pena intentarlo.

Doña Joanna Pereira Pérez, aborda en su trabajo la protección de las personas con discapacidad a partir del enfoque de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada en la Asamblea General de Naciones Unidas, de Nueva York de 2006.

La autora del trabajo premiado considera que esta Convención ha llevado a cabo un giro copernicano en la fundamentación del tratamiento jurídico de las situaciones de discapacidad. Es sabido que la protección otorgada a las personas con discapacidad se ha canalizado habitualmente, en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la incapacitación que comporta una restricción de la capacidad de obrar.

La Convención aboga por la sustitución del régimen de incapacitación por un sistema de apoyos en la adopción de decisiones. Estas deben seguir correspondiendo a la persona con discapacidad.

Ciertamente, nuestro ordenamiento jurídico contempla ya una institución, la curatela, que podría dar cauce a un sistema de apoyos y no han faltado pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo en el sentido de que la limitación de la capacidad jurídica de obrar debe ser valorada en cada caso en concreto, por lo que la presencia de una cierta discapacidad no puede conducir de forma automática y necesaria a la total incapacitación.

La tutela además se ha centrado en exceso en la protección de los aspectos patrimoniales con descuido de otros ámbitos, en los que resulta conveniente el «empoderamiento» de las personas con discapacidad y la recuperación de su protagonismo en la guía de su propia vida superando posturas de carácter paternalista y sobreprotector.

Subyace en la convención una reivindicación de la idea de la igual dignidad de toda persona por el hecho de serlo. Lo cierto es que se traslada el acento de esa dignidad del ser, al hacer. Se rehúye de consideraciones de carácter más metafísico sobre la condición de la persona y, con un carácter más pragmático, se parte de que una igual dignidad debe comportar necesariamente, parejas posibilidades de actuación. Y en esta idea, no debemos esconder la presencia de una notable desconfianza hacia la sociedad.

Tales planteamientos no son sino una precipitación de la vinculación de la noción de autonomía de la voluntad con los planteamientos metafísicos y antropológicos kantianos. La idea de autonomía de la voluntad, la defensa del reino de los fines, la abolición de la consideración de la persona como medio y la proscripción de su instrumentalización para cualquier otro fin constituyen notables logros de la modernidad, pero debe también destacarse que para Kant el hombre no es sociedad, se encuentra en sociedad (*cf.*: LALAGUNA, «La libertad contractual» en *Revista de Derecho Privado*, vol. 56, nº 9, 1972, pág. 886), por lo que arroja una sombra de sospecha sobre toda vinculación social que no surja de su propia voluntad. La noción de contrato social como base de la conformación de nuestras modernas democracias sustituye la noción patriarcal de una sociedad presidida por la idea de bien común, y sometida a la potestad del príncipe como garante de los fines sociales a los que debían subordinarse los individuales.

La modernidad comporta la emancipación del individuo bajo la reivindicación de la igual dignidad de todos y la fuerza expansiva de esa idea viene a proyectarse sobre las personas con discapacidad arrojando ahora la sombra de sospecha sobre la institución de la tutela, que se presenta como inaceptable al prescindir de las preferencias y consideraciones de la persona con discapacidad.

En nuestro país contamos con un Anteproyecto de Ley en el que se prevé la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, aprobado el 21 de septiembre de 2018 por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. El Anteproyecto persigue reemplazar, de conformidad con la Convención, un sistema de sustitución –representado por la institución de la tutela– por un sistema de apoyos o salvaguardias y señala que «la nueva regulación está inspirada en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de

sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás».

El anteproyecto propugna, por tanto, la supresión de la tutela y la introducción de un sistema de apoyos que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Solo en situaciones donde el apoyo no pueda darse y solo ante esa situación de imposibilidad, se admite la representación o sustitución en la toma de decisiones.

Hay en este planteamiento una nueva sensibilidad, que responde a la observación de la realidad vital de las personas con discapacidad. Debo reconocer en este planteamiento una afirmación que leí hace tiempo y que considera que es un error plantear la declaración de voluntad negocial como un puro acto de la voluntad, pues en las declaraciones se manifiesta la persona entera (*cf.*: LALAGUNA, *op. cit.*, pág. 871), con su comprensión de la realidad, sus aspiraciones, circunstancias y limitaciones.

Desde esta perspectiva se entienden las pegas que se formulan al sistema de la sustitución –de la tutela– y, que la autora del trabajo premiado, recoge: la presencia en las personas sujetas a tutela de una baja autoestima, la pasividad conductual y el riesgo de abuso por parte de los tutores.

Doña Joanna Pereira realiza interesantes consideraciones sobre la polémica en torno a la supresión de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en el artículo 12 de la Convención, subrayando que la misma subsiste en su texto al limitarse a introducir las que denomina «medidas pertinentes» en el ejercicio de la capacidad jurídica. La autora analiza cómo se han articulado las medidas de apoyo en el derecho anglosajón y apunta que deben inspirarse en cuatro componentes: *comprehension, appreciation, reasoning, and choice*; comprender la información, su relevancia, realizar una valoración de las alternativas y toma de decisiones.

El trabajo finaliza con consideraciones sobre la autonomía prospectiva, que enlaza con la idea de respeto a la dignidad de la persona y, por lo tanto, la toma en consideración de sus decisiones respecto a la gestión de sus bienes o su cuidado personal mediante la formulación anticipada de su voluntad. El desarrollo de la noción de autonomía prospectiva y de consentimiento prospectivo nos lleva a reflexiones sobre sus límites en atención al interés superior en razón a situaciones



o circunstancias que no pudieron ser previstas de forma anticipada. La autora manifiesta una decidida apuesta por el respeto de la voluntad manifestada anticipadamente, con carácter preferente a otras consideraciones.

El trabajo realizado presenta uno de los rasgos del Derecho en las sociedades contemporáneas en las que existe una permeabilidad de conceptos y principios, en virtud de la actuación de los organismos internacionales —en este caso, las Naciones Unidas—.

Encontramos así un debate internacional surgido en un contexto extraño al nuestro que acaba por minar los fundamentos de instituciones que considerábamos sólidamente asentadas en nuestro ordenamiento jurídico. Se crea una corriente de opinión vinculada a la determinación del contenido de los derechos fundamentales que presiona de forma constante y firme sobre los elementos estructuradores de nuestras tradicionales instituciones.

No propugno el aislamiento de nuestro Derecho, pero no me parece un criterio correcto conformarnos con trasplantar instituciones surgidas en otro contexto cultural distinto al propio, pues se corre el riesgo de sembrar en nuestros campos especies invasivas que acaben por trastocar los principios sobre los que se ha conformado nuestro Derecho, nuestra cultura, nuestra forma de entendernos y relacionarnos. ¿No bastaría una adaptación de la curatela para dar cabida a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad? Al fin y al cabo, lo que se viene a exigir es que, frente a cualquier manifestación de discapacidad, se pondere la conveniencia de la tutela que ha de ser reservada para casos en los que no cabe apreciar capacidad alguna de propia determinación.

Nos abocamos a un nuevo panorama de transformación de nuestro ordenamiento jurídico con fenómenos de hibridación de instituciones propias con las surgidas y desarrolladas en otros contextos culturales de carácter pujante.

Si pasamos al ámbito del Derecho Público, esta idea también se refleja en el trabajo de D. Cristian Altavilla, que trata sobre el control de constitucionalidad en el Derecho Público argentino.

Argentina se organiza como un Estado federal que cuenta con veinticuatro estados: sus veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. D. Cristian Altavilla en su trabajo contrasta el sistema de control difuso de constitucionalidad en el ámbito federal, con la presencia del sistema concentrado de control de constitucional en el ámbito de las provincias. En el sistema federal, el control de constitucional se hace de forma incidental, en relación con un caso concreto y con efectos limitados al mismo. En el ámbito provincial, hay una diversidad de cauces de control de constitucionalidad, pero en once de ellas se admite la acción

declarativa de inconstitucionalidad en su propia Constitución, ocho la han introducido en su legislación ordinaria y dos en sus leyes orgánicas del poder judicial. Algunas provincias admiten incluso la acción popular de inconstitucionalidad atribuyéndose legitimación a cualquier «habitante» de la provincia, en interés de la legalidad. Es cierto que no en todos los casos la declaración de inconstitucionalidad comporta una abrogación de la norma, estableciéndose mecanismos de adecuación para que sea el legislador quien adecue la norma declarada inconstitucional. De todos modos, en su trabajo D. Cristian Altavilla subraya que en el Derecho Público Provincial también se da un sistema de control difuso y de hecho ambos sistemas se cruzan en un sistema híbrido, producto de elementos de distinta naturaleza, de modelos de distinta especie.

La lectura del trabajo de D. Cristian Altavilla produce en el jurista continental un cierto vértigo. La posibilidad de un control difuso de constitucionalidad genera prevención en los sistemas jurídicos continentales quehan preferido constituir un Tribunal Constitucional para llevar a cabo un control concentrado de la constitucionalidad de las normas. Por otra parte, la sola presencia de una acción popular constitucional sería difícilmente asumible en nuestro ordenamiento cuando los abusos en la acción popular penal –sobre todo a partir de la admisión de su ejercicio por corporaciones de derecho público– han llevado a que nuestros legisladores estén considerando la oportunidad de su restricción. Además, si nuestro Tribunal Constitucional ha establecido restricciones y filtros de acceso al recurso de amparo, piénsese el colapso que podría suponer una acción popular de declaración de inconstitucionalidad, así como el juego de oportunismo político. Oportunismo que ya se ha dado en supuestos en los que el gobierno ha utilizado el recurso de amparo como moneda de cambio en la negociación política.

No obstante, también en nuestro ordenamiento, el sistema de los derechos fundamentales de la Constitución es directamente invocable ante los tribunales que tienen el deber de su directa aplicación. Ciertamente, las Constituciones no se limitan ya a organizar los poderes superiores y constituyen un texto normativo directamente aplicable que ha permitido a los ciudadanos su invocación en juicio para hacer operativos los derechos fundamentales, sin necesidad de intermediación legal. La directa invocabilidad de los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones comporta no solo una limitación del poder, sino el establecimiento de una nueva legitimación de las normas jurídicas, «cuya validez no deriva exclusivamente de un procedimiento estrictamente formal de producción jurídica, sino que, al incorporar un sistema amplio de valores, este queda convertido *ipso iure* en el criterio básico de legitimidad de las normas jurídicas» (DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El derecho ante la globalización*, Madrid, 2009, pág. 186).

El sistema de justicia constitucional ha supuesto un mayor peso de la interpretación judicial en la medida en que la subsistencia de las normas formalmente vigentes queda supeditada a un contraste material de adecuación de la regla enunciada por la ley con los principios constitucionales. Esta circunstancia acentúa el valor de la justicia material sobre el de la previsibilidad de los efectos y resultados perseguidos por las normas jurídicas. Su actuación requiere un especial cuidado, pues la privación de eficacia vinculante a una norma de rango legal por considerarse lesiva de los derechos fundamentales no deja de ser un episodio traumático del ordenamiento jurídico, en el que se han adoptado decisiones en razón de la previsibilidad de efectos y resultados de las normas de rango legal. Todas estas circunstancias reclaman una cuidadosa ponderación de las exigencias constitucionales que han de ser apreciadas y conjugadas, desde el punto de vista del contenido esencial de los derechos fundamentales, con las expectativas generadas por normas legales. Este ejercicio prudente se ve facilitado por la existencia de una jurisdicción constitucional que lleva a cabo un control concentrado. Se ha dicho que la directa aplicación de la Constitución por los tribunales ordinarios les convierte en jueces constitucionales (HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo: una plática abierta a otros contertulios” en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Madrid, 2013, pág. 226); pero esta aplicación no comporta en nuestro sistema continental una declaración de inconstitucionalidad y, como mucho, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

El estudio realizado por D. Cristian Altavilla pone también de manifiesto que el control difuso sólo excepcionalmente comporta una declaración de inconstitucionalidad de la norma, limitándose sus efectos al caso concreto. Sería pretencioso por mi parte avanzar una valoración más detallada de las implicaciones de este trabajo.

Me queda felicitar a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación por la convocatoria del premio. Su prestigio lo recibe de la calidad de los trabajos presentados que no desmerecen de los realizados en el seno de la propia Academia. Dejo constancia de ello junto con mi felicitación a la Academia y a los premiados.

He dicho.



**IN MEMORIAM**  
**DEL EXCMO. SR. D. JOSÉ BERMEJO VERA**

Por el  
Excmo. Sr. D. Ramón Salanova Alcalde

El día 23 de julio de 2019 falleció José Bermejo Vera, Catedrático emérito de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y Académico de número de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Su muerte, a los 73 años, fue totalmente inesperada, pues ocurrió, víctima de un infarto, mientras disputaba un partido de fútbol en Pinseque, formando parte de su equipo habitual, Veteranos Universidad.

Había nacido en Zaragoza en 1946, donde cursó sus estudios universitarios, licenciándose en Derecho (promoción 1963-68) con Premio Extraordinario y obteniendo el Doctorado con su tesis sobre “Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de Renfe.”. Desde 1983 ha sido Catedrático de Derecho Administrativo en Zaragoza, siendo un miembro destacado de la escuela de Eduardo García de Enterría.

Con una profunda vocación docente, plasmó sus enseñanzas en obras como su “Derecho Administrativo básico” o su “Derecho administrativo. Parte especial” (director y coautor), con numerosas ediciones. En su faceta investigadora, que le llevó a formar parte en diversos equipos y materias, dirigió el primer estudio sistemático del Estatuto de Autonomía de Aragón, en 1985, así como un posterior Tratado de Derecho Público aragonés (2010). Su gran afición al deporte le llevó a ser una autoridad en materia de Derecho deportivo, con obras como “Constitución y Deporte” (1998) y participación en proyectos legislativos en la materia. El interés por temas jurídicos muy diversos lo reflejó en una serie considerable de libros y artículos. Y, como maestro, deja un selecto grupo de excelentes discípulos.

Elegido miembro de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, pronunció su discurso de ingreso como Académico de número el 6 de abril de 2005, sobre el tema “El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural”, al que contestó el profesor García de Enterría. Ha sido varios años miembro de la Mesa de Gobierno de la Academia y ha tenido una activa participación en sus debates y acuerdos.

En el momento de su muerte, era Presidente del Consejo Consultivo de Aragón, superior órgano consultivo del Gobierno de la Comunidad Autónoma, cargo que desempeñaba desde 2017.

Este importante bagaje intelectual, su sólida formación y criterio, su vitalidad y su entusiasmo hace que en la Academia Aragonesa sintamos su ausencia y guardemos un agradecido recuerdo a su memoria. Y que reiteremos nuestro pésame más sincero a su familia, en particular a su esposa, María Victoria Latre, y a sus hijos Lorena y José Luis, este último destacado continuador de la obra de su padre como Profesor de Derecho Administrativo.



