

ANALES

DE LA REAL ACADEMIA SEVILLANA
DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA



VOLUMEN II
1996-1998

ANALES DE LA REAL ACADEMIA
SEVILLANA DE
LEGISLACION y JURISPRUDENCIA

Volumen II

Cursos Académicos

1996-1998



SEVILLA

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transcribirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de los autores.

Edita: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia
© Los autores
Depósito Legal: GR.-914/2003
Impresión: Editorial Comares, Albolote (Granada)

SUMARIO

I. CONTENIDO DE ESTE VOLUMEN.....	7
II. PALABRAS DEL ILUSTRE SEÑOR PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DON ÁNGEL OLAVARRÍA TÉLLEZ, EN EL ACTO DE APERTURA DEL CURSO 1997-1998 ANGEL OLAVARRÍA TÉLLEZ.....	8
III. MEMORIA DE ACTIVIDADES DE LOS CURSOS 1996- 1997 Y 1997-1998.....	12
FRANCISCO MARÍA BAENA BOCANEGRA	
IV. IN MEMORIAM DE JOAQUÍN LANZAS.....	26
MANUEL OLIVENCIA RUIZ E IGNACIO CASADO DE CEPEDA	
COMENTARIO A LOS DECRETOS 1558/92 Y 2.537/94 SOBRE COLABORACIÓN ENTRE NOTARIOS Y REGISTRADORES PARA SEGURIDAD DEL TRÁFICO INMOBILIARIO.....	44
JOAQUÍN LANZAS GALVACHE	
V. SESIÓN NECROLÓGICA EN RECUERDO DEL ILUSTRE SR. D. JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN.....	85
MANUEL CLAVERO ARÉVALO Y JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO	
NOTAS SOBRE LA PRIMERA ACADEMIA SEVILLANA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.....	92
JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN	

VI. PONENCIAS:

En torno a la publicidad procesal y el secreto sumarial120

FRANCISCO MARÍA BAENA BOCANEGRA

Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia en 1996

Diagnosis de la politización del Juez140

FRANCISCO DE PAULA PIÑERO CARRIÓN

Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia del día 4 de noviembre de 1996

En torno a un supuesto de prejudicialidad administrativa en el proceso penal156

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS

Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia del día 3 de febrero de 1997

La Reforma del Derecho Concursal (el largo "ante" de un proyecto)180

MANUEL OLIVENCIA RUIZ

Conferencia inaugural del Curso 1996-1997 en la Academia Sevillana del Notariado y del Ciclo en Homenaje a Joaquín Lanzas Galvache

Las piezas de caza y su propiedad201

FRANCISCO CUENCA ANAYA

Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia del día 2 de mayo de 1997

La reforma de la financiación autonómica para el quinquenio 1997-2001230

JAVIER LASARTE ÁLVAREZ

Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia del día 7 de julio de 1997

Investidura institucional de Jueces y Magistrados248

JOAQUÍN SALVADOR RUIZ PÉREZ

Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia del día
3 de noviembre de 1997

*La Tutela Cautelar en la Normativa vigente y el Borrador-
Anteproyecto de Reforma de la L.E.C., publicado por el
Ministerio de Justicia en abril de 1997*261

BERNARDO-JOSÉ BOTELLO GÓMEZ

Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia del día
12 de enero de 1998

El asedio informático a las libertades282

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia del día
2 de febrero de 1998

Ideas jurídicas de los Clásicos españoles de la Edad de Oro....307

JOSÉ F. ACEDO CASTILLA

Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia del día
2 de marzo de 1998

*El arrendamiento de terrenos de regadío para la plantación y
aprovechamiento de árboles frutales y la legislación sobre
arrendamientos rústicos*330

IGNACIO CASADO DE CEPEDA

Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia del día
1 de abril de 1998

I

CONTENIDO DE ESTE VOLUMEN

Este segundo volumen de los Anales de la Academia va referido cronológicamente a los actos celebrados durante los Cursos Académicos 1996-1997 y 1997-1998.

En cuanto a los discursos de ingreso de los Señores Académicos, producidos a lo largo de estos años, no figuran en estos Anales, puesto que son objeto de publicación separada.

JOSÉ M.^a GARCÍA MARÍN
Director de los Anales

II

PALABRAS DEL ILUSTRE SEÑOR
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA, DON
ÁNGEL OLAVARRÍA TÉLLEZ EN EL ACTO
DE APERTURA DEL CURSO 1997-1998

EXCMOS. E ILTMOS. SRES., ILUSTRES SEÑORES
ACADEMICOS, SEÑORAS Y SEÑORES:

Con el acto que estamos celebrando da comienzo esta Real Academia al Curso 1997-1998. Parece oportuno hacer, en las breves palabras que voy a pronunciar, un resumen de nuestras actividades durante el curso pasado.

Se inauguró dicho curso el día 4 de Octubre de 1996 con unos actos en Memoria y Homenaje al Académico fallecido Don Joaquín LANZAS GALVACHE: una Santa Misa en la Iglesia de San Antonio Abad y un acto en este mismo salón con la intervención de los Académicos Don Manuel OLIVENCIA RUIZ y Don Ignacio CASADO DE CEPEDA.

Desde hace ya algún tiempo viene celebrando esta Academia, mensualmente, sesiones privadas, en las que por los Académicos se presentan y se discuten importantes ponencias.

En el curso que finalizó las ponencias fueron las siguientes:

-Don Francisco de PAULA PIÑERO CARRIÓN:
Diagnosis de la politización del Juez.

- Don Ignacio CASADO DE CEPEDA: El arrendamiento de terrenos de regadío para la plantación y aprovechamiento de árboles frutales y la legislación sobre arrendamientos rústicos.

- Don Pedro Luis SERRERA CONTRERAS: *En torno a un supuesto de prejudicialidad administrativa en el proceso penal.*

- Don Manuel OLIVENCIA RUIZ: *El proyecto de reforma del Derecho Concursal.*

- Don Francisco CUENCA ANAYA: *Notas para un Derecho comparado autonómico de caza.*

- Don Javier LASARTE ÁLVAREZ: *El Defensor del Contribuyente.*

Estas ponencias de elevado interés y alto tratamiento jurídico serán oportunamente editadas, junto con la de cursos anteriores, por esta Corporación.

En su conexión con Entidades afines estuvo ésta Academia representada en el Congreso de Academias de Jurisprudencia Iberoamericanas celebrado en el mes de octubre de 1996; en la segunda reunión de Academias Asociadas, convocadas por el Instituto de España en Noviembre del mismo año; en el pleno del Instituto de Academias de Andalucía celebrado en la Sede de la Real Academia de Ciencias, Bellas Artes y Buenas Letras Vélez de Guevara en la Ciudad de Écija.

Siguiendo el camino iniciado son varias las actuaciones que nos proponemos llevar a cabo:

Habiendo tomado ya posesión como Académicos Numerarios todas las personas designadas como tales, procede y así esperamos llevarlo a efecto, realizar nuevos nombramientos con el fin de completar los veintiocho Académicos de dicha categoría que conforme a nuestros Estatutos pueden integrar ésta Corporación. Tales nombramientos es seguro aumentarán la vitalidad y el prestigio de la misma.

Igualmente esperamos seguir celebrando las sesiones privadas a que he hecho anterior referencia y que también habrán de ser objeto de publicación.

Sin perjuicio de otros cursos que tenemos propósito de celebrar, están ya programados dos de alto interés jurídico: uno sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada que dirigirá el Académico señor JIMÉNEZ SÁNCHEZ, y otro sobre el Jurado bajo la dirección del también Académico Don Francisco María BAENA BOCANEGRA. En ellos impartirán las conferencias tanto Académicos como prestigiosas figuras no incorporadas a ésta Institución.

Asimismo, convocaremos un premio sobre ensayos jurídicos, cuyas bases se publicarán de manera inmediata; siendo nuestro propósito poderlo conceder anualmente.

Confiamos y tenemos la esperanza de que todo ello llegue a feliz término.

Nada mas señores. Mi agradecimiento por su asistencia a este Acto.

En nombre de su Majestad El Rey de España declaro abierto el curso 1997-1998 de esta Real Academia.

III

MEMORIA DE ACTIVIDADES
DE LOS CURSOS 1996-1997 Y 1997-1998

PRESENTACIÓN

La Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, por mandato expreso recogido en el artículo 37 de sus Estatutos, viene obligada a celebrar en el mes de febrero de cada año Junta General Ordinaria, en la que han de someterse a aprobación las cuentas de ingresos y gastos del ejercicio anterior, la del presupuesto para el ejercicio anterior, la del presupuesto para el ejercicio que comienza y la Memoria del Curso Académico transcurrido.

La Junta de Gobierno de esta Real Corporación, en reunión celebrada el día 15 de enero de 1998, adoptó el acuerdo de celebrar Junta General Ordinaria el 2 de febrero de 1998, a las 20 horas, con el siguiente Orden del Día:

1.º Aprobación, si procede, de las cuentas de ingresos y gastos del ejercicio 1997, el presupuesto para el ejercicio que comienza y la Memoria correspondiente al Curso Académico 1996-1997.

2.º Ruegos y preguntas.

El Secretario que suscribe, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31, apartado d) de los Estatutos, presenta la Memoria de las actividades realizadas, y que somete para la aprobación, en su caso, a la Junta General de Académicos Numerarios, como órgano supremo de esta Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

En Sevilla, a 2 de febrero de 1998.

MEMORIA DE ACTIVIDADES

SUMARIO: I.-Apertura del Curso Académico 1996-1997. II.-Sesiones privadas. III.-Juntas de Gobierno. IV.-Otros asuntos de interés. Conclusión.

I. APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 1996-1997

El día 6 de octubre de 1996, bajo la presidencia del Ilustre Señor D. Ángel OLAVARRÍA TÉLLEZ, así como de otros Presidentes de distintas Academias Sevillanas y numeroso público, tuvo lugar en el Salón de Actos del Ilustre Colegio Notarial la sesión pública y solemne de Apertura del Año Académico, sesión en memoria y homenaje al Ilustre Señor D. Joaquín LANZAS GALVACHE, Académico Numerario de esta REAL CORPORACIÓN Y titular de la Medalla número 5, fallecido el día 26 de septiembre de 1995, cuando contaba sesenta y cinco años de edad. En su recuerdo pronunciaron sendos discursos los Académicos Numerarios Ilustres Señores D. Manuel OUVENCIA RUIZ y D. Ignacio CASADO DE CEPEDA. Cerró el acto con una emocionada alocución el Ilustre Señor Presidente D. Ángel OLAVARRÍA TÉLLEZ.

Previamente tuvo lugar la Santa Misa en la Iglesia de San Antonio Abad de Sevilla. A dichos actos asistió y ocupó lugar preferente Dña. Consuelo MARTÍN CARVAJAL, viuda del compañero y amigo Señor LANZAS GALVACHE.

Con anterioridad, el día 4 de octubre, los Académicos y con ocasión de la Apertura de Curso, se reunieron en una Cena de Confraternidad.

II. SESIONES PRIVADAS

Esta **REAL CORPORACIÓN**, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 40 de sus Estatutos, a lo largo del año académico y, específicamente, del año natural a que corresponde esta Memoria, ha celebrado Sesiones Privadas generalmente los primeros lunes de cada mes, con las obligadas excepciones de organización y vacaciones estivales. En el presente curso han tenido lugar las siguientes intervenciones: D. Francisco María BAENA BOCANEGRA, en la segunda sesión de su ponencia sobre «En torno a la publicidad del proceso y el secreto sumarial», ya publicada en el volumen I de los *ANALES* (7 de octubre de 1996); D. Francisco de Paula PIÑERO CARRIÓN disertó sobre el tema «Diagnosis de la politización del Juez» (4 de noviembre de 1996); D. Ignacio CASADO DE CEPEDA, en primera sesión, sobre «El arrendamiento de terrenos de regadío para la plantación y aprovechamiento de árboles frutales y la legislación sobre arrendamientos rústicos» (2 de diciembre de 1996); D. Pedro Luis SERRERA CONTRERAS sobre «En torno a un supuesto de prejudicialidad administrativa en el proceso penal» (3 de febrero 1997); D. Manuel OLIVENCIA RUIZ que expuso «El proyecto de reforma del Derecho Concursal» (3 de marzo de 1997), cuyo texto ya ha sido publicado por la Academia Sevillana del Notariado; D. Francisco CUENCA ANAYA que dictó su ponencia sobre «Las piezas de caza y su propiedad» (2 de mayo de 1997); D. Javier LASARTE ÁLVAREZ que disertó sobre «La reforma de la financiación autonómica» (7 de julio de 1997).

III. JUNTAS DE GOBIERNO

La Junta de Gobierno, como máximo órgano rector de esta **REAL CORPORACIÓN**, se ha reunido periódicamente, habiendo adoptado, entre otros acuerdos, los siguientes:

- * Aprobar la publicación de los discursos pronunciados con ocasión de la Apertura del Curso Académico 1996-1997 en

- homenaje del Académico del Número Sr. LANZAS GALVACHE, así como un trabajo del mismo y una reseña bibliográfica de sus obras (28/10/96).
- * Aprobar el proyecto del Reglamento de esta REAL CORPORACIÓN elaborado por la Comisión en su día designada al efecto e integrada por los Sres. CARRILLO SALCEDO, SERRERA CONTRERAS Y OLIVENCIA RUIZ (28/10/96).
 - * Aprobar la propuesta de que la Memoria Académica refleja el Curso Académico, es decir comprenda desde el día 1 de septiembre de cada año al 31 de agosto del año siguiente (3/7/97).
 - * Aprobar la celebración de los siguientes Cursos y ponentes:
 - *Curso sobre Sociedades Limitadas*: Director Sr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ; impartirán las conferencias los Académicos Numerarios Sres. OLIVENCIA RUIZ, JIMÉNEZ SÁNCHEZ y un tercer Académico que designará el Director, entre los Sres. MAGARIÑOS, CUENCA y LEÑA; como conferenciante invitado el Por. D. IGNACIO LOJENDIO.
 - *Curso sobre el Jurado*: Director D. Francisco María BAENA BOCANEGRA; impartirán las conferencias los Académicos Numerarios Sres. BOTELLO GÓMEZ y BAENA BOCANEGRA; como conferenciante invitado, el Prof. D. JOAN QUERALT (3/7/97).
 - * Aprobar la concesión anual de un premio sobre ensayos jurídicos (3/7/97).
 - * Aprobar el calendario para la designación de Académicos Numerarios, según el siguiente detalle:
 - En el mes de octubre, o en su caso noviembre de 1997 y previa convocatoria de la preceptiva Junta General Extraordinaria, se determinarán los candidatos a las plazas correspondientes a las Medallas núms. 24 y 25.
 - En el primer cuatrimestre de 1998, se convocará nueva Junta General Extraordinaria para proveer la determinación de dos

plazas más, a saber las correspondientes a las medallas 26 y 27.

- * Aprobar el patrocinio de la edición de una obra sobre la regulación jurídica de la caza en España, de la que es autor el Académico Numerario D. Francisco CUENCA ANAYA.

IV. OTROS ASUNTOS DE INTERÉS

Igualmente la Junta de Gobierno de esta REAL CORPORACIÓN tomó los siguientes acuerdos:

- * Designar al Ilustre Sr. Presidente D. Ángel OLAVARRÍA TÉLLEZ para representar a esta REAL ACADEMIA en los actos del Congreso de Academias de Jurisprudencia Iberoamericanas a celebrar en Madrid entre los días 9 al 11 de octubre de 1996.
- * Designar al Sr. Secretario D. Francisco María BAENA BOCANEEGRA para representar a esta ACADEMIA, en la II Reunión de Academias Asociadas, convocadas por el INSTITUTO DE ESPAÑA (Madrid, noviembre de 1996).
- * Designar al Sr. Presidente y al Sr. Secretario para asistir al Pleno del INSTITUTO DE ACADEMIAS DE ANDALUCÍA celebrado el día 21 de noviembre de 1996 en la ciudad de Écija (Sevilla), en la sede de la Real Academia de Ciencias, Bellas Artes y Buenas Letras «Vélez de Guevara», acto en el que el INSTITUTO DE ESPAÑA estuvo representado por su Secretario General D. Pedro GARCÍA BARRENO.

CONCLUSIÓN

Éstas han sido a grandes rasgos, salvo error u omisión, las principales actividades de la REAL ACADEMIA SEVILLANA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA durante el Curso 1996-97, siendo importante destacar el fortalecimiento de la vida

académica, como reflejo de la voluntad común de alcanzar y cumplir los fines que la inspiran.

Sevilla a 2 de febrero de 1998 El Secretario, Francisco
María BAENA BOCANEGRA

PRESENTACIÓN

La Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, por mandato expreso recogido en el artículo 37 de sus Estatutos, viene obligada a celebrar en el mes de febrero de cada año Junta General Ordinaria, en la que han de someterse a aprobación las cuentas de ingresos y gastos del ejercicio anterior, la del presupuesto para el ejercicio anterior, la del presupuesto para el ejercicio que comienza y la Memoria del Curso Académico transcurrido.

La Junta de Gobierno de esta Real Corporación, en reunión celebrada el día 12 de abril de 1999, adoptó el acuerdo de celebrar Junta General Ordinaria el día 10 de mayo de 1999, a las 20 horas, con el siguiente Orden del Día:

1.º Aprobación, si procede, de las cuentas de ingresos y gastos del ejercicio 1998, el presupuesto para el ejercicio que comienza y la Memoria correspondiente al Curso Académico 1997-1998.

2.º Ruegos y preguntas.

El Secretario que suscribe, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31, apartado d) de los Estatutos, presenta la Memoria de las actividades realizadas, y que somete para la aprobación, en su caso, a la Junta General de Académicos Numerarios, como órgano supremo de esta Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

En Sevilla, a 10 de mayo de 1999.

MEMORIA DE ACTIVIDADES

SUMARIO: En su recuerdo. I.-Apertura del Curso Académico 1997-1998. II.- Designación de nuevos Académicos. III.-Sesiones privadas. IV.- Juntas de Gobierno. V.-Cursos y Conferencias. VI.-Otros asuntos de interés. Conclusión.

En su recuerdo

El día 22 de noviembre de 1997, a los 64 años de edad falleció nuestro compañero Ilustre Señor D. José MARTÍNEZ GIJÓN, Catedrático de Historia del Derecho y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, que ostentaba la Medalla núm. 11 de esta REAL CORPORACIÓN.

Desde su incorporación y como Vicepresidente de la Sección Cuarta, con extraordinaria ilusión colaboró y desarrolló una fecunda labor en orden al engrandecimiento de esta REAL ACADEMIA, entre otros, investigando los antecedentes históricos de este Colegio, como ponente en los informes que le fueron confiados y, últimamente, materializando el proyecto de publicación de los Anales, para el que fue designado Director y coordinador, a cuyo frente y pese a su delicado estado de salud permaneció hasta fecha reciente a su fallecimiento.

Con profundo dolor y tristeza, todos sentimos la ausencia definitiva de nuestro querido compañero, modelo de profesor, jurista y hombre de fé.

I. APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 1997-1998

El día 16 de noviembre de 1997, bajo la presidencia del Ilustre Señor D. Ángel OLAVARRÍA TÉLLEZ, así como de otros Presidentes de distintas Academias sevillanas y numeroso público, tuvo lugar en el Salón de Actos del Ilustre Colegio Notarial la sesión pública y solemne de Apertura del Año Académico, con cuya ocasión leyó su discurso de ingreso el Ilustre Sr. D. Rafael LEÑA FERNÁNDEZ sobre *La imposible defensa del honor en la publicación mediática de los procesos penales* siendo contestado en nombre de la REAL CORPORACIÓN por el Académico de número Ilustre Sr. D. Victorio MAGARIÑOS BLANCO. Finalizó el acto con un discurso del Ilustre Sr. Presidente en el que puso de relieve los actos más relevantes acaecidos en el Curso anterior 1996-97.

Previamente, a las 11 horas de la mañana, tuvo lugar la Santa Misa en el Oratorio de la sede Provincial de Cruz Roja Española de Sevilla, con asistencia de Autoridades, Académicos, y público en general

II. DESIGNACIÓN DE NUEVOS ACADÉMICOS

La Junta de Gobierno de esta **REAL CORPORACIÓN** en sesión celebrada el día 27 de septiembre de 1997, adoptó la decisión de convocar Junta General Extraordinaria para determinar la provisión de dos plazas de Académico Numerarios, a saber, las correspondientes a las meedabas números 24 y 25, Pleno que tuvo lugar el día 24 de noviembre de 1997, en el transcurso del cual se adoptaron diversos acuerdos en relación con la presentación de candidaturas y votación de los candidatos.

El día 18 de diciembre de 1997 tuvo lugar la Junta General Extraordinaria para la elección de los nuevos Académicos y, previa lectura por el Secretario de las candidaturas presentadas, se procedió a la votación, resultando elegidos D. Alfredo FLORES PÉREZ y D. Ángel LÓPEZ y LÓPEZ, a quienes se le asignaron las Medallas números 24 y 25, respectivamente.

III. SESIONES PRIVADAS

Esta REAL CORPORACIÓN, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 40 de sus Estatutos, a lo largo del año académico y, específicamente, del año natural a que corresponde esta Memoria, ha celebrado Sesiones Privadas generalmente los primeros lunes de cada mes, con las obligadas excepciones de organización y vacaciones estivales. En el presente curso han tenido lugar las siguientes intervenciones: D. José MARTÍNEZ GIJÓN que desarrolló el tema *Notas sobre la primera Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia* (6 de octubre de 1997); D. Joaquín Salvador RUIZ PÉREZ, que disertó sobre *Investidura institucional de Jueces y Magistrados* (3 de noviembre de 1997); D. Bernardo José BOTELLO GÓMEZ, que expuso la ponencia *La tutela cautelar* (12 de enero de 1998); D. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, sobre *Asedio informático a las libertades* (2 de febrero de 1998); D. José ACEDO CASTILLA, sobre *Ideas jurídicas de los clásicos españoles de la Edad de Oro* (2 de marzo de 1998); D. Ignacio CASADO DE CEPEDA, sobre *El arrendamiento de terrenos de regadío para la plantación y aprovechamiento de árboles frutales y la legislación sobre arrendamientos rústicos* (1 de abril de 1998). Las referidas conferencias se vieron enriquecidas con los coloquios que las seguían, con participación de todos los asistentes.

El día 13 de abril de 1998, la Sección Tercera de esta REAL CORPORACIÓN presentó al Pleno académico los trabajos elaborados en relación con la «tutela cautelar» en el proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo al encargo recibido en su día. Presentaron sus ponencias los Ilustres Académicos miembros de dicha Sección, D. Bernardo José BOTELLO, D. Francisco DE PAULA PIÑERO Y D. Pedro Luis SERRERA. Tras un amplio cambio de impresiones, por acuerdo unánime de la Mesa, se decidió continuar el debate para la siguiente sesión a celebrar el día 4 de mayo, dándose instrucciones al Sr. Secretario a fin de que previamente se distribuyera entre los

Académicos los trabajos presentados y antecedentes del proyecto legislativo.

IV. JUNTAS DE GOBIERNO

La Junta de Gobierno, como máximo órgano rector de esta REAL CORPORACIÓN, se ha reunido periódicamente, siendo de reseñar que la celebrada el día 26 de septiembre de 1997, con carácter extraordinario y como homenaje al Ilustre Sr. D. José MARTÍNEZ GIJÓN miembro de la misma, tuvo lugar en la Facultad de Derecho de Sevilla, y precisamente en su despacho de Decano, al que diariamente acudía pese a su delicado estado de salud, gesto que él agradeció con entrañables palabras a los demás miembros de la Junta allí presentes.

En las Juntas de Gobierno celebradas, entre otros acuerdos, se han adoptado los siguientes:

- * Designar al Académico Sr. PÉREZ LUÑO, Director y Coordinador de los *Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia* (27 de septiembre de 1997).
- * Colaborar en la publicación de un libro en Homenaje conjunto a los Registradores de la Propiedad fallecidos, D. Luis SELVA SÁNCHEZ y D. Joaquín LANZAS GALVACHE, este último Académico de Número que fue de esta REAL CORPORACIÓN (27 de septiembre de 1997).

V. CURSOS Y CONFERENCIAS

Durante los días 28 y 29 de enero de 1998 y en colaboración con la Fundación «El Monte», se celebró el Ciclo de Conferencias sobre *Nuevo Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, en las que intervinieron como ponentes el Prof. Dr. D. Ignacio MARÍA DE LOJENDIO y OSBORNE, que desarrolló el tema «Las aportaciones sociales» y los Académicos de esta CORPORACIÓN, D. Manuel

OLIVENCIA RUIZ, que expuso el tema «Rasgos definitorios del tipo», D. Victorio MAGARIÑOS BLANCO, sobre «La transmisión de las participaciones sociales», y D. Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, que disertó sobre «Los órganos sociales». Las conferencias tuvieron lugar en el Salón de Actos del Ilustre Colegio Notarial, celebrándose al final de las mismas animados coloquios con intervención de los asistentes. Dado que este ciclo de conferencias, con participación de miembros de esta REAL ACADEMIA, ha sido publicado por la Fundación «El Monte», no se ha considerado oportuno que aquellas vuelvan a ser dadas a conocer en esta sede.

El día 22 de febrero de 1998 con asistencia de numeroso público, tuvo lugar sesión necrológica en recuerdo y homenaje al Ilustre Señor D. José MARTÍNEZ GIJÓN, que contó con la presencia de su señora viuda e hijo. En el acto intervinieron los Académicos de Número Ilustres Señores D. Manuel CLAVERO ARÉVALO y D. Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, que hicieron el laudatorio del querido compañero, cerrando el acto el Sr. Presidente, con emocionadas y sentidas palabras en recuerdo de tan querido y admirado Académico.

VI. OTROS ASUNTOS DE INTERÉS

Igualmente la Junta de Gobierno de esta REAL CORPORACIÓN tomó los siguientes acuerdos:

- * Celebrar la reunión de la Junta de Gobierno señalada para el día 27 de septiembre de 1997, en el despacho del Decanato de la Facultad de Derecho como homenaje a D. José MARTÍNEZ GIJÓN, dado su delicado estado de salud reunión en la que, entre otros asuntos, se decidió convocar Junta General Extraordinaria para determinar la provisión de dos plazas de Académico Numerario, a las que se asignarían las Medallas números 24 y 25.

- * Designar al Sr. Secretario para asistir a los actos de apertura de Curso de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña a celebrar en Barcelona, los días 11 y 12 de diciembre de 1997.
- * Al acto solemne de constitución de la Real Academia de Medio Ambiente que tuvo lugar en el Real Monasterio de la Isla de la Cartuja asistieron el Ilustre Sr. Presidente D. Ángel OLAVARRÍA TÉLLEZ y el Vicepresidente D. Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ.
- * El día 18 de abril de 1998 tuvo lugar en Córdoba y en la sede de la Real Academia de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes de dicha ciudad, el acto de celebración del Día del Instituto que anualmente convoca el Instituto de Academias de Andalucía, a cuyo acto asistieron el Ilustre Sr. Presidente D. Ángel OLAVARRÍA TÉLLEZ y el Secretario D. Francisco María BAENA BOCANEGRA. En dicho acto, disertó el Excmo. Sr. D. Joaquín CRIADO COSTA sobre «Poesía de granito y jara: Juana Castro».

CONCLUSIÓN

Éstas han sido a grandes rasgos, salvo error u omisión, las principales actividades de la REAL ACADEMIA SEVILLANA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA durante el Curso 1997-98, siendo importante destacar el fortalecimiento de la vida académica, como reflejo de la voluntad común de alcanzar y cumplir los fines que la inspiran.

Sevilla a 10 de mayo de 1999

El Secretario,

Francisco María BAENA BOCANEGRA

IV

IN MEMORIAM DE JOAQUÍN LANZAS

Nuestra Academia rinde hoy tributo de homenaje a la memoria del primero de sus miembros separado por la muerte: el Ilustre Señor D. Joaquín LANZAS GALVACHE, Registrador Mercantil de Sevilla.

La «inmortalidad» académica no pasa de ser un tropo, para expresar retóricamente que la memoria permanece, más allá de la duración de la vida del hombre. El recuerdo de Joaquín LANZAS no sólo se mantendrá en quienes tuvimos la dicha de conocerle, sino que la evocarán para siempre las crónicas de nuestra Academia, que, como persona jurídica, goza de una esperanza de vida muy superior a la de sus miembros. La memoria, aunque frágil, es menos efímera que la vida, sobre todo si se apoya en la obra, en los méritos, en las huellas que dejó el paso del finado por la tierra.

Quienes fuimos amigos y compañeros de Joaquín LANZAS guardaremos siempre, entrañablemente, el gozo de su memoria y el dolor de su pérdida. Era, en posesivo, «nuestro», nuestro amigo, nuestro compañero. La muerte deja «vivencias» del pasado y abre un vacío en el presente y en el futuro, que nunca se colmará. Se cubrirá la «vacante» que en el seno de la Corporación dejó el Académico, pero jamás el vacío que en nosotros abrió la pérdida del amigo y del compañero.

Se me ha encomendado hablar en este acto, en nombre de la Academia y para glosar la obra y los méritos académicos de Joaquín LANZAS; pero es imposible preterir los sentimientos de cariño -como tales, subjetivos- para tratar «objetivamente» de una obra, tan rica en contenidos y en matices, que sólo un conocimiento personal de su autor puede permitir valorar en sus justos términos. Vayan, pues, por delante, los sentimientos de la cordial amistad que con Joaquín LANZAS me unió desde que nuestros destinos (administrativos) nos unieron en Sevilla. Pero ya antes estábamos unidos por vínculos que Joaquín LANZAS invocaba con tanta razón como frecuencia: nacidos el mismo año y en la misma provincia, ganamos nuestras respectivas oposiciones también en igual año (1960), para coincidir

finalmente en la misma ciudad en parejas actividades. Era el sino de una generación, la de «los niños de la guerra», mejor en plural, de «unas guerras» que no hicimos, que padecimos y que marcaron nuestra infancia y nuestra adolescencia, educadas más en la austeridad que en la abundancia; en las privaciones, más que en el «consumismo»; en la disciplina de las obligaciones y de los deberes, más que en las libertades, en los derechos y facultades; en el trabajo, más que en el ocio. Por eso, las «oposiciones» eran la clave de nuestro horizonte vital y el triunfo en ellas, una nueva convocatoria para el servicio público, para el trabajo.

Muchas veces hablamos Joaquín LANZAS y yo de aquellas experiencias, vividas por separado, pero en el mismo escenario, junto a los mismos protagonistas, con idéntico telón de fondo. Las coincidencias no eran exclusivamente generacionales, sino profesionales. Nuestras dedicaciones, también inicialmente separadas, se encontraron en el cruce de caminos de «lo mercantil», un adjetivo que para nosotros estaba lavado de las impurezas económicas que acusa el sentido peyorativo del vocablo, porque significaba un punto de encuentro de vocaciones profesionales en el estudio y en la práctica del Derecho.

Joaquín LANZAS era un ejemplar Registrador Mercantil; ante todo, un ejemplar Registrador, servidor del Estado y del Derecho en el ejercicio de la función pública registral; primero, de la propiedad, después mercantil. Un Registrador de sólida formación y de fino olfato jurídico; reflexivo en el estudio y rápido en la crítica; apasionado en el trabajo y en la dialéctica argumental de sus convicciones. También en el orden de prioridad de su formación, la hipotecaria precedía a la mercantil, en orden temporal; pero en ambas especialidades jurídicas alcanzó el merecido prestigio de autoridad.

Joaquín LANZAS era de los Registradores que hacen de su oficio un observatorio de la realidad y un laboratorio de estudio, interpretación y aplicación del Derecho. Al Registro fluye la realidad reflejada en documentos, elaborada ya por profesionales del Derecho, Abogados y Notarios, fundamentalmente; pero es el Registrador quien ha de «calificar»,

de pronunciarse sobre la adecuación entre aquel reflejo documental y el Derecho, es decir, los conceptos contenidos en la norma. Esa función de adecuación entre realidad y Derecho es una labor jurídica eminente, en la que el Registrador aparece como artífice -porque hay algo de «creador» en esa obra- y *pontífice*, constructor de puentes entre las orillas de la norma y de la vida social.

Creo que esa misión se aprecia tanto en el Registro de la Propiedad como en el Mercantil, pero, sin duda por mi cercanía, la percibo mejor en este último, al que acceden protagonistas y actos de un tráfico más dinámico, vivo y rápido que el inmobiliario. Esa realidad fluida, abierta y multiforme, constituye la materia prima sobre la que el Registrador mercantil trabaja y a la que ha de encajar en los moldes del Derecho especial que la regula, también ágil y dinámico. No es extraño que el profesional del Derecho que ejerce esa función se sienta atraído por su oficio, por la materia sobre la que actúa y por los instrumentos de su arte. Y Joaquín LANZAS era un Registrador Mercantil enamorado apasionadamente de su oficio, entregado a él con la conciencia de que su función era instrumento de seguridad y de justicia, no rémora del normal desarrollo de la actividad negocial. Y la misma apasionada entrega le llevó al estudio del Derecho que debía interpretar y aplicar en garantía del recto ejercicio de aquella función.

Le complacía contrastar su calificación con otras opiniones, contraponer argumentos y debatir criterios, tanto más cuanto más valoraba los conocimientos del contradictor, compañero, Abogado o Notario. Por eso, primero calificaba al interlocutor: si le reconocía autoridad, provocaba y prolongaba el debate; si no, prestaba su ayuda al que la había menester, con el consejo y el ejemplo.

Fruto de su trabajo no son sólo sus servicios en los Registros a su cargo, sino una producción doctrinal abundante, en número y en calidad. Es el resultado de una reflexión profunda, de estudio del Derecho, que parte de la práctica y se elabora en la teoría, es decir, en la buena doctrina, para volver a la práctica.

Siempre he combatido la artificiosa distinción entre teoría y práctica como esferas separadas e inconexas en el universo del Derecho: ni el teórico que ignora la práctica, ni el práctico que desconoce la teoría pueden calificarse de juristas. El jurista ha de saber y a la vez, saber hacer. El Registrador mercantil que no supiese, a la vez, teoría y práctica del Derecho sería incapaz de ejercer su función. Cuando la reflexión teórica del Derecho se plasma en obras escritas y publicadas, se alumbra la doctrina. Ciertamente que, como escribía FEDERICO DE CASTRO en su *Derecho Civil de España* (1, 3.^a ed., Madrid, 1955, pág. 572), la especialidad de la doctrina jurídica está en que «no es abstractamente científica y teórica», sino que «actúa sobre la realidad, orientándola en un determinado sentido; tiene carácter práctico».

Es lo que Joaquín LANZAS expresa en el título de su obra más significativa: *Comentarios prácticos a la L.S.A. y R.R.M.* en lo aplicable a dicho tipo societario (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, 416 págs.). Quizás en su intención había algo más de modestia, para subrayar el sentido «útil» de la obra sobre el dogmático; pero lo que el libro encierra es buena doctrina, que por eso es de utilidad. Hay en su obra agudeza en la interpretación de las normas legales y reglamentarias, exacto conocimiento y buen manejo de los conceptos jurídicos, enfocados hacia la aplicación «práctica» de las normas.

Fue la reforma de nuestro Derecho de Sociedades en 1989 la que atrajo el interés de Joaquín LANZAS, como buen jurista, atento a la realidad y el cambio del Derecho nuevo y así lo prueba el trabajo que publicó en Abril de 1990 en el Boletín de Estudios Económicos, de la Asociación de Licenciados en Ciencias Económicas por la Universidad de Deusto, Bilbao: “El RRM. y la Ley de Reforma (RD. 1.597/ 1989, de 29 de diciembre, en relación con la L. 19/89 de 25 de julio y el RD.L. 1.564/89, de 22 de diciembre)”.

No puedo hacer ni siquiera una relación de las abundantes publicaciones de Joaquín LANZAS, pero tampoco omitir una que

me es especialmente predilecta, porque fui testigo de su exposición oral en el Seminario que sobre el régimen jurídico de las S.A., dedicamos en homenaje al Prof. BROSETA en Valencia, en junio de 1993. Me refiero al trabajo sobre «Las anotaciones preventivas y las S.A.», publicado en RDM, núm. 1 210, 1993, págs. 1309-1362, y en el volumen que bajo el título «Estudios Jurídicos sobre la S.A.» (Madrid, 1995, págs. 219-317) recogió las ponencias de aquel Seminario, que tuve el honor de dirigir y, al menos, el acierto de enriquecer con la participación de Joaquín LANZAS junto a otros eminentes juristas (DE LA CÁMARA, DÍEZ PICAZO, GALGANO, SÁNCHEZ CALERO, R. JIMÉNEZ DE PARGA, MENÉNDEZ, ROJO, VICENT Y URÍA). Con ese entorno brilló la ponencia de Joaquín LANZAS, un estudio minucioso y profundo, completo y sistemático, que constituye una verdadera aportación científica al tratamiento de una materia que sólo de manera parcial o aislada, casuísticamente, había sido objeto, hasta entonces, de consideración por nuestra doctrina.

Colaborador asiduo de la R.C.D.I. y del Boletín del Colegio Nacional de Registradores, Joaquín LANZAS era un trabajador al que sólo la muerte, ni siquiera la enfermedad, pudo parar. Ahí queda una obra copiosa y brillante, pero truncada prematuramente, como su propia vida.

Hay otra faceta que he de resaltar en la actividad de Joaquín LANZAS con admiración y gratitud: la docente, como Profesor universitario asociado a nuestro Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Hispalense, que ejerció con vocación, generosidad, autoridad y satisfacción máximas. Joaquín LANZAS concebía su actividad docente como una forma de devolver a la Universidad parte de lo mucho que de ella había recibido, y así lo repetía con frecuencia. Y lo hacía con agrado, como un honor, sin más interés que el de poner sus conocimientos al servicio de los alumnos y del propio Departamento. Por eso, siempre firme en sus convicciones, no se sometió a controles burocráticos de horario en el cumplimiento de una actividad que él prestaba de la forma más desinteresada, controles que por eso le

parecían contrarios a la dignidad de su docencia. No se avino a rellenar aquellos partes de clases, porque él las impartía libre y voluntariamente y no permitía que nadie dudase de un cumplimiento que era una prestación de honor.

Era un excelente profesor, un magnífico docente, que se esforzaba tanto en enseñar bien como en que los alumnos aprendiesen de sus enseñanzas. Entre el rigor de su exigencia y la bondad de su magisterio, quizás la calificación académica terminaba por inclinarse hacia esta última. La Universidad ha perdido con él un gran Profesor, transmisor de saberes y modelo de profesionalidad del Derecho.

En la introducción a su ponencia en honor del Prof. BROSETA, antes citada, dedicaba Joaquín LANZAS al maestro asesinado «por la intolerancia, el orgullo, la injusticia y el odio» unas sentidas frases «In memoriam». Su lectura demuestra cuáles eran los valores que Joaquín LANZAS admiraba: la modestia; el amor, la gratitud y la amistad a los colaboradores y alumnos; la justicia. Joaquín LANZAS practicó esas virtudes con ejemplar dedicación. Fue sabio, pero, ante todo, un hombre sencillamente modesto, generoso con sus amigos, compañeros y discípulos. Fue un buen jurista, pero, ante todo, un hombre bueno. Es ese el halo de su recia personalidad, fortalecida por sus firmes creencias y convicciones: un hombre bueno, que, por eso, fue un buen esposo, un buen padre, un buen amigo, un buen ciudadano, un buen profesional.

De esa bondad, que se manifestaba en generosidad y en magnanimidad, tengo yo pruebas que me hacen deudor de gratitud. Y como no puedo pagar esa deuda, quiero, al menos, reconocerla públicamente. Nombrado yo Comisario General de la Exposición Universal Sevilla 92, decidí trasladar de Madrid a Sevilla el domicilio de la Sociedad estatal organizadora, como parecía lógico por su objeto social. Desde el traslado al Registro de Sevilla de las inscripciones y la práctica de la de cambio de domicilio, Joaquín LANZAS dispensó los honorarios a la Sociedad estatal. En un principio, podía ser una elegante cortesía

de bienvenida por parte del Registrador mercantil; sin embargo, la dispensa se repetía a cada inscripción, y fueron muchas, de la Sociedad. Expresé a Joaquín LANZAS nuestro reconocimiento, pero le rogué que cesara tan excesiva generosidad y percibiese sus derechos arancelarios. El ruego fue inútil: consideraba que él también estaba obligado a contribuir a un acontecimiento de interés excepcional para España, Andalucía y Sevilla, y que ese era su tributo. Ante mi insistencia, me respondió que yo carecía de legitimación para obligarle a cesar en su conducta. Cuando la Cartuja se convertía en «la Isla del Tesoro» y los olfatos más sagaces acudían al olor del dinero, el gesto de Joaquín LANZAS acreditaba su nobleza y su grandeza de espíritu.

Termino con otro reconocimiento, el del recuerdo de la satisfacción auténtica, generosamente exagerada, con que Joaquín LANZAS acogió mi ingreso en esta Academia. Hoy, tristemente, sólo puedo corresponder con la expresión del dolor que su pérdida ha significado para todos sus compañeros y para nuestra Corporación.

MANUEL OLIVENCIA RUIZ

Cuando esta Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia tomó el acuerdo de celebrar sesión pública en recuerdo y homenaje de Joaquín LANZAS, me ofrecí espontáneamente a intervenir en ella.

Este ofrecimiento estaba motivado de una parte por el afecto y cariño que mutuamente nos profesábamos, y de otra, por el doble vínculo de compañerismo que nos ligaba, ya que ambos pertenecíamos al cuerpo de Registradores de la Propiedad y éramos miembros de número de esta Real Academia, de la que él tenía especial interés que yo formara parte, lo que le agradecí mucho, pues sobrevaloraba mis méritos.

Al contemplar detenidamente con motivo de este homenaje la personalidad de Joaquín, pienso que a los que convivimos con él, su arrolladora simpatía nos impidió apreciar totalmente su gran obra científica y humana; una vez más el árbol nos ocultó el bosque, ya que «El hombrito» como él se autotitulaba, fue realmente un verdadero gigante, pues en lo científico dominó todos los campos del Derecho, especialmente el hipotecario, civil y mercantil, y en lo humano la rectitud de su vida no fue nunca alterada por los avatares de la existencia.

Realmente creo que no es fácil reflejar en palabras la gran personalidad de Joaquín, por eso ruego a esta audiencia, si mi intento no es plenamente satisfactorio, que me perdone, pensando que es mi afecto hacia él lo que ha motivado mi intervención en este acto.

y hecha esta aclaración, a mi juicio de previo y especial pronunciamiento, paso al cuerpo de mi discurso.

Nos reunimos hoy aquí para honrar la memoria del Ilustre Señor Don Joaquín LANZAS Galvache, académico de número de esta Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Registrador de la Propiedad y Mercantil de Sevilla, Abogado de su Ilustre Colegio, Profesor de su Universidad y en posesión de la Cruz distinguida de primera clase de San Raimundo de Peñafort, títulos todos que atestiguan la posición eminente que ocupaba en el difícil campo del Derecho.

Se nos ha ido hace pocos meses, el día 24 de septiembre de 1995, víctima de grave enfermedad, que soportó con gran resignación, hasta el punto de que continuó al frente de su Registro hasta poco tiempo antes de su muerte, a pesar del avance de su enfermedad que dificultaba enormemente su actividad.

Su muerte, aunque presentida, nos sorprendió dolorosamente a todos, pues su gran vitalidad y optimismo nos hacían pensar en la imposibilidad de que su talento en plena madurez se extinguiera tan tempranamente. Cuando contestaba brillantemente a mi discurso de ingreso en esta Academia no se me pasaba por la imaginación el que tan prontamente nos faltara su compañía, tan deseada por todos.

Nació Joaquín en el pueblo malagueño de Alameda el 11 de octubre de 1929. Era apasionado de su pueblo y cuando hablaba de él se le iluminaba el rostro exaltando las cualidades de sus habitantes, que en su opinión no tenían posible comparación. Estudió primera enseñanza y bachillerato en el colegio de los Salesianos de Utrera y posteriormente, por razones familiares, en el colegio del Buen Consejo de Madrid, ambos dirigidos por religiosos, que complementaron la buena formación cristiana que recibió de sus padres. Cursó la carrera de Derecho en la Universidad de Madrid, capital en la que inició la preparación de sus oposiciones; allí, y en esta última época, le conocí yo por primera vez iniciando una amistad, que dado su carácter alegre y comunicativo me ha hecho pasar muy buenos ratos en su compañía y dura todavía a pesar de su fallecimiento, pues su recuerdo permanece imborrable en mi memoria. Siempre que paso por la calle Marqués de Paradas le dedico un recuerdo al ver la placa de Registro Mercantil. Ya ahora, con el cambio de las oficinas registrales a otro lugar, desaparecerá la placa con lo que se atenuará mi nostalgia.

Posteriormente, continuó la preparación de oposiciones en Andalucía, alejado del mundanal ruido, y bajo la dirección del Notario Enrique BLÁZQUEZ con el que le unió siempre una gran amistad. Ingresó en registros en el año 1960, desempeñando sucesivamente las plazas de Alcañices (Zamora), Quiroga (Lugo),

Sigüenza (Guadalajara), Olvera (Cádiz), Coria (Cáceres), Betanzos (Coruña), Alberique (Valencia), Lora (Sevilla), Ayamonte (Huelva) y Sevilla I y Mercantil. De todos los Registros que sirvió guardó buen recuerdo pues amaba su profesión y se compenetraba rápidamente con la gente, pero donde mejor lo pasó fue en Galicia, concretamente en Betanzos, ya que la escasez de trabajo y la mucha abundancia de mariscos le permitían disfrutar de éstos en comidas con los amigos y compañeros que tanto le satisfacían.

Con motivo de su destino a Sevilla reanudamos nuestra relación y fue entonces cuando el frecuente trato personal y profesional me hizo conocer a fondo sus grandes cualidades humanas y jurídicas.

Entre dichas cualidades quiero destacar en primer lugar su fidelidad a las personas. Fue fiel sin mácula a su amada esposa Chelo, con la que formó un matrimonio modélico, de los de uno con una para siempre, basado en el profundo amor que se profesaban y que les llevó a una compenetración máxima. Chelo contribuyó a elevar la figura de Joaquín ayudándole continuamente. Esta ayuda fue especialmente loable durante su enfermedad y concretamente en su última fase en la que no se separó de su lado. Quiero en este acto rendir un cálido homenaje de admiración a Chelo, por su abnegación y dedicación absoluta a su esposo. También fue fiel a sus amigos y compañeros que siempre tuvimos en él apoyo en nuestros problemas de toda índole.

Otra cualidad notable de Joaquín fue su gran inteligencia. Tenía lo que los médicos llaman ojo clínico. Una vez le consulté un dificultoso asunto al que yo había dedicado varios días de trabajo. Él me contestó tras enterarse del mismo y en breves momentos la solución exacta, lo que me causó admiración. Era muy versado en latín, probablemente al haber estudiado en colegios dirigidos por religiosos y tenía obsesión en que los acentos, puntos, comas y demás signos ortográficos estuvieran bien puestos. Las veces en que le pasé escritos míos para conocer su opinión, me los devolvió con todos los signos ortográficos en

su sitio y los latines, si los había, correctamente escritos, y además me echaba la correspondiente reprimenda.

También nos impresionaba su enorme capacidad de trabajo. Además de llevar su Registro, de mucha complejidad que él aumentaba con las consultas y visitas que eran constantes, daba clase en la Universidad, pronunciaba conferencias y participaba en coloquios en los puntos más diversos de la geografía nacional, con los consiguientes viajes, y por si fuera poco, dejó una abundante bibliografía en la que destaca su fluida prosa y la claridad en la exposición, aprovechando para escribir sus obras las noches o sus vacaciones en Gandía o Isla Canela, a donde se marchaba cargado de libros y de textos legales, con lo que su descanso era nulo. Muchas veces le reprochamos sus compañeros la exorbitante carga que echaba a sus espaldas que a nuestro juicio perjudicaba a su delicada salud, pero él contestaba que esos trabajos le gustaban y que con ellos se distraía, por lo que más que perjudicarle le beneficiaban.

Tenía Joaquín un extraordinario sentido del humor. En las reuniones en que participaba no cabía el aburrimiento. Durante el tiempo en que coincidimos en Sevilla, los compañeros nos reuníamos a media mañana a tomar café en un establecimiento cercano a los registros donde se hablaba de temas de actualidad que él adobaba con su gracejo. Recuerdo que un día que le tocaba pagar a él, pues para evitar discusiones pagábamos por turno, observó que yo había olvidado mi monedero y no podía dar mi limosna habitual a un pobre que frecuentaba el local, inmediatamente me comentó: no te preocupes Ignacio que hoy te invito a café y a pobre. Y así fue.

De todas formas para mí, la faceta más impresionante de Joaquín fue la de su amor al prójimo y su desinterés. Ambas cualidades le llevaban a ayudar, con su intervención personal o con aportaciones económicas a familiares, compañeros, auxiliares, amigos, e incluso a desconocidos. Todavía su viuda está recibiendo cantidades, algunas importantes, de personas a quienes Joaquín las había entregado sin compensación alguna y lo que es más grande, sin el más mínimo documento. Con ello, según nos

contaba, seguía los consejos que le dio su buena madre, quien cuando empezó a ganar dinero le alertó sobre sus grandes peligros, recomendándole ser liberal con los demás. Él mismo reconocía que se había pasado en cumplir los deseos de su madre y yo creo firmemente que así fue, pues sus caridades rayaban casi con la prodigalidad.

Y si esto ocurrió en lo económico, en lo personal no fue a la zaga, pues en su despacho y fuera de él dedicó gran parte de su tiempo y de sus conocimientos a los demás, prestando su colaboración y consejo a cuantos solicitaron su ayuda en asuntos profesionales o personales. Son muchas las sociedades que sus estatutos están corregidos e incluso totalmente redactados por Joaquín, como es natural sin cobrar una sola peseta. Decía que así se ahorra la calificación cuando las correspondientes escrituras las llevarán a inscribir.

En su actividad principal de Registrador de la Propiedad, siempre atendió personalmente las oficinas y, aunque no era madrugador, sus salidas del despacho eran siempre tardías, en perjuicio de su horario de comidas que muchas veces alteraba en detrimento de su salud, pero el despacho de documentos y la atención a las visitas era para él primordial. No le preocupaba la cuestión económica ni fiscal, encargándose de esta última Mauricio Martín, «su Maruri» como él lo llamaba, que se las veía y se las deseaba para conseguir la documentación necesaria para redactarle la declaración sobre la renta.

Desde que se hizo cargo del Registro Mercantil de Sevilla, se dedicó preferentemente a esta materia dominándola plenamente, lo que le llevó a ser Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla, destacando su faceta docente que siempre le encantó.

El Registro, la Universidad y sus numerosos trabajos sobre Derecho, especialmente el mercantil me hace calificar de extraordinaria la labor de Joaquín LANZAS.

Durante su enfermedad, siempre que yo pasaba cerca del Registro Mercantil, entraba a verle, pues me constaba que las visitas de compañeros y amigos le animaban y yo pasaba un buen

rato charlando con él. Siempre estaba en su despacho rodeado de papeles, y con una visita o colgado del teléfono. Yo esperaba a que se desocupara y entonces entraba a verle con la idea de saludarle brevemente, interesarme por su salud y marcharme, pues me parecía un cargo de conciencia quitarle algo de su tiempo con mi conversación, pero nada más que me veía me obligaba a sentarme con él para charlar conmigo entre llamada y llamada telefónica y entradas y salidas de sus fieles y queridos oficiales Paco Rubio y Santi Pérez, a quienes continuamente gastaba bromas, que éstos aceptaban de buen grado pues sabían que ello era reflejo del cariño que les profesaba.

De visita en visita iba yo apreciando el continuo deterioro de su salud, y a pesar de ello seguía fumando, su pasión favorita, unos cigarros que con filtro y poca nicotina le suministraba como con cuentagotas y entre bronca y bronca Santi Pérez, que sabía le dañaban, aunque Joaquín afirmaba, creo que con sinceridad, que eran inocuos. Siempre, según decía, era el segundo cigarro del día y yo tenía que inventar disculpas para no darle el tabaco que me pedía y que yo sabía le perjudicaba grandemente. Últimamente se fatigaba mucho, hasta el punto de no poder ir del Registro a la parada de taxis más próxima, sin hacer varios altos en el camino a causa del cansancio. A pesar de ello, siguió asistiendo diariamente a la oficina hasta que no pudo más. ¡Qué ejemplo de constancia en el cumplimiento de sus deberes!

En una de mis últimas visitas, cuando ya su enfermedad estaba muy avanzada, se lamentó del carácter irreversible de su dolencia, comentándome que así como en otros episodios cardíacos de compañeros y amigos el problema se había solventado con peligrosas y dolorosas intervenciones quirúrgicas, en su caso no cabía la intervención, pues su problema era la falta de capacidad de la cavidad torácica para alojar su víscera cardíaca enormemente desarrollada por la cardiopatía.

Meditando estas palabras de Joaquín después de su muerte, he llegado a la conclusión de que murió porque en definitiva su corazón no le cabía en el pecho. Pienso que psíquicamente a Joaquín no le cabía el corazón en el pecho desde que nació, como

lo demuestra su comportamiento con los demás, y que ha sido una desgracia el que, por designios de la Divina Providencia, el desarrollo físico de su corazón haya coincidido con la grandeza psíquica de corazón que siempre tuvo.

Todas estas cualidades de Joaquín LANZAS, que breve y torpe, pero sinceramente, he manifestado, han hecho que todos cuantos le tratamos hayamos sentido enormemente su fallecimiento, pues como ha dicho muy acertadamente un compañero, esta muerte ha dejado en nosotros un sentimiento de orfandad, que ha arrancado lágrimas de muchos, entre ellas las mías.

Nos queda el consuelo de que su rectitud de vida, amor al trabajo, caridad con el prójimo y honda religiosidad, lo hayan llevado directo al Cielo y que desde allí nos siga acompañando, aconsejando y ayudando.

Así sea.

IGNACIO CASADO DE CEPEDA

BIBLIOGRAFÍA DE DON JOAQUÍN LANZAS GALVACHE

I. Artículos en revistas

- «El régimen de participación», RCDI, núm. 558, 1983, págs 1141 a 1170.
- «La publicidad como instrumento de la seguridad jurídica», ASN, Tomo 1, 1986, págs. 109 a 156.
- «Las sociedades anónimas laborales (Comentario a la Ley 15/1986, de 25 de abril)>>, RCDI, núm. 580, 1987, págs. 663 a 710.
- Con RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «El derecho de representación del artículo 814, párrafo tercero del Código Civil», RCDI, 1988, núm. 586, págs. 935 a 956.

- «Juntas ordinarias, artículos 49, 50 Y 51 de la Ley de Sociedades Anónimas», RCDI, núm. 589, 1988, págs. 1899 a 1909.
- «Usufructo de acciones según el proyecto de Ley de Sociedades Anónimas», RCDI, núm. 589, 1988, páginas 1911 a 1920.
- «El Reglamento del registro mercantil y la Ley de reforma», BEE, núm. 139, 1990, págs 149 a 188. - «Las anotaciones preventivas y las sociedades anónimas», RDM, núm. 210, 1993, págs. 1309 a 1362.
- «El Real Decreto 1558/1992, de 28 de diciembre, por el que se modifican determinados artículos de los Reglamentos Notarial e Hipotecario», RCDI, núm. 617, 1993, págs. 115 a 1141.
- «Algunos problemas notariales y registrales en materia de Sociedades Anónimas», AAMN, núm. 33, 1994, pág. 55 a 110.

II. Artículos en libros

- «Disposiciones generales de la Ley de Sociedades Anónimas según la Ley 19/1989, de 25 de julio. Fundación de la Sociedad Anónima», AA VV, *Estudios sobre la reforma de la legislación mercantil*, Tomo 1, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, págs. 11 a 50.
- «La nulidad de la sociedad», AA VV, *Estudios sobre la reforma de la legislación mercantil*, Tomo II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, págs.141 y siguientes.
- «Documentación, elevación a público y modo de acreditar los acuerdos sociales» en AA VV, *Guía práctica de la reforma mercantil*, Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991, págs. 136 a 171.
- «Disolución y liquidación de la SRL», AA VV, *La Ley de Sociedades Limitadas*, Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995, págs 43 a 83.
- «Régimen transitorio: la adaptación a la Ley de SRL», AA VV, *La Ley de Sociedades Limitadas*, Tomo n, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995, págs 85 a 128.

- «El Reglamento del Registro Mercantil. Estudio especial de las anotaciones preventivas», en AA VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Madrid, 1995, págs.219 a 320.
- «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria» en *Homenaje a José M. a Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, págs. 831 a 885.

III. Libros

- CUENCA AYANA, RODRÍGUEZ ADRADO, MEZQUITA DEL CACHO Y FONT BOIX, *La seguridad jurídica y el notariado*, Academia sevillana del Notariado, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1996.
 - *Comentarios prácticos a la Ley de Sociedades Anónimas y Reglamento del Registro Mercantil en lo aplicable a dicho tipo societario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios registrales, Madrid, 1991.

PRESENTACIÓN

En el año 1992 se publicó un Real Decreto que iniciaba una etapa de colaboración entre Notarios y Registradores de la Propiedad, con el objetivo de conseguir mayor seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

Joaquín LANZAS, siempre atento a cualquier innovación en el campo del Derecho, y más en este caso, pues se trataba de ordenar la colaboración entre dos Cuerpos tan queridos para él, hizo los comentarios que ahora se publican en su homenaje.

Con el cariño y la humildad que le caracterizaban, me envió los comentarios con una nota que decía así: «Victorio: un ejemplar para ti y otro para su publicación, si es que te decides a esto último». Pasó el tiempo y por mi culpa el trabajo se quedó sin salir a la luz pública.

En el año 1994, otro Real Decreto (2.537/1994 de 29 de diciembre) dio nueva redacción a los preceptos objeto de comentario, recogiendo la experiencia acumulada en los dos años de vigencia. Sin embargo, la idea básica de colaboración entre Notarios y Registradores y el método aplicado siguen siendo los mismos; por lo que las ideas expuestas por Joaquín LANZAS son útiles también hoy.

Además, el mismo Joaquín redactó unas notas manuscritas, que se añaden, en las que de manera concisa comenta las modificaciones introducidas en 1994.

Creo que la publicación de este trabajo, lleno de amor al Notariado y al Cuerpo de Registradores, habría contado con el agrado, pero también quizás, con una sonrisa irónica del autor.

VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO

COMENTARIO A LOS DECRETOS 1.558/92 Y 2.537/94
SOBRE COLABORACIÓN ENTRE NOTARIOS Y
REGISTRADORES PARA SEGURIDAD DEL TRÁFICO
INMOBILIARIO

1. FUNDAMENTO DE LA MODIFICACIÓN

La modificación afecta a dos artículos del Reglamento Notarial (RN), a otros dos del Anexo tercero del mismo (AT) y a un artículo del Reglamento Hipotecario (RH).

Y, así, el artículo 175 del RN se redacta de nuevo; al artículo 249 de RN se le añaden dos nuevos párrafos; al artículo 5 del AT, un nuevo inciso; al artículo 15 AT, un nuevo párrafo; y se introduce un nuevo artículo en el RH bajo el número 418.e.

Contiene también el RD, dos disposiciones finales. La primera, destinada a recoger determinadas autorizaciones al Ministerio de Justicia (M.º J) y a la Dirección General de los Registros y del Notariado (DG). Y la segunda, a determinar la entrada en vigor del RD.

Todas las modificaciones, según la propia denominación del RD tienen como objetivo la «seguridad del tráfico inmobiliario», y se basan en dos consideraciones:

En primer lugar, en *la conveniencia de que las escrituras públicas de enajenación o gravamen de bienes inmuebles reflejen la verdadera situación registral existente en el momento de otorgamiento de aquéllas*. A esta finalidad tiende la reforma del artículo 175 del RN, inaplicable respecto de las escrituras autorizadas en el ejercicio de la fe pública por los Agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero, de acuerdo con las adiciones que se hacen en los artículos 5 y 15 del AT.

En segundo lugar, en la conveniencia de «que, para ganar prioridad, sus copias (las de escrituras de enajenación y gravamen de bienes inmuebles) se presenten en el Registro competente con la mayor celeridad». A este fin se destinan el artículo 249 RN Y el 418.e del RH, normas tampoco aplicables a los documentos

autorizados por los Agentes diplomáticos y consulares en funciones notariales a los que antes nos referíamos, conforme al artículo 5 AT, rigiendo, en cambio, lo dispuesto en el artículo 15 del mismo AT, ambos objeto del RD.

Mas las dos finalidades expuestas están concebidas como medio para alcanzar el efecto perseguido que no es otro, de acuerdo con las propias palabras empleadas en el preámbulo del RD, que el de evitar «que, después de otorgado el documento, los adquirentes tengan conocimiento de que no coincide la titularidad del transmiten te o de que se ha ocultado la existencia de una carga vigente en el Registro».

Reconoce el RD que los problemas que se tratan de resolver encuentran soluciones justas mediante la aplicación de las reglas generales del derecho civil, pero que en gran parte pueden eludirse a través de una colaboración más estrecha entre Notarios y Registradores de la Propiedad, lo que intenta potenciarse con sus disposiciones, que permitirán eliminar, en la medida de lo posible, la comisión de fraudes en el tráfico jurídico inmobiliario.

En definitiva, se trata de facilitar el juego del artículo 34 de la LH por vía indirecta, es decir, a través, concretamente, de una mayor eficacia del principio de publicidad formal y del de prioridad.

II. CRÍTICA GLOBAL

Es plausible el propósito que expresa el RD y adecuados los medios arbitrados para conseguido. De una y otra cosa no cabe la menor duda, como tampoco la cabe respecto a la actitud que Notarios y Registradores van a adoptar en cumplimiento exacto, riguroso y entusiasta de las nuevas normas.

Frecuentemente se nos acusa de manera injusta, debido, por supuesto, a la ignorancia de las funciones notariales y registrales, de ser poco menos que cómplices en el fraude. Ni los Notarios ni los Registradores somos, ni podemos ser, investigadores de los precios de adquisición de los bienes, que corresponde fijar exclusivamente a los contratantes. Es más, si se

produce una infravaloración, nosotros somos las primeras víctimas de ello, pues nuestros honorarios se determinan, no en función del valor real de los bienes, sino tomando como base el valor declarado por los interesados en aplicación de la Ley de Tasas. Ni tampoco pueden hacernos responsables de que los adquirentes de los bienes y derechos obren a espaldas del Registro. En el primer caso, se produciría el fraude fiscal; en el segundo, el fraude inmobiliario.

Además de no correspondernos esa función de policía, no puede olvidarse que es a los interesados a los que compete informarse debidamente de todo lo que sea determinante para la realización de un concreto contrato.

El artículo 1 del RN atribuye a los Notarios, como profesionales del Derecho, la función de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar; y, como funcionarios, ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: en la esfera de los hechos, la exactitud de lo que ven, oyen y perciben por los sentidos, y en la del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes recogidas en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Por su parte, el artículo 221 de la Ley Hipotecaria (LH) declara que los Registros son públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los inmuebles o derechos reales inscritos. El Registro está para satisfacer intereses, no curiosidades, pero no hace falta acreditar aquel interés, pues basta con que sea *conocido*. El Registrador no tiene facultades para exigir a nadie que acredite el interés que le mueve a conocer el contenido registral, pero sí las tiene para evitar la publicidad abusiva y, por ello, para demandar que se le exponga dicho interés con el fin de que éste sea conocido.

Pero ni uno ni otro funcionarios, ni el Notario ni el Registrador, están obligados a informar a nadie sobre el contenido registral sino que esta información corresponde procurársela a los interesados a través de los medios arbitrados para ello por la Ley.

La inscripción, por más que estimulada, no es, en general, ni obligatoria ni constitutiva. La transmisión y la adquisición de derechos tienen lugar fuera del Registro. Por ello es por lo que en nuestro sistema el principio de inscripción, al carecer ésta de eficacia constitutiva, tiene escasa trascendencia, mientras que el de rogación o instancia, por la voluntariedad de aquélla, alcanza todo su esplendor.

No obstante ello, los efectos del principio de fe pública registral son tan enérgicos que es lógico que la información del contenido registral se obtenga en todos los casos en los que éste puede jugar, es decir, en todos los que puede haber un tercer adquirente protegible por reunir los requisitos del artículo 34 de la LH, cualidad que normalmente se puede dar en todos los casos de adquisición de bienes a título oneroso, y, por tanto, en los comprendidos en el nuevo artículo 175 RN.

Esta última consideración es la que mueve al legislador, en su lucha contra el fraude inmobiliario, a tomar las medidas plasmadas en el RD.

Se dirá, no sin razón, que esto es presumir el infantilismo de los adquirentes, pero la realidad nos demuestra día a día que hay bastante de ello, especialmente cuando son extranjeros los adquirentes, tal vez por la ignorancia de éstos acerca de nuestro sistema. No hay duda de que en la decisión del legislador han influido no poco las campañas desatadas en el exterior respecto de la acusación de inseguridad, de ineficacia que parece que se deducen de la posibilidad de fraude, cuando ciertamente se deben a la desidia o a la ignorancia de los destinatarios últimos del contenido registral, que no sólo protege sino que también advierte. Y esa información es natural que deban procurársela los interesados. Los Notarios tenían, según el antiguo artículo 175 RN, el deber de advertir al adquirente de la conveniencia de que se asegurara del estado de cargas por cualquiera de los medios que le ofrece la legislación hipotecaria. Con esto debería haber bastado, pero, por lo visto, no basta.

Sin embargo, el RD no deja de ser bastante ingenuo, pues en no pocos casos «llegará tarde», ya que, como es bien sabido,

casi siempre las adquisiciones de bienes son anteriores al otorgamiento de la escritura, de suerte que cuando aquél tiene lugar ya es tarde para la consecución de la finalidad pretendida por el RD.

Pese a todo ello, sobre el ánimo del legislador pesa más la idea de protección paternal que toda otra consideración.

Sin perjuicio de los defectos y lagunas que iremos poniendo de manifiesto a lo largo y ancho de esta exposición y sin dejar de reconocer que las medidas adoptadas suponen un cambio profundo en las funciones notarial y registral, aunque sería frustrante que, tras el otorgamiento de la escritura el adquirente viviera al margen del Registro de la Propiedad, es lo cierto, y así hay que reconocerlo, que la intención es buena y que realmente se evitarán muchos casos de fraude inmobiliario, con lo que se acentuará la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico, fines últimos, ennobecedores, de aquellas funciones. Sea, pues, bienvenido el RD, que no dudo que Notarios y Registradores cumplirán escrupulosamente, aceptando de buen grado un servicio más que añadir a los muchos que ya prestan a la sociedad.

Lo que en nuestra opinión no puede ni debe hacerse es atribuir eficacia de cierre registral a la solicitud de información, porque se tamblearía todo el sistema registral. ¿Qué sería de quien directamente tuviera conocimiento del contenido registral, y por ello excusara al Notario de solicitar y obtener la oportuna información registral, si al presentar su título se encontrara el Registro «cerrado»? ¿Qué sería del principio de prioridad, uno de los soportes más serios de la fe pública registral? Quien quiera ampararse en el contenido registral sólo asume una obligación, aunque ineludible, y ese deber es el de diligencia: presentar la escritura en el Registro de la Propiedad; de ahí que el artículo 24 de LH considere como fecha de la inscripción, para todos los efectos que de ésta hayan de derivarse, la del asiento de presentación.

Para conseguir, no obstante, que no se frustre la finalidad perseguida con la previa información registral, el RD ofrece también la posibilidad de que la presentación de la escritura en el

Registro de la Propiedad tenga lugar mediante telefax, con lo que, en gran medida, se evitará que «llegue tarde».

III. LA INFORMACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO DE APLICACIÓN

A. Supuestos en los que procede

La determinación de los supuestos en los que la información registral previa ha de tener lugar se contiene en el apartado 1 del artículo 175 RN.

Por lo pronto, ese deber de información previa registral se impone sólo a los Notarios, no a los demás funcionarios de los que pueden provenir documentos inscribibles, y precisamente con ocasión de la autorización de escrituras, con exclusión de cualquier otro tipo de instrumento público.

Pero no se extiende el derecho de información a toda clase de escrituras, sino solamente a aquellas que contengan transmisiones o constituciones de gravámenes de y sobre bienes inmuebles y demás derechos reales sobre los mismos. Literalmente dice el RD que nace el deber siempre que se trate de otorgar cualquier escritura de transmisión o gravamen de bienes inmuebles.

En consecuencia, quedan fuera de su ámbito, por un lado, todos los títulos que no consistan en escritura pública, y, por otro, todos los actos y contratos que no supongan transmisión o gravamen de bienes inmuebles, es decir, el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Como puede observarse, el RD tiene siempre in mente el artículo 34 LH, buena prueba de lo cual es que entre los supuestos excluidos figuran, como luego veremos, los actos a título gratuito.

Están incluidas, por tanto, las adjudicaciones en pago de deudas o de asunción de deudas, pero no las producidas para pago de deudas sin garantía real. Pero, ¿qué ocurre con las cancelaciones, con los títulos que extingan derechos reales sobre bienes inmuebles? Pues que hay que estimarlos excluidos, porque

ni suponen transmisión ni significan gravamen, sino todo lo contrario.

Ahora bien, la información registral ha de comprender también, como dice el artículo 230 LH, los asientos del Diario, cuando, si se hubiera producido ya la inscripción correspondiente al tiempo de facilitarla, esta inscripción hubiera habido que recogerla en aquella información.

Delimitado así el ámbito de aplicación del artículo 175 RN, interesa ahora recoger los supuestos que el RN excluye y aquellos otros en los que no puede obtenerse la información en todo o en parte. Tales son los que se contienen, respectivamente, en los apartados 2 y 3 del propio artículo 175 RN, es decir, los que pasamos a exponer.

B. Casos en los que se excluye

No es de aplicación, por exclusión, lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 175 RN en los tres casos siguientes:

1.º Aquellos en los que en la escritura únicamente se contienen actos a título gratuito. Esta excepción es debida a la inoperancia respecto de ellos del artículo 34 de LH, lo que hace innecesaria, aunque no sea inútil, la información que pudiera obtenerse.

Ahora bien, cuando sean objeto de la escritura actos a título gratuito y otros a título oneroso, el deber de información, como es obvio, hay que entenderlo referido sólo a los bienes y derechos a los que alcance aquella onerosidad.

2.º Aquellos otros en los que el adquirente de la finca o derecho expresamente manifieste su voluntad de prescindir de la información registral «por su conocimiento de la situación jurídica del inmueble».

Da la impresión el artículo 175 RN de que no basta la simple declaración de su deseo y decisión de que se prescinda de la información registral, sino de que, además,

se requiere que esa declaración de voluntad se fundamente en el conocimiento por aquél de la situación jurídica del inmueble.

Nosotros entendemos que no es necesaria esa concurrencia, sino que es suficiente con la renuncia del adquirente, porque nadie puede ser obligado a recibir la información registral. Lo que hace el RN es presumir que aquella renuncia lleva implícito el conocimiento de la situación del inmueble, sin olvidar, por otra parte, que el deber del Notario tiende exclusivamente a satisfacer el interés del único que puede resultar perjudicado: el adquirente, que es quien debe velar por sus propios intereses. Si él confía en el transmitente o en el conocimiento que por éste o por el propio Registro tenga ya de la situación jurídica de la finca ... allá él. Esta es, sin duda, la razón por la que el RN no exige que el adquirente exponga, y así se recoja en la escritura, cuál es esa situación jurídica de la finca que él conoce, a diferencia de lo que el Notario ha de hacer cuando ésta derive de las manifestaciones del transmitente o constituyente.

Sí exige el artículo 175 RN que el Notario haga constar en la escritura cumplidamente, en su parte expositiva, aquella manifestación del adquirente relativa a que se prescindiera de la información registral.

Por otro lado, conviene hacer ver, junto al hecho de que solamente el adquirente puede renunciar a la información, que el precepto se remite, no al conocimiento de la *situación registral*, sino al conocimiento de la *situación jurídica* del inmueble o derecho, coincida o no con aquélla, cosa esta última que ocurrirá con cierta frecuencia, p. ej., cuando hay dos transmisiones, la primera de las cuales aún no ha ingresado en el Registro, pero ese hecho es conocido por el adquirente así como la restante situación registral.

3.º También, por razones obvias, queda excusado el deber de información cuando el disponente (no el adquirente) sea

el Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y, en general, Entidades de Derecho Público.

En los tres casos de excepción que preceden, las cargas y gravámenes que recaigan sobre el inmueble se harán constar por el Notario en la parte expositiva por lo que resulte de las manifestaciones del transmitente o constituyente del gravamen y por lo que aparezca de los títulos que se le exhiban, y, además hará constar, a continuación, que prevalece sobre ellas «la situación registral existente con anterioridad a la presentación en el Registro de la copia de la escritura autorizada», en los términos que más adelante expondremos.

Ante la imposibilidad en que, lógicamente, se encuentran las Leyes y los Reglamentos para contemplar todos los supuestos posibles, olvida la reforma el caso, no infrecuente, de las hipotecas constituidas unilateralmente.

Evidentemente, se trata de un acto de constitución de gravamen, aunque aun no haya *adquirente* por precisarse ineludiblemente su aceptación. Se trata de un verdadero caso de reserva de rango. En estos casos realmente hay que reconocer que no es necesaria la información registral, no sólo porque el constituyente no es adquirente, sino también porque aquél no puede ser tercero protegido por el artículo 34 LH Y porque es él precisamente quien conoce de verdad la situación jurídica de la finca, coincida o no con la registra!. No es, por tanto, preciso tampoco que declare su voluntad de prescindir de la información registral, sencillamente porque no es *adquirente* (Vid. ap. 2.b del artículo 175 RN).

Pero, ciertamente, puede ocurrir una de estas dos cosas: que el «adquirente» acepte o no acepte, esto último de forma expresa o tácita, de acuerdo todo ello con el artículo 141 LH.

Si no acepta, para la cancelación tampoco será necesaria la información registral, cualquiera que sea el medio a través del cual se manifieste la no aceptación, expreso o fruto de la pasividad del favorecido por la hipoteca.

Si, en cambio, acepta, este será el momento para obtener la adecuada información registral, porque aquí sí hay ya *adquirente*, por más que el documento en que se constituya la hipoteca no sea unitario formalmente, sino complejo e integrado por dos tiempos sucesivos, constitución y aceptación. No en balde esta última satisface la *conditio iuris* a que queda sometida aquélla.

C. Casos en los que no es posible la información positiva en todo o en parte

Junto a los casos exceptuados hay otros dos en los que, aun recabada la información, ésta no puede proporcionarse, en todo o en parte. Lo primero, cuando el inmueble no está inmatriculado. Lo segundo, cuando, aún estándolo, no se encuentra inscrito el título acreditativo de la titularidad del disponente al tiempo del otorgamiento.

En ambos casos, como en los exceptuados estudiados en el epígrafe anterior, las cargas y gravámenes que recaigan sobre el inmueble se harán constar por lo que resulte de las manifestaciones de la parte transmitente o constituyente del gravamen y por lo que aparezca en los títulos que se exhiban al Notario, con igual advertencia en cuanto a la prevalencia de la situación registral sobre ellas (Vid. ap. 3 y 4 del artículo 175 RN).

Ahora bien, hay que aclarar que, cuando se trate de titularidades no inscritas, todo depende de que se hayan presentado o no los títulos correspondientes en el Registro de la Propiedad. Si no se han presentado, los ap. 3 y 4 son aplicables sin más. Si, por el contrario, se han presentado, evidentemente en la información suministrada por el Registro de la Propiedad constará esta circunstancia, según ya dijimos, pero ello no liberará al transmitente de su deber, *que procede en todo caso*, de hacer las declaraciones oportunas sobre el estado de cargas de la finca objeto de la escritura cuando hubiere alguna o algunas no inscritas, es decir, que el deber de información previa por el Notario al adquirente respecto a la situación registral de la finca

no exime al transmitente del suyo de exponer la situación jurídica real de la finca en cuanto difiera de la registral.

No parece necesario, en cambio, aclarar que la prevalencia del contenido registral no se extiende únicamente a las manifestaciones del transmitente, sino también a lo que resulte de los títulos que se exhiban al Notario (p. ej., cancelación de hipoteca que aún no haya accedido al Registro, pero que se presenta después en él acompañada o no de la escritura de venta de la finca hipotecada, cuando previamente se había inscrito una cesión del crédito hipotecario).

Sí parece conveniente, por el contrario, dejar bien sentado que esa prevalencia opera cuando el contenido registral difiere de las manifestaciones del transmitente, en el sentido de que despliega toda su eficacia si el contenido registral ha de perjudicar al adquirente (carga o acto dispositivo que accede al Registro antes de la presentación en 61 de la escritura en cuestión) pero no cuando ha de beneficiarle (carga manifestada por el transmitente que se cancela antes de la susodicha presentación), sin olvidar, por supuesto, que, en su caso, tales manifestaciones destruyen la buena fe del adquirente, lo que impedirá, en cuanto a ellas, acogerse al artículo 34 LH.

Naturalmente, la prevalencia de la situación registral sobre la resultante de la información obtenida por el Notario y sobre las manifestaciones hechas por el transmitente o constituyente del gravamen (situación registral que el artículo remite a la existente con anterioridad a la presentación en el Registro de la copia de la escritura autorizada con base en aquéllas: información y manifestaciones), ha de entenderse que se refiere, en el caso del artículo 249 RN, párrafo 5.º, a la presentación efectuada por telefax, puesto que esta posibilidad está concebida precisamente para provocar la correspondiente reserva de rango, siempre, claro es, que la copia auténtica sea presentada dentro del plazo reglamentario, pues, en otro caso, el asiento que provocó el telefax decae y ha de ser cancelado, de oficio o a instancia de parte, por nota a su margen.

IV. DESTINATARIOS ÚLTIMOS DE LA INFORMACIÓN REGISTRAL. CONTENIDO DE LA MISMA

Los destinatarios son siempre los otorgantes, y, muy especialmente, el adquirente.

En efecto, dice el ap. 1 del artículo 175 RN que el Notario hará saber a los otorgantes las circunstancias que exponemos a continuación. Al o á los transmitentes, por su evidente interés en conocer la información. Al adquirente por ser el que puede sufrir el mayor perjuicio caso de desconocer la situación registral de la finca o derecho que adquiere. Y esas circunstancias son las siguientes:

- 1.º El resultado de su gestión, con referencia a la finca o fincas a las que haya de referirse la escritura, o sea, todo lo que ha de ser objeto de información registral: descripción de la finca (lo que no impide su actualización en la escritura a otorgar), titularidad de la finca o derecho (lo que, desgraciadamente, no es obstáculo para un cambio en ella entre el plazo que medie entre la información, la autorización y la presentación en el Registro de la escritura otorgada), y cargas, gravámenes y limitaciones vigentes según la información obtenida (lo que no es óbice para que en ese mismo intervalo puedan registrarse otras con posterioridad a la información, al no provocar ésta, como ya advertimos, cierre registral).
- 2.º Debe informar, asimismo, el Notario a los otorgantes acerca del medio utilizado para obtener la información que ofrece a los otorgantes: Certificación o nota simple, y, en este último caso, si se utilizó el telefax o no.
- 3.º Y, por último, el Notario ha de hacer saber a aquellos mismos otorgantes su fecha. No aclara el RN si la fecha se refiere a la de obtención por el Notario o a la del medio utilizado, es decir, a la de la certificación, nota simple o telefax.

Normalmente, cuando la información se obtenga por telefax, ambas fechas coincidirán, mas no ocurrirá así cuando se utilicen la certificación o la nota simple. ¿Cuál, pues, de las dos posibles fechas ha de considerarse a estos efectos? Yo creo que, si leemos despacio el ap. 1 del artículo 175 RN, la solución del problema no puede ofrecer dudas.

En efecto, dice dicho precepto que la *información podrá obtenerla el Notario por cualquiera de los medios de publicidad formal y su resultado, el medio utilizado y su fecha ...*, luego es evidente que se está refiriendo al resultado, al medio utilizado y a la fecha de la información. No es, pues, a la fecha de la obtención efectiva por el Notario a la que hay que atender, sino a la de la propia información. El artículo 175 RN lo que pretende es la mayor inmediatez posible entre la información registral y el otorgamiento de la escritura. En otro caso, quedaría frustrada la finalidad perseguida: ésta sólo puede conseguirse con la máxima aproximación entre información y otorgamiento. La información caduca, por tanto, a los *cuatro* días hábiles, por lo que se dispone de cinco para otorgar la escritura correspondiente (el día de información y cuatro más), todos ellos *hábiles en el lugar del repetido otorgamiento*.

En efecto: en el lugar de la expedición de la información ha de ser hábil el día de la misma, pero ¿qué ocurre si, en cambio, no lo es en el lugar de ubicación de la Notaría? Literalmente interpretada, habría que concluir que, pese a ello, el Notario dispone de esos cinco días para autorizar la escritura, mas ¿es eso lo realmente querido por la norma reglamentaria? Si atendemos a aquella finalidad o pretensión de la mayor proximidad posible entre ambas fechas, tendríamos que contestar a esta última pregunta *que no*, que el Notario dispone de cinco días hábiles a contar de la fecha de la información. Pero si consideramos que hay varios intereses en juego que deben armonizarse, entre ellos también el del Notario, de modo que éste pueda autorizar dentro de los cinco días hábiles suyos, sin más agobio, evidentemente tendremos que rectificar esa respuesta y sustituirla por la contraria, *que sí*, que el Notario dispone de sus cinco días hábiles

para autorizar la escritura. Cuando el artículo 175.1 RN impone al Notario haber *obtenido, dentro de los cuatro días hábiles anteriores al otorgamiento*, la información, claramente se está refiriendo a días hábiles en el lugar del otorgamiento. Y es que la información se obtiene, ciertamente cuando se facilita por el Registro, pero sin que ello pueda llevarse al extremo de aplicarlo estrictamente porque difícilmente podrá obtenerse la información cuando el día es inhábil en el lugar del otorgamiento. La fecha de expedición, que ha de hacerse constar en la parte expositiva de la escritura, revelará la permanencia del valor de la información o su caducidad, como luego veremos. Obtención aquí vale así a *puesta a disposición*. Esto es, precisamente, lo que justifica que la nota simple informativa pueda obtenerse por medio de telefax. Y es significativo que el artículo 175.1 de RN haga mención exactamente a que puede *obtenerse*, con lo cual está disipando las dudas que aún pudieran tenerse al respecto.

V. LA OBLIGACIÓN DEL NOTARIO DE RECABAR LA INFORMACIÓN

El ap. 1 del artículo 175 RN obliga al Notario no sólo a recabar información registral, sino a haberla obtenido efectivamente *antes de autorizar cualquier escritura de transmisión o gravamen de bienes inmuebles*.

Expuesto ya qué escrituras acarrear esa obligación y lo relativo a la antelación con que ha de obtenerse la información, vamos a acometer ahora el examen del contenido de esta última.

La información que el Registro ha de suministrar al Notario y éste poner en conocimiento de los otorgantes y recogerla en la parte expositiva de la escritura, abarca los extremos que pasamos a exponer, completando así lo expuesto en el epígrafe anterior.

- 1.º La descripción registral de la finca, que, como es lógico, abr de contener todas las circunstancias a que se refieren los artículos 9 LH Y 51 de RH y sus complementarios o concordantes. Ello no es obstáculo para que el transmitente

pueda y deba hacer las manifestaciones al respecto que crea oportunas: existencia de segregación aún no inscrita, etc., lo que tendrá el reflejo en la escritura que enseguida diremos.

- 2.º Titularidad de la misma, entendida en el sentido de dominio, si de su transmisión o gravamen se trata, o del correspondiente derecho real distinto de aquél, si a éste es al que exclusivamente se refiere la escritura (p. ej., cesión del crédito hipotecario), sin perjuicio de los casos frecuentes de transmisión simultánea de derechos (p. ej., de la nuda propiedad y del usufructo), en los que la información ha de extenderse a ambos.
- 3.º Cargas y gravámenes o limitaciones vigentes según el Registro, entre ellas las que afecten a las V.P.O. No parece necesario aclarar que entre ellas han de incluirse los derechos reales que graven la finca o derecho, las anotaciones preventivas, las prohibiciones de disponer, las condiciones suspensivas o resolutorias, sustituciones fideicomisarias, reservas del artículo 811 de CC, etc., incluidas las notas de afección, la limitación de efectos del artículo 207 LH Y del 28 LH Y la posibilidad de cancelación de los asientos de inmatriculación en relación con los cuales no se acredite la publicación del edicto que exige el artículo 205 LH, conforme a lo dispuesto en el artículo 298 RH. Por otro lado, evidentemente, en la información solamente han de comprenderse las vigentes en el momento de facilitarse aquélla.

El título de este epígrafe obedece al hecho de que el único facultado para solicitar la información a los fines del artículo 175 es exclusivamente el Notario. Mas esto no quiere decir, por supuesto, que los interesados, sea el transmitente o constituyente sea el adquirente, no puedan obtener información registral, sino que, en estos casos no se puede reconocer, en principio, exoneración de responsabilidad al Notario que no se procurara por sí mismo la información registral. El camino a seguir sería el del

ap. 2 del artículo 175 RN, es decir, la renuncia del adquirente a ella *por su conocimiento de la situación jurídica* del inmueble. Pensemos en una posibilidad: el transmitente solicita y obtiene certificación registral relativa al estado de la finca, que aporta a la Notaría. Lleva fecha cuatro y el otorgamiento se produce el día seis, pero el mismo día cuatro, tras su expedición, o el día cinco o el propio día seis presenta o hace presentar otra escritura de hipoteca sobre la misma finca. Fraude consumado. Se dirá que puede hacerlo aunque sea el Notario quien solicite y obtenga la información registral y esto es cierto, pero es mucho más difícil porque nunca podrá saber cuándo la suministrará el Registro. Por otro lado, la solicitud y la recepción de información puede tener lugar mediante telefax, con lo cual queda claro que la presentación de la escritura y su otorgamiento pueden ser prácticamente simultáneos, puesto que aquella presentación también puede tener lugar por telefax, como más adelante veremos.

He ahí la posible total efectividad de las nuevas normas si son adecuadamente utilizadas y aplicadas.

No queremos acabar estas últimas consideraciones sin antes insistir sobre el hecho de que el artículo 175.1 RN está concebido solamente para imponer al Notario la obligación de ser él, por sí mismo, en definitiva la propia Notaría, la que solicite y obtenga la información registral.

Ya vimos cómo dicho artículo se refiere a que el *Notario deberá haber obtenido*, lo cual no quiere decir que lo deba hacer por sí mismo. También que en aquél mismo artículo se establece que la *información podrá obtenerla el Notario por cualquiera de los medios* previstos en las leyes, lo que ya sí da la sensación de que es a él al que corresponde solicitarla y obtenerla, que es, además, lo que justifica que deba comunicar a los otorgantes su resultado, el medio utilizado y su fecha, como dispone el propio artículo en su ap. 1.

Pero hay más. El ap. 1 del artículo 175 RN no alude para nada a *los títulos que se exhiban al Notario*, sino sólo a las manifestaciones que al efecto hagan el transmitente o constituyente sobre la titularidad o cargas de la finca, a diferencia

de lo que ocurre, como ya dijimos en su momento, en los casos exceptuados de información o en los que ésta es imposible (falta de inmatriculación de la finca o de inscripción del título acreditativo del disponente o constituyente), en los que las cargas se han de hacer constar en la escritura por lo que resulte de las manifestaciones de la parte transmitente o constituyente del gravamen y por *lo que aparezca en los títulos que se exhiban al Notario*, entre ellos, naturalmente, los en que se recoja la información obtenida por los otorgantes, lo que no quiere decir que no puedan exhibirse al Notario dichos títulos para corroborar las manifestaciones del transmitente o constituyente.

Evidentemente, *obtenido* no supone o no lleva necesariamente consigo el haber solicitado, pero nótese como a continuación dice el mismo artículo que *esta información podrá obtenerla el Notario por cualquiera de los medios de publicidad formal*, lo que ya parece dar a entender que es el propio Notario (si no diría, por el contrario, *podrá obtenerse*) el que ha de obtenerla y, por tanto, solicitarla, aunque, por supuesto, la solicitud y la propia información puedan presentarla y recogerla, respectivamente, a través de sus propios empleados, e incluso, de terceros, p. ej., un gestor. Remata mi seguridad acerca de aquel protagonismo del Notario, el hecho de que la información registral, plasmada en nota simple informativa, pueda solicitarse y obtenerse por medio de telefax, porque no creo que pueda discutirse que el Registrador no está obligado a prestarla sino cuando el telefax procede del Notario. Y, si esto no fuera así, es evidente también que esta posibilidad se hubiera producido con la reserva de que tal medio sólo podría ser utilizado por Notarios. Así se infiere también del hecho de que la información tiene como único fin servir de base para la autorización por el Notario de la correspondiente escritura de transmisión y gravamen, sin otra posible utilización y finalidad. La causa final, el fin determinante de la norma no es otro que el de posibilitar la autorización de la escritura, para, fin último, hacer efectiva en lo posible la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario o, como dice el RD, «eliminar, en

la medida de lo posible, la comisión de fraudes en el tráfico inmobiliario» .

De ahí se deduce fácilmente que el incumplimiento de lo dispuesto en el RD no afectará en absoluto a la validez del otorgamiento, del negocio formalizado en escritura pública, sino que constituiría una mera falta reglamentaria, que, no obstante ello, podrá determinar la responsabilidad del Notario, pero, en ningún caso, podrá atribuírsele la naturaleza de defecto, ni subsanable ni insubsanable, por lo que no obstaculizaría la inscripción.

No quiero terminar sin hacer dos consideraciones últimas sobre el tema: 1.^a Que la norma en cuestión se comprende en el RN, que va dirigido, obviamente, a los Notarios, de ahí que solamente éstos puedan y deban utilizar esos medios de información con eficacia en relación con el artículo 175 RN. Y 2.^a Que para ello no es *imprescindible* que Notaría y Registro radiquen en poblaciones distintas por lo que se refiere a la obtención de la información por telefax, puesto que el artículo 175 RN no contiene esa previsión, a diferencia del artículo 249 RN, que estudiaremos más adelante.

VI. NATURALEZA DE LA INFORMACIÓN: MEDIOS PARA OBTENERLA

La información puede obtenerla el Notario por cualquiera de los medios de publicidad formal y, además, solicitarse por telefax, en cuyo caso el Registrador deberá proporcionarla por igual vía, lo que no impide, naturalmente, que se indique al Registrador que se envíe por correo o por compañía de las que se dedican a suplir las deficiencias del servicio de correos, aunque no esté obligado a suministrarla sino por telefax.

Por tanto, según el documento en que se plasme la documentación, Certificación o no, así será su valor de documento público o no, respectivamente. Si se utiliza el telefax la información obtenida se basará en una simple nota con tal carácter informativo, sin que llegue a alcanzar el fax la naturaleza de

documento público. Así se desprende de manera indudable del propio artículo 175.1 RN, cuyo último inciso dice que la *nota simple informativa podrá solicitarse y obtenerse por medio de telefax*. Una razón más, por otra parte, para afirmamos en nuestra opinión de que la información registral obtenida por quien no sea el Notario no puede tener el valor ni la virtualidad que le atribuye ese mismo artículo 175, porque no parece que pueda discutirse que el telefax sólo ha de ser atendido por el Registrador cuando proceda del Notario, lo que nos llevará también a considerar que el telefax en el que conste la solicitud debe proceder de manera acreditada del Notario, para lo que, en nuestra opinión, basta con que el formato del telefax así lo revele por la firma del Notario o al menos, de su sello.

Sin embargo, el modo de proceder nos lo revelará la DG, autorizada por la Disposición Final Primera del RD *para establecer modelos normalizados de solicitud y expedición de telecopia sobre información registral*, y, puesto que el RD no entra en vigor (D.F. 211) sino a los seis meses de su publicación en el B.O.E., es de esperar que en tan largo lapso de tiempo la DG hará cumplido uso de aquélla, con lo que este mínimo problema quedará resuelto.

Por otro lado, si no fuera el propio Notario el que hubiera de recabar información, no diría el artículo 175.1 RN que *deberá haber obtenido* la misma, sino que se hubiera limitado a exigir que en el momento de la autorización dispusiera de ella.

Por tanto, una vez que entre en vigor el RD desaparece la necesidad de la advertencia que se contiene aún en el reformado artículo 175 RN Y se sustituye, en los casos que proceda, por la información suministrada por el Registro y obtenida *directamente* de aquél por el Notario autorizante (o quien reglamentariamente le sustituya). Quedan a salvo, claro es, las excepciones antes expuestas.

Mucho más grave nos parece el problema que podría derivarse del hecho de la comisión de algún error por el Registrador al expedir la nota simple o el fax (la omisión de una carga vigente p. ej.) o el padecido por el Notario al proceder a

informar a los otorgantes. Cualquier error en la información, lo padezca quien lo padezca, me parece muy peligroso por lo que habrá de extremarse la precaución en este punto, archivando los correspondientes comprobantes cada uno de los funcionarios implicados en la previa información registral.

VII. CONSTANCIA DE LA INFORMACIÓN EN LA ESCRITURA

No es suficiente con que la información obtenida por el Notario se ponga en conocimiento de los otorgantes, sino que, además, en la parte expositiva de la escritura han de reflejarse, asimismo, las circunstancias que han de hacerse saber a los otorgantes (descripción de la finca, titulares, cargas, gravámenes y limitaciones vigentes), sin perjuicio de las manifestaciones del transmitente o constituyente sobre la titularidad y cargas, que, en su caso, se harán constar a continuación.

Obsérvese cómo el artículo en cuestión se preocupa de que se consignen ambas cosas: información y manifestaciones; pero cómo también, respecto de la información habla de descripción de la finca, de cargas de la misma de las limitaciones a que está sometida y de su titularidad, mientras que, al ocuparse de las manifestaciones, sólo se refiere a titularidad y cargas. Ello nos mueve a sentar dos reglas.

Primera.-En cuanto a la descripción de la finca, que no es necesario recoger dos descripciones, sino que al proceder a ella puede hacerse en la forma ahora común, cuando sea posible o conveniente, o hacerse recogiendo ambas descripciones, la registral y la manifestada.

Segunda.-En cuanto a titularidad y cargas, las manifestaciones han de consignarse en la escritura precisamente a continuación de las que resulten de la información.

El incumplimiento de esta regla (necesidad de que las manifestaciones sobre titularidad y cargas se consignen a continuación de lo que resulte del Registro), constituye mera falta reglamentaria, pero no defecto que impida o suspenda la

inscripción, salvo, naturalmente, que se induzca a confusión (artículo 98, párrafo segundo de RH).

Ahora bien, en esa misma parte expositiva, el Notario ha de hacer expresa advertencia, como ya vimos al tratar de las excepciones, de que la situación registral existente con anterioridad a la presentación en el Registro de la *copia de la escritura*, o sea, el contenido registral al tener lugar esa presentación, prevalece en todo caso sobre la información registral. Así se desvanecen posibles equívocos (Vid. ap. 4 del artículo 175 RN), quedando claro que la información previa registral no produce efecto de cierre ni de reserva de rango.

Por *copia de la escritura autorizada* ha de entenderse no sólo esta misma, sino también el oficio o escrito a que se refiere el artículo 249 en su p. 2.º, también modificado, que estudiaremos más adelante, así como la telecopia a través de la cual se hubiere verificado la presentación en el Registro de la Propiedad, con tal de que en cualquiera de los dos casos la copia auténtica llegue a presentarse en el plazo de que habla el nuevo artículo 418.e) RH, que en el propio RD se introduce, y que asimismo estudiaremos más adelante. Pero, por ello mismo, los asientos de presentación posteriores a la presentación de la copia o del escrito o de la telecopia no prevalecen sobre estos últimos que sí implican reserva de rango, con tal de que la copia auténtica llegue a presentarse dentro del plazo concedido, como veremos enseguida.

Pues bien, con esa advertencia de *prevalencia* del contenido registral en el momento de la presentación, insistimos que se pretende desterrar la falsa imagen de una prevalencia de signo inverso, quedando así constancia expresa de la inexistencia de eficacia de cierre registral por parte de la información expedida por el Registro, como reiteradamente hemos ido diciendo.

VIII. EXPEDICIÓN DE COPIAS: ARTÍCULO 249 RN

El artículo 249 RN conserva su actual redacción, pero se le añaden dos nuevos párrafos: el primero de ellos, cuarto del precepto, constituye una excepción a la regla general contenida en

el párrafo primero, relativa al plazo dentro del cual han de ser libradas las copias; y el segundo de ellos, quinto de la norma, se refiere a la presentación de escrituras mediante telecopia, o sea, de las copias de aquéllas utilizando para ello el telefax. Vamos ahora a ocuparnos del primero de ellos.

Conforme a la regla general aludida, la copia debe librarse por el Notario en *el plazo más breve posible*, pero en cualquier caso dentro del «en que ha de ser presentada a liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y General sobre las Sucesiones y Donaciones».

Como excepción a ella, el nuevo párrafo cuarto a que nos estamos refiriendo dispone literalmente que *deberá quedar a disposición del adquirente, dentro de los cinco días hábiles siguientes al otorgamiento, salvo causa justificada debidamente acreditada, copia autorizada de cualquier escritura que contenga actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad*. Basta, como no podía ser menos, con que la copia quede a disposición del adquirente, quien es libre de recogerla, a partir de aquel momento, cuando lo considere oportuno. Esto está suficientemente claro y no requiere más explicaciones.

El primer problema surge cuando se intenta determinar cuáles son las escrituras incluidas en esta excepción. Por lo pronto sólo comprende, literalmente interpretada, las que puedan provocar asientos en el Registro de la Propiedad, con exclusión, por tanto, del de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento. Sin embargo, dada la finalidad perseguida por el RD, creo que se vería frustrada si Notarios y Registradores no fuéramos generosos en su aplicación. Me inclino, pues, por la solución positiva, que se basa en la disposición adicional tercera de la Ley de 16 de diciembre de 1954. Ya volveremos sobre ello al final de estos comentarios.

Pero, en este mismo orden de cosas, hay más, porque por un lado habla la *norma del adquirente y, por otro*, de cualquier escritura que sea inscribible en el Registro.

Lo primero sugiere que solamente cuando haya un adquirente del dominio o de los derechos reales sobre bienes

inmuebles, estén o no inscritos en el Registro de la Propiedad, surge la obligación de expedir la copia y ponerla a disposición de aquél en los términos que acabamos de ver. El segundo apunta que esa obligación, con o sin adquirente, nace en todo caso en el que la escritura contenga acto inscribible.

La repetida finalidad de proteger el tráfico jurídico inmobiliario, encarnada en la conveniencia de que las escrituras públicas de enajenación o gravamen para ganar prioridad, se presenten en el Registro competente con la mayor celeridad, nos inclinan a pensar aquí, a diferencia de lo que decíamos antes, que debe prosperar la interpretación restrictiva, es decir, que esa regla excepcional no se aplica sino cuando hay un adquirente. Su campo de actuación es, por consiguiente, el mismo del artículo 175 RN por lo que valen las mismas consideraciones que, en relación con este extremo hemos hecho hasta ahora.

Podríamos resumir la excepción con estas pocas palabras: siempre que haya deber de previa información registral, la copia autorizada de la escritura deberá quedar a disposición del adquirente dentro de los cinco días hábiles siguientes al otorgamiento, incluidos los supuestos en los que aquel queda, en cambio, excluido en virtud de lo dispuesto en el ap. 2 del artículo 175 RN. Es decir, que esta excepción no admite, a su vez, excepciones, lo cual, dicho sea de paso, nos parece muy bien, porque es imprescindible procurar que la situación registral se corresponda con la situación real de las fincas y derechos.

Mayores problemas plantea la interpretación de la desafortunada frase *salvo causa justificada debidamente acreditada*, porque, una de dos, o el Notario ha de alegar al adquirente cuál ha sido la causa que justifica la tardanza, sin necesidad de acreditarla, o bien, además, la alegación ha de ir acompañada de la debida acreditación. Si lo primero, el precepto reglamentario es incorrecto. Si lo segundo, se mueve en el campo de lo excesivo e improcedente. Pero ¿qué es lo que realmente quiere decir?

A mi juicio, un deber mínimo de cortesía obliga al Notario a exponer la causa que le ha impedido expedir y poner a disposición del adquirente la copia autorizada. Pero nada más.

El artículo 249 RN tenía y conserva, con el añadido de sus dos nuevos párrafos, otros tres que no han sido derogados, uno de los cuales, el segundo, recoge una especie de recurso de queja, salvando, si la hubiere, la responsabilidad civil del Notario que incurra en ella por inexistencia de causa que justifique el retraso, así como la responsabilidad disciplinaria, que son los cauces dentro de los cuales, en mi opinión, el Notario ha de acreditar debidamente aquella causa; solución a que nos lleva una interpretación sistemática del total artículo 249 RN y no, aisladamente, la parcial de los dos nuevos párrafos. Basta pensar en la Notaría única en la que el Notario enferma y no puede, quien le sustituya, cumplir ese deber por aquél: ¿habrá de acreditar el Notario con el oportuno certificado médico aquella circunstancia y, además que se avisó al sustituto y, por último, que éste justificó la imposibilidad de sustitución? Todo esto parece demasiado duro, perturbador e innecesario.

Sin embargo, he de reconocer que, hasta que la DG no se pronuncie, el problema es, cuando menos, de dudosa solución, sobre todo porque no se limita a decir, a diferencia de lo que hacen, en general, las normas, «salvo causa justificada», sino que añade *debidamente acreditada*, sin aludir para esto último ni al recurso de queja ni a ningún otro momento concreto, por lo que, pese a su dureza, parece claro que ante quien hay que justificar la tardanza es ante el adquirente.

Pues bien, sigo insistiendo en que me inclino por la interpretación restrictiva, porque los inconvenientes que pudieran derivarse de esa demora pueden evitarse mediante la presentación por telefax, objeto del párrafo quinto de mismo artículo 249 RN, cuya iniciativa, para que nazca el deber de hacerlo, corresponde al *interesado*.

IX. PRESENTACIÓN DE ESCRITURAS POR TELEFAX

El nuevo párrafo quinto del artículo 249 RN regula la presentación de escrituras en el Registro de la Propiedad por medio de telefax.

La facultad de presentar las escrituras por telefax se atribuye exclusivamente al Notario autorizante (o su sustituto). Sin embargo, la iniciativa para que el Notario acuda a aquel medio de presentación se reconoce solamente al *Interesado*, de modo que la presentación por esa vía corresponde solicitarla por el interesado al Notario. Es, pues, aquella iniciativa, voluntaria para el interesado, pero, una vez tomada, obliga al Notario a realizar la repetida presentación.

Obsérvese, por otro lado, cómo el párrafo cuarto, respecto de la expedición de copia, se refiere al *adquirente*, mientras que el párrafo quinto del que ahora nos estamos ocupando se remite al *interesado*. De ello creo que es lícito concluir que esa presentación por telefax no se circunscribe a las escrituras de transmisión o gravamen, sino que se extiende a todos los casos en los que en aquéllas se contengan actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Además de la solicitud del interesado (es decir, de cualquiera de los interesados), es preciso que el Registro competente se encuentre en otra población, es decir, es necesario que la Notaría en cuestión se encuentre en población distinta de la en que se halle el Registro competente, aunque aquélla pertenezca a la demarcación de éste.

Ahora bien, parece dar la impresión el artículo comentado de que basta la solicitud del interesado o que haya esa disparidad de poblaciones para que nazca la obligación de presentación por telefax. Sin embargo, no es así, a nuestro juicio, o sea, que nosotros consideramos que el RN impone y exige la concurrencia de ambas circunstancias, solicitud y diversidad de poblaciones, por lo que no nace la facultad-deber del Notario sino cuando coinciden ambos extremos. Las leyes en muy contadas ocasiones y sólo por muy serias razones imponen la actuación de oficio, máxime cuando en este caso es el mismo interesado el único perjudicado. La verdad es que la regla general y casi absoluta es la

de rogación o instancia. Adviértase que las frases *siempre que así lo solicite el interesado y cuando esté en otra población el Registro competente* aparecen unidas por la conjunción copulativa y aunque aquel *cuando* enturbie no poco la inteligencia del precepto, mas, si únicamente bastara una de aquellas circunstancias, sin duda, en vez de *y cuando* hubiera dicho así *como*.

Induce, además, a esa interpretación el hecho de que la presentación por telefax cuando el Registro de la Propiedad está en la misma población que la Notaría, verdaderamente sería una actuación innecesaria al tratarse de un acto que pueden realizar por sí mismos los interesados sin esfuerzo ni dilación alguna.

Por último, pueden señalarse otras dos razones que obligan a esa interpretación. En primer lugar, que la falta de coincidencia, la disparidad de poblaciones, es básica en los demás supuestos contemplados por las normas (Vid. p. ej., el artículo 418.a de RH). Y, en segundo lugar, la más poderosa de todas, que la inscripción es voluntaria y ninguna escritura puede ser presentada en el Registro de la Propiedad sin el concurso de la voluntad del interesado.

Por otro lado, si se acepta la interpretación extensiva que antes hacíamos al examinar el párrafo cuarto, parece congruente entender aquí que esa posible presentación cabe también respecto de los Registros a los que se encomienda, la llevanza de los libros correspondientes a la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, como ya hemos anticipado y después veremos.

Pues bien, concurriendo aquellas circunstancias, el Notario está obligado a transmitir por telefax al Registro competente la copia autorizada de la escritura el día mismo del otorgamiento o al siguiente hábil, habilidad que habrá en entenderse respecto del lugar del otorgamiento, lo que plantea un serio problema porque ¿qué ocurre si el Notario envía por fax en día hábil y aquél es inhábil en el Registro destinatario competente? Evidentemente, es forzoso entender que el Notario cumplió adecuadamente su deber, aunque, como es lógico, no podrá extender la nota por la que se confirme la recepción hasta que efectivamente la reciba.

Evidentemente, pese a la falta de remisión expresa, habrá que acudir (salvo que en las normas de ejecución y desarrollo se prevea otra cosa), a lo dispuesto en el artículo 418.d) del RH, es decir, que sólo podrán practicarse las operaciones de emisión y recepción del telefax durante los días hábiles comunes. Esta solución, no se le escapará a nadie, puede provocar graves problemas que tal vez puedan solucionarse no cerrando el fax y considerar, las recibidas fuera de las horas de presentación o en días inhábiles, como «presentadas» el primer día hábil siguiente para dicha presentación.

Para simplificar la operación y con el fin de facilitarla, el artículo 249 permite que la copia autorizada (por cierto, *íntegra*, para posibilitar su identificación al Registrador de la Propiedad) sea sustituida por un escrito u oficio en el que se hagan constar todas las circunstancias que permitirán comprobar que la copia autorizada que después ha de presentarse se corresponde exactamente con la que sirvió (o va a servir) para su presentación por telefax.

Aquellas circunstancias son las siguientes:

1. Identidad de los otorgantes. No creemos que sea necesario consignar en el escrito más que los nombres y los apellidos de los mismos, aunque lo que debe recoger el asiento de presentación según el artículo 249 LH es solamente el nombre y apellidos de la persona a cuyo favor se haya de extender el asiento. Por tanto, huelgan las demás circunstancias personales de los otorgantes, si bien la prudencia aconseja que en aquellos casos en los que pueda producirse alguna confusión se añada algún otro dato diferenciador.
2. La denominación del negocio documentado, que ha de hacerse constar tal como el Notario califique el acto o contrato de acuerdo con el artículo 156 RN.
3. La descripción del inmueble y los datos registrales, en su caso.

No es suficiente expresar en el escrito los extremos que, en relación a la finca o derechos afectados, establece el artículo 249 LH, sino que la descripción ha de ser total, es decir, acomodada a las exigencias del artículo 9 LH Y del artículo 51 del RH, lo que abrirá el camino a la nota a que se refiere el artículo 426 RH.

Los datos registrales sólo han de facilitarse «en su caso», o sea, que puede prescindirse de ellos cuando sean desconocidos (lo que puede acarrear problemas de identificación) y cuando se trate de finca no inmatriculada.

Evidentemente, si se trata de una agrupación, han de comprenderse (descripción y datos registrales) los de todas las fincas que se agrupen. Si de división material, los de la finca matriz, así como la indicación del número de fincas en que divide aquélla. Si de segregación, los de la finca de que se segrega o segregan parcelas, así como la indicación de la superficie o superficies correspondientes a la o las segregaciones. y así sucesivamente. La razón de todo ello, además de que así ha de constar en el asiento de presentación, se encuentra en la necesidad de que otra posible información posterior sea completa y adecuada, dando así cumplimiento a lo que ordena el artículo 345 RH.

4. Los datos que permitan identificar el documento, o sea, fecha de autorización de la escritura matriz y la de la copia destinada a su «efectiva» presentación; el número de protocolo; y la numeración del papel en que se hubiere extendido dicha *escritura matriz*. Y, naturalmente, la identidad del Notario autorizante, lo que da por supuesto el artículo que comentamos.

Como puede comprobarse, no sólo ha de hacerse constar la fecha del otorgamiento de la escritura, sino también la de la expedición de la copia autorizada de la misma, lo que permitirá al

Registrador completar la identificación, pese a que el artículo 249 LH no exige sino la constancia en el asiento de presentación de la fecha de la escritura matriz.

Obsérvese, por otra parte, cómo en el escrito u oficio de referencia ha de comprenderse la numeración del papel en que se hubiere extendido la repetida matriz y cómo, por el contrario, no se alude a la de la copia. Ello es, sin duda, debido a que la copia ha de ponerse a disposición del adquirente dentro de los cinco días hábiles, siguientes al otorgamiento y, por tanto, después de transcurrido el plazo para el envío del oficio o escrito, por lo que puede ocurrir que aún no esté expedida la copia al procederse a la remisión del escrito, oficio al que seguramente se recurrirá precisamente por no haberse producido aún la expedición.

En sus respectivos casos, la presentación por fax exige que, si se trata de la copia, ésta se transmita íntegramente, y, si del escrito, las circunstancias expresadas.

Una vez que el Notario expida la telecopia ha de hacer constar por notas al pie de la escritura y de la copia auténtica la confirmación de la recepción dada por el Registro.

No obstante ello, entendemos que, aunque la copia se expida después del envío del fax, es en ella en la que ha de extenderse la nota de confirmación, pese a que, por ser precisamente copia auténtica de la escritura matriz, ya figure en ella la confirmación a través de la que consta en esta última. y es que, a nuestro juicio, lo que el RN pretende es que la presentación efectiva no se produzca a través de *cualquier copia*, sino precisamente mediante la que se relacionó en el escrito u oficio.

Por eso, creemos también que el Notario debe incluir en el oficio de remisión la fecha de la copia ya autorizada al producirse el envío o bien prever la fecha de autorización de la misma y obrar en consecuencia.

Debe, pues, el Notario extremar las precauciones a la hora de enviar su escrito al Registro de la Propiedad, porque cualquier omisión o cualquier error en la fecha puede provocar que no sea posible la presentación del documento.

Por último, creo que en el asiento de presentación, si se basa en telecopia, han de consignarse las mismas circunstancias que si de la copia auténtica se tratare, mientras que, si se ha utilizado el escrito u oficio, se han de hacer constar esas mismas circunstancias y, además, la fecha de la copia auténtica que vaya a ser presentada *efectivamente*, el número del protocolo y la numeración del papel en que se hubiere extendido la escritura matriz. Y, por supuesto, la expresión en ambos casos de que la presentación ha tenido lugar por telefax.

X. ARMONIZACIÓN DEL RN Y EL RH: EL NUEVO ARTÍCULO 418.E DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

La reforma del RN exigía la del RH para que ambos circularan por el mismo camino, es decir, como indica el epígrafe, la armonización de uno y otro. Esta armonización se produce mediante el artículo que se cita en el mismo epígrafe.

Consta de dos apartados, referidos ambos a completar desde el punto de vista registral lo que dispone el párrafo quinto del artículo 249 RN.

No se ocupa del artículo 175 RN, porque éste no hace sino imponer al Notario el deber de obtener información registral previa (que es lo que constituye una novedad, la configuración como deber), pues de todos modos el Notario en cualquier caso podrá obtenerla, aunque antes sólo fuera potestativo para él, como sigue siéndolo para las en que no nazca aquel deber. La otra novedad que se contiene en dicho artículo 175 RN es la posibilidad de que *en ejercicio de ese deber*, la información registral pueda solicitarse y obtenerse por medio de telefax, lo que tampoco acarrea ninguna necesidad de armonización, porque, al atribuirle el artículo 175 RN el valor de simple nota informativa, queda sometida a las normas del RH relativas a su expedición, es decir, las del artículo 332 RH, complementado y desarrollado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de abril de 1979 y la Instrucción de la misma Dirección de 12 de junio de 1985, que, en su parte más interesante

a los efectos de este estudio, dice que *la manifestación, mediante nota simple informativa, se llevará a cabo en el plazo más breve posible, atendidos los datos que se suministren al Registrador y el volumen de la información solicitada, sin que, en ningún caso, dicho plazo pueda exceder del establecido en el artículo 236 de la LH*, que, a su vez, lo fija en cuatro días por cada finca o derecho, transcurrido el cual se puede acudir al recurso concedido en el artículo 228 de la LH, que no es otro sino el de queja.

Lo cierto es que el procedimiento de solicitud y obtención por el Notario de información registral por medio del telefax, solamente obliga al Registrador cuando se utilice a los fines del artículo 175 RN. En otro caso, no actuando el Notario en ejercicio de sus deberes, aunque sí sea de sus funciones, el Registrador, al tener que proceder aquel otro funcionario en calidad de tal y no como simple «interesado», no quepa proporcionar la información registral por medio de telefax, que sólo debe cuando se solicite al amparo del artículo 175 RN, circunstancia que deberá constar en la propia solicitud. Otra cosa será que los Registradores se aferren a esa idea, pues no me cabe la menor duda acerca de que, aunque no se ciña la petición al artículo 175 RN, aquellos suministrarán la información solicitada. Desde luego, lo hará el que esto escribe, porque el que no sea obligatorio no supone que no sea posible. La prudencia de los Notarios, de la que no dudo, me forzarán moralmente a ese proceder.

Debe quedar, en cambio, muy claro que la presentación por telefax de documentos, procedimiento absoluto y verdaderamente excepcional, debe acomodarse siempre a las exigencias y condicionamientos del artículo 249 RN, sin que quepa esa posible benevolencia del Registrador, que sólo es factible para la expedición de la información registral previa.

Pero volvamos al nuevo artículo 418.e) del RH.

Dice su apartado primero que *lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 418.c será de aplicación a las telecopias remitidas por los Notarios a los Registros de la Propiedad, conforme a lo previsto en el artículo 249, párrafo quinto, del RN*, es decir, a la presentación por telefax.

De acuerdo con el artículo 418.c RH, el Registrador que reciba el escrito del Notario autorizante, previa calificación de su competencia, primero, y *confirmación*, después, por telefax de la recepción, extenderá el asiento de presentación solicitado al *final del día* (hábil en el territorio del Registro, lo cual tiene transcendencia cuando el día es hábil en el lugar del otorgamiento y no es en el del Registro, lo que demorará un día la presentación), inmediatamente antes de la diligencia de cierre, es decir, que provocará el último asiento de presentación del día de la recepción (hábil, o sea, si el de recepción fuera inhábil, esa norma habrá de entenderse referida al siguiente), de modo que si fuesen varias las telecopias, los asientos se practicarán, por respeto al principio de prioridad, por el orden de recepción, de ahí la utilidad del envío de la solicitud aunque al Notario le conste que el día en que se produce es inhábil en el lugar de ubicación del Registro (todo ello si se acepta la interpretación que en este sentido expusimos antes).

Aunque el artículo 418.c RH no especifica el modo de confirmar el Registrador la recepción del escrito u oficio del Notario, aquél, sin embargo, no puede ser otro que el que expresa el artículo 418.b.3: *el acuse de recibo (o confirmación) ... deberá hacerse igualmente mediante telecopia, se consignará por medio de nota marginal en el Diario y se archivará en el legajo correspondiente.*

No se remite el artículo 418.e) del RH al apartado 2 del artículo 418.c, pero se ocupa de la materia de éste su propio apartado 2, lo que es debido a la posibilidad, no contemplada por el artículo 418.c RH, de la presentación mediante el tantas veces citado escrito u oficio del Notario autorizante.

Por eso es por lo que el apartado 2 del artículo 418.e, que ahora estamos comentando, dispone que «los asientos que se practiquen ... caducarán a los diez días hábiles (aquí, sí los del Registro) desde su extensión si en este plazo (o, mejor, si dentro de él) no se presenta en el Registro la copia auténtica de la escritura autorizada cuya telecopia o datos esenciales (esto último, para el escrito en cuestión; lo primero, cuando se utiliza ya la copia auténtica expedida) se hubieran reemitido. Esta segunda

presentación (que no lo es, sino la propia compleja presentación, con la reserva de rango obtenida) se hará constar por nota al margen del primer asiento (lo que prueba que no es segunda presentación, sino una única compleja presentación) y a partir de la fecha de esta nota correrán los plazos de calificación y despacho (señal de que ésta cierra ese complejo acto)>>.

Por constituir el «primer asiento» de presentación (o envolver) una reserva de rango, creo que la fecha que ha de hacerse constar en el asiento de inscripción no es la de la efectiva presentación de la copia autorizada sino la de aquel «primer asiento», a la que habrá de remitirse, asimismo, la caducidad del asiento de presentación. Me refiero, claro es, a la determinación del momento a partir del cual se van a producir los efectos del asiento de inscripción, es decir, al artículo 24 LH.

Justifica la brevedad de la duración de dicho «primer» asiento de presentación el hecho, precisamente, de ser un asiento que implica una excepcional reserva de rango, condicionada reglamentariamente en cuanto a su procedencia, el medio a emplear y su caducidad. Son obvias las razones que mueven al RH a exigir que no se demore la presentación «efectiva» en el Registro de la Propiedad. Y el plazo concedido para ella, diez días, es el mismo que establece el artículo 418.b, apartado 2 de RH para los supuestos que contempla el artículo 418.a de RH.

Como ya dijimos en su momento, la copia auténtica capaz de servir para la «segunda» presentación es aquella cuya *telecopia o datos esenciales* (la contemplada en el escrito u oficio de remisión) se hubieren remitido. No vale, pues, cualquier copia, sino precisamente la que se utilizó para la telecopia o para el envío de los datos esenciales, en la cual deberá figurar la nota de «confirmación» a que se refiere el último inciso del párrafo quinto del artículo 249 RN, en los términos que ya vimos anteriormente.

Para la adecuada interpretación de las normas de referencia no debe olvidarse nunca que el artículo 249 RN es una excepción a la prohibición general de presentación que se contiene en el artículo 420 RH.

No queremos terminar estas consideraciones sin recordar que, en nuestra opinión, todas las normas- estudiadas hasta ahora son aplicables en materia de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, afirmación que se basa en la disposición adicional tercera de su Ley reguladora de 16 de diciembre de 1954, según la cual *en el caso de insuficiencia de los preceptos de esta Ley, se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los bienes y con lo prevenido en los artículos anteriores*, incompatibilidad que indudablemente no se da en la materia expuesta hasta aquí.

Por otro lado, vigente aun el Reglamento del Registro Mercantil de 14 de febrero de 1956 en lo relativo a buques y aeronaves, subsiste también la disposición adicional cuarta, que se remite al Reglamento Hipotecario respecto de las materias no previstas en aquél en cuanto *no se opongan a él*, en calidad de supletorias. Esta sería una muestra más de la generosidad en la interpretación a que aludíamos al principio de estas notas.

XI. DOCUMENTOS AUTORIZADOS POR AGENTES DIPLOMÁTICOS Y CONSULARES DE ESPAÑA EN EL EXTRANJERO

No están sujetos dichos agentes cuando actúan en funciones notariales, según el nuevo inciso del artículo 5 del AT del RN, al cumplimiento de cuanto hasta ahora hemos expuesto, es decir, no es aplicable a los documentos autorizados por ellos lo dispuesto en el artículo 175 del RN, como tampoco lo es lo que establece el párrafo quinto del artículo 249 RN, relativo a la presentación en el Reg. Prop. de los documentos o escritos sustitutorios por telefax.

Sí, en cambio, es aplicable el párrafo 4 del propio artículo 249 RN, que se ocupa de establecer el plazo para la puesta a disposición del adquirente de, la copia de las escrituras que contengan actos inscribibles en el Reg. Prop.

Esta es la razón que justifica el párrafo 2 que se añade al artículo 5 del mismo AT del RN, que dice así: «La designación de cargas, gravámenes o responsabilidades a que puedan estar afectos los bienes objeto del contrato se hará constar, en primer término, por lo que resulte de la declaración de la parte transmitente o de la que constituya el gravamen y, en segundo lugar, por lo que aparezca de los títulos o documentos que se exhiban al Agente Diplomático o Consular. También podrán hacerse constar, cuando en ello estén conformes los contratantes, remitiéndose a lo que resulte de los libros del Registro de la Propiedad».

XII. DISPOSICIONES FINALES DEL RD

Decíamos al principio que en el RD se recogen dos Disposiciones Finales (DF).

A. *En la primera de ellas* se conceden dos autorizaciones. Una, al Ministerio de Justicia para dictar las disposiciones que se consideren necesarias para el desarrollo y ejecución de lo previsto en el RD. La otra, a la Dirección General de los Registros y del Notariado, para formar los modelos normalizados de solicitud y expedición de las telecopias sobre información registral previa.

De ello se deduce que la autorización concedida al Ministerio es amplísima y no señala más límites que los que se derivan de su propio contenido (desarrollo y ejecución del RD), lo que no ocurre con la concedida a la D.G., que se contrae a la confección de los modelos relativos a la solicitud y expedición de telecopias sobre información registral.

El hecho de haber de constreñirse el uso de esta última autorización a la formación de modelos relativos a los extremos expresados sobre información registral, supone que las facultades de la DG se ciñen al artículo 175 RN, con exclusión del 249 RN Y del 418.e de RH, lo que sin duda obedece a que estos últimos no precisan modelo

alguno por contener todos los datos, requisitos y circunstancias precisos. En efecto, la minuciosidad con que se produce el artículo 249 RN Y la efectividad, ya probada, del artículo 418.c del RH, a que se remite el artículo 418.e de RH, hacen innecesaria cualquier autorización al respecto, aunque se «olviden» algunos puntos cuya omisión ha de suplirse por el sentido común y por la contemplación de la naturaleza de las cosas, p. ej., la falta de referencia expresa a la identidad del Notario autorizante que solicita la presentación por telefax sobre la base del escrito a que se refiere el artículo 249 RH, omisión que no presenta dificultad alguna obviar, pues es evidente que el escrito (solicitud o instancia, al fin y al cabo) ha de ir firmado y sellado (no signado) por el Notario en cuestión.

B. *La segunda de las DF* se destina a fijar la entrada en vigor del RD, lo que tendrá lugar a los *seis meses* de su publicación en el B.O.E., publicación que tuvo lugar el día 6 de febrero de 1993, por lo que la entrada en vigor se producirá en igual día del mes de agosto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 del Código Civil.

RD 2.537/94, de 29 de diciembre

Comentarios a los arts. 175 del Reglamento Notarial, arts. 249, 354 a) y 418, 418 a) y 418 b) del Reglamento Hipotecario y el texto 5 en Anexo 3.º del Reglamento Notarial, más el 15 del mismo. Se comentan también la Disposición Adicional, las transitorias y las finales, todas ellas del R.D. 2.537/94, de 29 de diciembre, así como las derogatorias:

- 1.º La información ha de obtenerla el Notario ANTES de la autorización.
- 2.º Se ha de solicitar respecto de toda escritura:
 - de adquisición de bienes inmuebles,
 - o de constitución de un derecho real sobre ellos.

- 3.º Debe obtenerse mediante solicitud, que:
- Ha de contener el escrito con su sello; indicación del nombre del Notario, su domicilio; el número de su telefax; la descripción de la finca o fincas con sus datos registrales; situación conocida de cargas o bien reseña identificativa en la que se haga constar: naturaleza, término municipal de su situación, extensión y linderos, con indicación de lo que proceda del sitio o lugar si es rústica, o nombre de la localidad, calle, plaza o barrio, número, si lo tuviese, y piso o local, si es urbana, y, si son conocidos, datos registrales y los del titular registral o, al menos, del transmitente.
- 4.º La solicitud puede remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax.
- 5.º No hay obligación de solicitar:
- cuando se trate de actos de liberalidad;
 - cuando el transmitente del inmueble o el constituyente del derecho real sea una entidad de derecho público. Cuando el adquirente del inmueble o el beneficiario del derecho se declare satisfecho por la información resultante del título, de las afirmaciones del transmitente o constituyente y por lo pactado entre ellos. Pero, además, ha de hacerse constar la urgencia de la formalización del acto, que, si no es apreciada por el Notario, podrá denegar la prestación de sus funciones, así como en el caso de que albergue dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente o beneficiario.
- 6.º Puede solicitar el Notario dicha información:
- sin expresión de plazo,
 - para un día determinado comprendido dentro de los quince siguientes al de la petición. Esos días son naturales. Por tanto, se computan los festivos.
- 7.º Si se solicita para un día determinado, el Registro la enviará ese día con referencia a lo que resulta de la nota de cierre del Diario del día inmediatamente anterior.

Si no se contiene esa solicitud, deberá remitirse la información en el más breve plazo posible, aunque siempre dentro de los *tres días hábiles* siguientes al de la recepción de la solicitud.

Si por razón del número de fincas o la especial complejidad del historial registral se hiciera imposible la observancia del plazo, el Registro comunicará al Notario *el mismo día* de la recepción de la solicitud, la fecha en que remitirá la información, siempre dentro de los cinco días *hábiles* siguientes a dicha recepción.

8.º Dentro de los nueve días *naturales* siguientes al de remisión de la información, el Registro comunicará al Notario, en el mismo día en que se produzca, el hecho de haberse presentado en el diario otro u otros títulos que afecten a la información.

Lo mismo deberá hacer respecto de las solicitudes posteriores de información verificadas durante aquellos nueve días naturales, siempre que procedan de otro Notario.

9.º Si la finca no está situada en la demarcación registral de la solicitud, el Registro lo comunicará *inmediatamente* al Notario por medio de fax.

10.º Si no está inmatriculada, el Registro lo comunicará así al Notario, mencionando, en su caso, los documentos relativos a la finca pendientes, si los asientos de presentación estuvieran vigentes. ~

11.º Aunque el Notario no emplee el fax para la solicitud, la información sí ha de suministrarse siempre por telefax; y en él habrá el Registro de expresar mediante *simple nota*:

a) La coincidencia de los datos descriptivos y jurídicos proporcionados por el Notario con los registrales. La nota se extenderá al dorso o a continuación del documento en que figura la solicitud.

b) De las diferencias existentes y, además, el contenido de los asientos de presentación pendientes antes de la remisión y expresión de las solicitudes de información

recibidas de otros Notarios, pendientes o remitidos en los diez días *naturales* anteriores.

c) Todo ello, sin perjuicio de la información «continuada» a que se refiere el punto 8.º.

12.º Las comunicaciones por los Notarios de haber autorizado las Escrituras correspondientes a las informaciones se asentarán en el Diario de acuerdo con la regla general, si se reciben dentro de las horas de despacho.

En otro caso, se asentarán el día hábil siguiente *inmediatamente* después de extendida la nota de apertura del Diario, simultáneamente con las que se presenten físicamente a esa misma hora, de acuerdo con el artº 422 RH (los presentantes determinarán el orden de presentación, y, en su defecto, se presentarán correlativamente, haciendo constar aquella circunstancia y citando el número que se les haya dado o deba dárselos. Todo ello, si *no son contradictorios entre si*. Si lo son, se aplica la primera alternativa, y, en otro caso, se tomará anotación preventiva, con expresión de esa circunstancia, o, en su caso, la anotación solicitada (de suspensión, p. ej.) hasta que por los propios interesados o los Tribunales se decida la preferencia. En cualquier caso, al margen de los asientos se entenderá la oportuna nota marginal de referencia). Debe observarse lo demás dispuesto por el artº 422 RH.

13.º Los asientos caducan si en el plazo de los *diez días hábiles* siguientes no se presenta en el R.P. copia auténtica de la Escritura que los motivaron, presentación que se hará constar por nota al margen del primer asiento y, a partir de la fecha de esta nota, correrán los plazos de calificación y despacho. Esto quiere decir que aquella Escritura ha de ser objeto también de presentación.

14.º El Registro, por medio de telefax, ha de comunicar al Notario, el mismo día o el siguiente hábil, la recepción de la solicitud o su decisión de practicar o no el asiento, según proceda.

- 15.º Tanto las autoridades judiciales como las administrativas *pueden* recabar esa información, con aplicación de las mismas normas.
Pero además, pueden enviar por telefax las resoluciones judiciales o administrativas que pueden causar asientos registrales, el mismo día de su firma o en el siguiente hábil.
- 16.º En todos los casos, recibida una comunicación del Registro de origen (presentación por razones de urgencia en Registro incompetente), previa calificación hecha por el de destino de su competencia y confirmación de su recepción, extenderá el asiento de presentación conforme a la regla general.
- 17.º El plazo del punto 8.º (9 días naturales) queda reducido a veinticuatro horas siguientes a haberse producido la variación en la información registral a que se refiere el punto 7.º, *durante el plazo de un año* a contar desde la entrada en vigor del RD (1 de marzo de 1995).
- 18.º Es de interés destacar que durante ese mismo plazo y dentro de él el Diario deberá quedar informatizado en todos los Registros de la Propiedad de España.

En síntesis, la reforma del Reglamento Notarial puede exponerse así:

- 1.º Las Escrituras han de ser autorizadas dentro de los *diez días naturales* siguientes a la recepción de la información y las copias en el plazo más breve posible, dando preferencia a las más urgentes, pero en todo caso dentro del plazo de presentación a efectos del Impuesto (30 días). La copia deberá quedar a disposición del adquirente dentro de los *5 días hábiles siguientes* al otorgamiento, cualquiera que sea su contenido siempre que contenga actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad (incluso declaraciones de obra nueva, por ejemplo).

- 2.º El mismo día del otorgamiento de toda Escritura susceptible de inscripción, el Notario remitirá por fax o cualquier otro medio, comunicación suscrita y sellada, de haberla autorizado, lo que provocará el correspondiente asiento de presentación, en el que se consignarán:
- a) Fecha y número de la Escritura matriz.
 - b) Identidad de los otorgantes.
 - c) Derecho a que se refiere el título.
 - d) Identificación del inmueble y datos registrales, salvo en los casos de inmatriculación.
- 3.º El Notario hará constar en la matriz «o» en la copia (creo que debe ser «y»), si ya está expedida, la confirmación de la recepción y la decisión del Registro de la Propiedad de practicar o no el asiento de presentación, lo que se deberá llevar a cabo el mismo día o el siguiente hábil.

NOTA.-Prescindo de lo demás aquí, por carecer de interés registral, no sin advertir que prácticamente lo demás sigue igual.

JOAQUÍN LANZAS GALVACHE
Registrador de la Propiedad.

V

SESIÓN NECROLÓGICA EN RECUERDO DEL
ILUSTRE SR. D. JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN

En 1964 llegó a Sevilla un nuevo Catedrático de Historia del Derecho, enjuto, con nariz aguileña, serio, con rostro de fácil caricatura y por tanto muy identificador y con un bagaje de investigación ya importante. Era D. José MARTÍNEZ GIJÓN. Pronto supimos los compañeros que sus clases eran excelentes tanto por su contenido como por su valor pedagógico y tuvimos ocasión de comprobar que su seriedad no era solo aparente sino que su vida lo era también tanto por el rigor que exigía a los demás como por el que, ejemplarmente, se exigía a sí mismo en el cumplimiento de los deberes académicos.

Para MARTÍNEZ GIJÓN la Universidad no era sólo su trabajo sino que era también su vida porque no conoció otro quehacer que la Universidad y la Facultad de Derecho. Desempeñaba una materia como la Historia del Derecho que no requería la práctica del Derecho para lograr la experiencia enriquecedora y sin embargo el Profesor MARTÍNEZ GIJÓN era un excelente historiador y un gran jurista de dedicación exclusiva a la Universidad.

De un aspecto de esa dedicación a la Universidad voy a ocuparme especialmente: de su labor en el desempeño de cargos universitarios. Por referirme a los más importantes citaré los de Secretario de la Facultad de Derecho, Director del Servicio de Publicaciones de la Universidad, Director del Colegio Mayor Hernando Colón y Decano de la Facultad de Derecho.

Los cargos universitarios cuando se ejercen con la debida atención requieren mucho tiempo, tienen por lo general poco lucimiento externo, se está siempre de servicio por la convivencia con los compañeros y alumnos, restan tiempo para la investigación y están mal retribuidos. Hace falta mucha generosidad para aceptar el desempeño de los mismos. El Profesor MARTÍNEZ GIJÓN la derrochó a raudales.

Conocí pronto el buen hacer y la responsabilidad del Profesor MARTÍNEZ GIJÓN en el desempeño de la Secretaría de la Facultad de Derecho. Cuando en 1965, los compañeros me

eligieron Decano de dicha Facultad tuve el privilegio de formar un equipo de verdadero lujo, D. Manuel OLIVENCIA RUIZ aceptó ser Vicedecano y D. José MARTÍNEZ GIJÓN Secretario de la Facultad. Eran tiempos en que se presentía la masificación que de inmediato se iba a producir en las Universidades españolas y europeas y el Profesor MARTÍNEZ GIJÓN se dedicó a preparar la Secretaría para acoger un mayor elevado número de alumnos. Formábamos un equipo muy cohesionado y muchas veces nos reuníamos los tres, después de terminar la jornada de trabajo, para encauzar los problemas del día siguiente. De aquella época recuerdo especialmente el nuevo plan de estudios piloto, que por vía de experimentación se implantó, en 1965, en la Facultad de Derecho de Sevilla y que todavía está vigente. A cualquier hora que se buscara el Prof. MARTÍNEZ GIJÓN siempre estaba disponible y lo mismo era consejero de las decisiones del Decano que eficaz ejecutor de las mismas.

Fue Director del Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria de la Universidad de Sevilla, desde el 20 de noviembre de 1967 al 11 de noviembre de 1981 y también en este cargo tuve ocasión de comprobar de cerca su acierto y entrega, durante los años en que fui Rector de la Universidad, desde 1971 a 1975. El Secretariado de Publicaciones de una Universidad no puede editar toda la investigación que en ella se realiza, mucha se publica en el extranjero, otra gran parte en revistas españolas, pero el Profesor MARTÍNEZ GIJÓN consiguió que las Revistas elaboradas por las distintas Facultades y Departamentos de la Universidad de Sevilla se editasen por el Secretariado de Publicaciones y ofreció una especial acogida a las publicaciones de tesis doctorales y de trabajos de quienes preparaban cátedra.

Tuvo la feliz iniciativa de abrir el Secretariado de Publicaciones al gran público, mediante la que se denominó la «Colección de Bolsillo» en la que se publicaron infinidad de novelas y trabajos de ensayo de autores de gran prestigio. Muchas obras de la que se llamó narrativa andaluza vieron la luz en el Secretariado de Publicaciones. Recuerdo la satisfacción con la que

en 1974 me mostró el ensayo que le envió D. Claudio SÁNCHEZ ALBORNOZ, todavía en el exilio, titulado «De la Invasión Islámica al Estado Continental», y que se publicó como núm. 25 de la Colección de Bolsillo. D. Claudio decía en el prólogo al comentar la invitación recibida de nuestra Universidad: «No estoy habituado a recibir corteses solicitudes parejas de las Universidades españolas ... Deseaba complacer a mi gran amigo y colega MARTÍNEZ GIJÓN, que me instaba a enviar un original para la colección sevillana, pero no sabía como satisfacer a su pedido ... Al cabo me he decidido, sin embargo, a intentarlo y ahí va el engendro». El ensayo tiene capítulos tan sugestivos como los de España y el Islám, la Reconquista de la Reconquista, la Reforma Agraria ante la Historia y Caminos de Europa Hacia el Estado Continental.

Desde el 30 de septiembre de 1978 al 30 de junio de 1984, fue Director del Colegio Mayor Hernando Colón, uno de los más prestigiosos y antiguos de la Universidad de Sevilla. La Dirección de un Colegio Mayor requiere una gran entrega porque hay que convivir desde por la mañana a la noche, ésta incluida, con centenares de estudiantes de diversas Facultades y Escuelas y hay que preocuparse de aspectos tan dispares e importantes como el abastecimiento para la comida, la disciplina y la imprescindible labor cultural y formativa que un Colegio Mayor ha de desempeñar. Los seis años que el Profesor MARTÍNEZ GIJÓN estuvo al frente del Colegio Mayor Hernando Colón, fueron de gran fecundidad, tanto en el aspecto de la convivencia interfacultativa como en la intensa actividad cultural desarrollada.

Durante dos años y medio, desde el 7 de marzo de 1995 al 22 de noviembre de 1997, día de su fallecimiento, desempeñó el Decanato de la Facultad de Derecho, cargo que me consta pudo ejercer con anterioridad en varias ocasiones. Cuando D. Alfonso DE COSSÍO estaba de Catedrático en Sevilla y tenía que acudir a la Facultad de Derecho de Madrid para dar una conferencia o como miembro de un Tribunal de oposiciones a cátedra o para juzgar una tesis doctoral, a la vuelta siempre decía que aquello más que una Facultad parecía un aeropuerto por la cantidad de

personas que entraban y salían y por el continuo ajeteo en los pasillos.

Hace ya años que la Facultad de Sevilla con sus más de once mil alumnos se ha convertido en algo parecido. No es un número adecuado para la convivencia universitaria ni para sentir lealtad institucional. Todos los Catedráticos no forman parte del Claustro y el enriquecedor contacto entre los maestros es poco frecuente por no decir inexistente. Me preocupan las siguientes palabras de un discípulo del Profesor MARTÍNEZ GIJÓN, el también Profesor CLAVERO SALVADOR: «la deslealtad de la representación electoral no es la única entre nosotros, pero puede que sea la más grave por sí y por su influjo» y luego se refiere -son sus palabras- «a la práctica establecida de sindicación de votos en los órganos corporativos sustrayendo debates, despreciando acuerdos y manipulando procedimiento ya no sólo para ventajas sectoriales, sino incluso para logros personales».

Me consta que la recuperación de la vida corporativa universitaria era uno de los objetivos del Decanato del Profesor MARTÍNEZ GIJÓN pero una tarea tan trascendente y ardua requiere tiempo y salud y el escaso que estuvo de Decano y la enfermedad que minó su salud impidieron el logro de tan ambiciosa y noble finalidad.

De su paso por el Decanato quedan logros tan relevantes como las importantes obras realizadas en la Biblioteca, aspecto clave en toda Facultad, el incremento de las dotaciones para la adquisición de fondos bibliográficos y para aplicar las nuevas tecnologías en la investigación científica.

Tengo también el recuerdo de su defensa de la dignidad universitaria ante ciertos excesos de la llamada movida estudiantil. Cuando lo que se lleva es la fácil y demagógica complacencia con ciertos desmanes, el intento de dignificación de la Facultad demuestra todo un carácter, anteponiendo lo que se estima el cumplimiento de un deber a la nunca grata impopularidad.

En los cincuenta años que como profesor y alumno he dedicado a nuestra Facultad de Derecho, he conocido catorce

Decanos y sólo el Profesor MARTÍNEZ GIJÓN murió siéndolo y trabajando, hasta el último día, a pesar de su enfermedad.

No puedo omitir un aspecto de la vida del Profesor MARTÍNEZ GIJÓN, íntimamente unida a su actividad de Catedrático de Historia del Derecho y es el de haber sido designado Académico Numerario de esta Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Elegido en la primera votación de Académicos de esta Corporación, dedicó a ella entusiasmo e investigación. Con independencia de sus frecuentes intervenciones en las sesiones científicas mensuales de la Academia, deja escritas dos importantes aportaciones al fondo bibliográfico de esta casa. Una es su discurso de recepción, leído el de noviembre de 1992, titulado «En la definición de hijo natural. De las Leyes de Toro de 1505 al Código Civil en 1889» y forma parte de la Colección de discursos de la Academia.

La segunda fue leída, en su ausencia por enfermedad, en la sesión científica celebrada el 6 de octubre de 1997 y lleva por título «Notas sobre la Primera Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia», en las que da cuenta de la vida de una Academia que con tal nombre se creó en nuestra ciudad en la primera mitad del siglo XIX, dependiente del Colegio de Abogados y a la que estuvieron vinculados juristas tan prestigiosos como D. VENTURA CAMACHO y D. Manuel CORTINA.

Otra importante labor desempeñó el Profesor MARTÍNEZ GIJÓN en nuestra Academia ya que recibió el encargo de preparar los Anales de la misma en los que se refleja la vida de la Corporación y en los que se recogen las ponencias de los Académicos que se debaten en las sesiones científicas de aquella. Su muerte le impidió culminar la terminación del primer número, tarea que la Academia ha encomendado a nuestro compañero el Profesor PÉREZ LUÑO.

Pero si su vida fue ejemplar lo fue también su muerte. La última vez que lo vi fue precisamente en el mes de septiembre, en una sesión de la Junta de Gobierno de esta Academia que celebramos en el Decanato de la Facultad de Derecho. Nos dijo

que algunas personas le indicaban que tenía buen aspecto y el nos comentó que al decide eso no sabían las tardes que él pasaba. No pudimos terminar la sesión porque, sin él decir nada, nuestro Secretario D. Francisco BAENA BOCANEGRA se dió cuenta de que no se encontraba bien y nuestro Presidente D. Ángel OLAVARRÍA TÉLLEZ levantó la sesión.

Leyendo a LAÍN ENTRALGO en su libro «El problema de ser cristiano», de reciente aparición, vino a mi memoria el recuerdo del Prof. MARTÍNEZ GIJÓN. Me encontré con la afirmación de que el suceso más decisivo en la conquista de la dignidad del hombre es su actitud ante el dolor no merecido lo que lleva a muchos enfermos a preguntarse en su intimidad ¿por qué me ha tocado a mí, precisamente a mí, la mala fortuna de sufrir la enfermedad que padezco? Junto al descubrimiento del dolor no merecido, está el de que el sufrimiento de la enfermedad puede enriquecer nuestra existencia, algo que llevó a decir a VON BÜLOW que sin la experiencia de la enfermedad y del dolor no hubiese podido tener plena conciencia de su primera naturaleza.

El Profesor MARTÍNEZ GIJÓN vivió y murió con dignidad y al aceptar ejemplarmente el dolor no merecido, no sólo enriqueció su existencia sino que nos dió a todos su mejor lección.

**SESIÓN NECROLÓGICA EN RECUERDO
DEL ILUSTRE SR. D. JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN**

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO

En 1984, el Consejo de Redacción de la Revista *Historia. Instituciones. Documentos* (nacida diez años antes en la Universidad de Sevilla, como fruto de la colaboración entre medievalistas, paleógrafos e historiadores del Derecho de dicha Universidad), dedicó el número 11 al Profesor Dr. Don José MARTÍNEZ GIJÓN, al cumplirse su vigésimo quinto aniversario como Catedrático de Universidad. En el currículum científico del homenajeado se lee que su tesis doctoral fue dirigida por el Profesor Don RAFAEL GIBERT, su primer maestro en Historia del Derecho, y algo más abajo se alude al Profesor GARCÍA-GALLO, «cuyo magisterio ha sido básico en la formación científica inicial de MARTÍNEZ GIJÓN».

De Alfonso GARCÍA-GALLO ha escrito TOMÁS y VALIENTE que fue el hombre más importante en la Historia del Derecho español durante los últimos cincuenta años, por la extraordinaria y sostenida calidad de sus publicaciones y por la permanencia de su dedicación exclusiva a la docencia ya la investigación. En 1985, en la nota al lector firmada por el Consejo de Dirección del *Anuario de Derecho Español*, se dice que «nadie ha escrito tanto y sobre temas tan diversos dentro de la Historia del Derecho durante los últimos cincuenta años como GARCÍA-GALLO».

Entre 1960 y 1985, en efecto, fue casi imposible iniciar un trabajo de investigación sin referirse a lo escrito por GARCÍA-GALLO, y con mucha frecuencia las investigaciones surgieron a partir de él o en polémica con él. En definitiva, dos modos de estar presente.

En todo caso, y en relación con la Historia del Derecho, GARCÍA-GALLO fue quien más influencia ejerció en España. Ocupó puestos claves en el Instituto de Estudios Jurídicos y en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, que le permitieron dirigir el *Anuario* e intervenir de forma decisiva en la composición de muchos tribunales de oposiciones a cátedras.

Con frecuencia entraban en contacto con él jóvenes procedentes de otras Universidades que sin perder su vinculación con sus respectivos maestros obtenían su visto bueno definitivo; en este sentido, su patrocinio fue más amplio que su magisterio directo.

Uno de esos jóvenes fue José MARTÍNEZ GIJÓN, quien llegó a Madrid en el otoño de 1956, procedente de la Universidad de Granada, en la que había obtenido el Premio Extraordinario de Licenciatura en 1954, y poco después el grado de doctor con una tesis sobre *La comunidad hereditaria de bienes y la partición de bienes en el derecho medieval español*.

MARTÍNEZ GIJÓN reconoció públicamente ese doble magisterio, y dedicó su libro *La Compañía mercantil en Castilla* hasta las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737. Legislación y doctrina (editada en 1979 por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla), «a don RAFAEL GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA Y a don Alfonso GARCÍA-GALLO DE DIEGO, mis maestros en la Historia del Derecho».

Que el Consejo de la Revista *Historia. Instituciones. Documentos* dedicara un número al Profesor MARTÍNEZ GIJÓN al cumplirse su vigésimo quinto aniversario como Catedrático de Universidad, es un hecho que da testimonio de su condición de maestro y de la consideración como tal por un número importante de historiadores del Derecho. Hecho además que permite una pregunta de no fácil respuesta: ¿formó escuela José MARTÍNEZ GIJÓN?

Durante muchos años José MARTÍNEZ GIJÓN fue un catedrático dedicado de modo exclusivo a la enseñanza y a la investigación. Dirigió muchas tesis doctorales entre las que se encuentran las de los profesores Enrique GACTO, Juan Antonio ALEJANDRE, Bartolomé CLAVEERO, José María GARCÍA MARÍN, Antonio MERCHÁN, Alberto GARCÍA ULECIA, Raquel RICO LINAGE, Carlos PETIT CALVO, Carlos DÍAZ REMENTERÍA, Fernando MURO ROMERO, José Manuel DE CÁRDENAS Y Jesús VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA

REGUERA. De los contenidos y fechas de estas tesis doctorales procuré dar cuenta en mi contestación al discurso de ingreso del Profesor MARTÍNEZ GIJÓN en esta Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

¿Puede afirmarse entonces la existencia de una escuela de Sevilla? En su estudio *Escuelas e Historiografía en la Historia del Derecho Español* (1960-1985), cuyo conocimiento debo a mi querido amigo y admirado compañero José María GARCÍA MARÍN, Francisco TOMÁS y VALIENTE escribió que

«en Sevilla y en torno a MARTÍNEZ GIJÓN hubo en los años sesenta y setenta un foco intenso, un grupo nutrido y notable de jóvenes investigadores. Si para hablar con propiedad de escuela hay que exigir homogeneidad teórica, sobre conceptos y métodos compartida entre maestro y discípulos, y la constancia en el cultivo común de determinadas líneas de investigación, quizá no sea muy riguroso hablar de escuela de Sevilla. En todo caso, al menos el núcleo de esa relación se dio, aunque la actual dispersión geográfica de aquellos entonces jóvenes investigadores (trocados hoy en maduros catedráticos) no facilite la percepción de tan fecundo fenómeno universitario».

Comparto el análisis de Francisco TOMÁS y VALIENTE, pero no, en cambio, una valoración que poco antes hace, en el trabajo citado, sobre aquel «fecundo fenómeno universitario. Francisco TOMÁS se preguntaba acerca de si los discípulos cuyas tesis doctorales dirigió forman con MARTÍNEZ GIJÓN una escuela científica, y escribió que hay entre ellos una evidente vinculación académica:

«todos fueron alumnos suyos de licenciatura y de doctorado y todos recibieron el patrocinio de MARTÍNEZ GIJÓN a lo largo de su vida académica. En ese sentido puede hablarse de escuela y darle el nombre de la Universidad de procedencia».

Es el término *patrocinio* el que me lleva a discrepar, en este punto, de la opinión de Francisco TOMÁS. Si de GARCÍA-GALLO creo que es fundado decir que «su patrocinio fue más amplio que su magisterio directo» (aunque este último es innegable en lo relativo a las fuentes medievales del Derecho, el

Derecho indiano, o sus estudios sobre Historia del Derecho privado), en MARTÍNEZ GIJÓN, en cambio, creo firmemente que *prevalece el magisterio directo sobre el patrocinio*.

Un testimonio de ello es, por ejemplo, la tesis doctoral de Carlos PETIT CALVO *La compañía mercantil en Bilbao, 1739-1829*, fruto del estímulo que las investigaciones de MARTÍNEZ GIJÓN supusieron para el cultivo de la historia del Derecho de sociedades. La tesis de Carlos PETIT fue publicada un año después de la aparición de la acaso mejor obra de José MARTÍNEZ GIJÓN, *La Compañía mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737. Legislación y doctrina*. La continuidad temática y cronológica entre el libro de un discípulo y la obra del maestro no escapó al fino sentido del Profesor OLIVENCIA, quien en su nota. *Sobre la historia de la compañía mercantil. Aportaciones del Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla* señaló acertadamente que

«el hecho de que la línea de investigación del Profesor MARTÍNEZ GIJÓN haya sido seguida por colaboradores suyos en el Departamento de Historia del Derecho de la Universidad Hispalense constituye un ejemplo de seriedad investigadora, de buen magisterio y de ajustada coordinación de un trabajo de equipo, que no debe pasar desapercibido» (*Revista de Derecho Mercantil*, número 160,1981, pág. 319).

El grupo de Sevilla, ese «fecundo fenómeno universitario», en palabras de Francisco TOMÁS y VALIENTE, estuvo dirigido e inspirado por un universitario granadino, profesor en Salamanca y luego en Sevilla, que no pretendía erigirse en «jefe de filas», y que en Universidades «de provincias», como entonces se decía, nunca aspiró a ser el profesor que más influencia podía ejercer en España.

La *auctoritas* del magisterio, en el respeto de la libertad investigadora y personal, es el rasgo distintivo de aquel equipo de trabajo científico. Testimonio de ello es, por ejemplo, Bartolomé CLAVERO, de quien Francisco TOMÁS y VALIENTE escribió que «quien leyera trabajos monográficos de MARTÍNEZ GIJÓN

y a continuación otros de CLAVERO no podría advertir entre ellos líneas derivativas».

Respeto de la libertad investigadora y personal de quienes se acercaron al Profesor MARTÍNEZ GIJÓN, en Salamanca o en Sevilla (alguno, como Enrique GACTO, desde los mismos estudios de Licenciatura, desplazándose con él de Salamanca a Sevilla cuando MARTÍNEZ GIJÓN dejó aquella Universidad para venir a ésta), o de quienes (alguno, como José María GARCÍA MARÍN, sin haber sido alumno de MARTÍNEZ GIJÓN en la Licenciatura) aceptaron su invitación a trabajar con él.

Este último dato me parece esencial testimonio de una manera de ser, de una búsqueda del otro en el objetivo final de trabajar científicamente juntos y en libertad intelectual. Un tema propuesto por el maestro podía no atraer científicamente al discípulo; MARTÍNEZ GIJÓN sugerirá entonces el estudio de las Actas del Primer Simposio de Historia de la Administración - un sector tan distinto de los que él venía cultivando- y de ahí surgirá una espléndida tesis doctoral, publicada en 1972 por la Universidad de Sevilla (*Teoría general del oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media*), semilla y germen de posteriores estudios del Profesor GARCÍA MARÍN sobre distintos sectores de la historia del Derecho público español.

Más que los resultados de una labor científica, que procuré poner de manifiesto en mi contestación a su discurso de ingreso en esta Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia el 1 de noviembre de 1992, he querido señalar -convencido de que es verdad aquello que en la memoria existe- lo que para mí es más importante aún, lo que debe seguir inspirándonos del hombre bueno y de bien que fue José MARTÍNEZ GIJÓN: el testimonio intelectual de un universitario sin ambiciones triunfalistas, y el ejemplo de su entrega a la investigación en la libertad.

**NOTAS SOBRE LA PRIMERA ACADEMIA
SEVILLANA DE LEGISLACIÓN Y
JURISPRUDENCIA •**

JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN

* Este artículo del prof. MARTÍNEZ GIJÓN fue redactado y entregado a la Revista en septiembre de 1997. En su contribución al volumen 25, con el que pretendíamos celebrar las Bodas de Plata de una publicación que él contribuyó a crear y de la que fue director durante muchos años.

A Ángel OLAVARRÍA TÉLLEZ, primer presidente y alma de la segunda Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

En el estado actual de la investigación son muy pocos los datos que sobre esta corporación conoce el autor de estas notas. Se basan en las noticias que sobre las actividades de la Academia ofrece una revista jurídica que comenzó a publicarse en Sevilla en 1853 y cesó en 1857. Se trata de *La Ley*. Revista de Legislación, Jurisprudencia, Administración y Notariado, que es órgano oficial del Ilustre Colegio de Abogados y de la Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, como se hace constar en la portada de dicha revista. Aparecían sus números los días 10, 20, y último de cada mes, y su composición material se llevaba a cabo en la imprenta y taller de encuadernación, situados en la calle de Francos números 44 y 45, y de Pajaritos núm. 12, más tarde en la calle de Colcheros número 21. Desde mayo de 1856, la redacción y la administración de la revista están sitas en la calle de Toqueros núm. 4, donde al año siguiente Don VENNTURA CAMACHO, del que inmediatamente hablaremos, abrirá estudio de abogado (núm. 147, martes 10 de febrero de 1857, año V, tomo 9, primer semestre, pág. 70). *La Ley* notifica a sus lectores, en su sección de advertencias, que el nuevo editor e impresor de la revista era Don Antonio IZQUIERDO, en la calle de Pajaritos número 45.

Dirigía la revista el doctor Don VENTURA CAMACHO y CARBAJO, que además figura como propietario de la misma, y desempeñaba el cargo de bibliotecario 1.º de la provincial y de la Universidad Literaria de esta ciudad de Sevilla. En su contenido, se distinguían en la revista una parte doctrinal, otra oficial de recopilación legislativa y otra práctica representada esta última por la crónica de los tribunales, siendo frecuente la inclusión de una sección de jurisprudencia administrativa. Se completa con la sección de variedades sobre las actividades de la Academia Sevillana, Colegio de Abogados, aperturas de curso,

nombramientos y ceses de cargos académicos, corporativos o judiciales, procesos de delitos célebres por su gravedad, ejecución de penas, indultos, etc. Al final de cada número solían insertarse anuncios bibliográficos de obras jurídicas y advertencias a los suscriptores o lectores de la revista.

Y no está de más aportar algunos datos sobre el fundador de *La Ley*, Don VENTURA CAMACHO y CARBAJO. Ya conocemos sus títulos y sus cargos, y sabemos que era el alma de la revista, su director, principal redactor y propietario de la misma. Fue separado de sus cargos públicos, contra toda justicia, por la Junta de Gobierno de Sevilla, constituida a raíz de la revolución de 1854. *La Ley* publica el sábado 20 de enero de 1855 (núm. 74, año III, tomo 2, primer semestre, págs. 25-31), un artículo titulado Moralidad pública, firmado por M.C., que es todo un currículum del depuesto empleado, que había conseguido aumentar los fondos de la biblioteca de 30.000 volúmenes que recibió, cuando por vez primera se abrió el servicio, a 45.000, en el momento en que se publica el artículo, «y esto ha sido debido, no tanto a los fondos (económicos) que se le han facilitado para la adquisición de libros, como a su esmero en comprarlos de lance en las testamentarías y librerías de usado por una cuarta, quinta y aún décima parte de su valor, habiendo adquirido de este modo dos terceras partes de los libros comprados en los seis últimos años». Se destaca su labor técnica, «de colocación, numeración de índices, y modo de dar el servicio», por lo que no se duda en asegurar que la biblioteca de la Universidad de Sevilla, «es el primer establecimiento de España, debido todo a los importantes y asiduos trabajos que bajo su dirección (la de Don VENTURA CAMACHO) se han practicado por los demás empleados del establecimiento». Don VENTURA CAMACHO fue repuesto en sus cargos por una Real orden de 21 de enero de 1857 (*La Ley* . 174, viernes 30 de enero de 1857, año V, tomo 9, primer semestre pág. 44).

Efectos, -los descritos, de la antítesis entre moderados y progresistas, con juicios de valor del articulista sobre el ministro de Gracia y Justicia, que, al separar de su cargo al Señor CAMACHO, se ha fijado lo en la Gracia y ha vuelto

completamente las espaldas a la Justicia. «No diremos -se afirma también en el mencionado articulote no pueda ser (el ministro) un Catón, pero en el caso presente no ha sido tan fuerte de espíritu, que haya podido resistir a la sugestión, si son ciertas, de los padres de la patria, los cuales a su vez, según esto, no deben algunos de ellos haber sido mandados por los electores al Congreso sólo para hacer leyes, que también deben tener encargo de mirar por la familia».

Vayamos a lo que más puede interesarnos en esta ocasión del currículo de Don VENTURA CAMACHO. Interviene, junto con otros cuatro o cinco personajes, en la tramitación que hubo de seguirse para que se creara la Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, «que tan necesaria era en una capital de primera clase, donde hay Audiencia, Universidad Literaria y Colegio de Abogados, y que en vano se había pugnado por fundar en distintas ocasiones». Y forma parte de la comisión que redactó los estatutos y el reglamento interno de la Academia.

Las primeras elecciones generales celebradas por la Academia tuvieron lugar, según el articulista M.C., en 1847. Desde ese año Don VENTURA CAMACHO ocupa sucesivamente cargos en la junta de gobierno de la Academia: revisor; censor como resultado de las elecciones de 1849, 1850 Y 1851. En las de 1854 es elegido vicepresidente segundo, cargo que conservaba cuando el artículo Moralidad pública vio la luz en La Ley. Fue además presidente durante tres años de la sección de legislación universal y derecho público de España, que era la sexta de las que se dividía la Academia.

* * *

Conviene aclarar que no es un trabajo de investigación historico-jurídica el que aquí se ofrece, por no ser ni exhaustivo ni agotar todas las fuentes, caso de que existan, sobre el origen y la desaparición de esta primera Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Un abogado sevillano, Don José SANTOS TORRES, ha buscado documentación sobre la Academia en el

archivo del Colegio de Abogados, en el Ateneo y en la biblioteca de la Sociedad Económica de Amigos del País, sin resultado alguno. SANTOS TORRES apunta que alguna información pudiera encontrarse en la prensa local de la época. Un superficial examen de los ficheros de la biblioteca general de la Universidad, realizado por el autor de estas notas, tampoco ha sido fructífero.

Alguna utilidad pueden tener estas páginas, a pesar de sus carencias y limitaciones: hubo un antes de 1853 y un después de 1857, en los que la Academia funciona, que no son objeto de esta nuestra historia. La actual Academia puede aproximarse a su propia historia, entrar en contacto con ella y conocer parcialmente sus vicisitudes. Otros investigadores, expertos en historia local, y no lo es el que esto escribe, quizás puedan algún día ofrecer la historia completa de esta primera Academia, corporación cultural y científica para el estudio del Derecho con actividad en la ciudad de Sevilla.

Y en este apartado quiero agradecer al académico VÁZQUEZ SANZ que me haya animado a redactar estas notas. Y el académico OLIVENCIA RUIZ que descubriera y me comunicara que la revista *La Ley* era el órgano oficial de la primera Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, de la que nos estamos ocupando.

* * *

Pasemos a ver algunas cuestiones de mayor calado.

El autor del citado artículo titulado *Moralidad pública* añade un dato sobre Don VENTURA CAMACHO que, unido a otro al que enseguida nos referiremos, obliga a preguntarnos por la clase de Academia ante la que nos encontramos. «Desempeñó, finalmente, en la misma Academia en cuatro cursos la cátedra de Derecho romano, por lo que y por sus anteriores servicios fue nombrado en mayo de 1854 académico de mérito que es el supremo honor a que puede llegarse en esta corporación». En otro lugar, la misma revista informa que Don VENTURA CAMACHO

es académico profesor de la de Madrid (núm. 147, martes 10 de febrero de 1857, año V, tomo 9, primer semestre, pág. 70).

El otro dato es de 1857 (núm. 175, viernes 20 de noviembre, año Y, tomo 10, segundo semestre, pág. 335). Bajo la rúbrica Academia de Jurisprudencia se enumeran las enseñanzas que se explicaban en dicha Academia durante ese curso:

Derecho penal. Lunes a las 6.- Don MIGUEL H. Y GUTIÉRREZ. *Anatomía y medicina legal.* Lunes a las oraciones.- Don Javier P. LASSO DE LA VEGA.

Derecho canónico. Martes a las 6.- Don RAFAEL VILLAGRÁN.

Derecho administrativo. Miércoles a las 6.- Don VENTURA CAMACHO.

Derecho público. Miércoles a las oraciones.- Don PEDRO ANGIOLETTI.

Procedimientos. Jueves a las 6.- Don Agustín M. DE LA CUADRA.

Historia de la legislación española. Jueves a las oraciones.- Don Diego A. DE LOS CORRALES.

Derecho patrio. Viernes a las oraciones.- Don Pedro GONZÁLEZ y GUTIÉRREZ.

Derecho internacional. Sábado a las 6.- Don Luis J. HUIDOBRO. Ambos datos pueden interpretarse a favor de una Academia SEVILLANA de Legislación y Jurisprudencia del estilo de las Teóricas-prácticas de Derecho, con cursos reglados, profesorado específico, alumnos inscritos, etc., que obedecían a lo previsto a partir de un plan de estudios de 14 de octubre de 1824, según el cual los que se graduaban de licenciados tenían que cursar otro año de prácticas en dichas Academias antes de presentarse al examen de abogados (ver Joaquín ESCRICHE, «Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, 1», Madrid 1874, v.s. *Academia de Jurisprudencia y Legislación*, págs. 163 y 164).

Son datos aislados que no permiten un pronunciamiento definitivo. Es más, cuando en 1856 Don VENTURA CAMACHO publica en *La Ley* un artículo titulado *Academia de*

Jurisprudencia (núm. 143, sábado 20 de diciembre, año IV, tomo 8, segundo semestre, págs. 385-388), en el que analiza el estado de la corporación, floreciente a su juicio, a pesar de algunas crisis precedentes, debidas «a la ambición de algunos, la envidia de otros, el espíritu de insubordinación de éstos, la vanidad y presunción de aquellos, no faltando tampoco quienes so pretexto de protección contribuyeron de una manera hipócrita a que llegase a un grado de consunción que se acercaba a la muerte con ánimo de que al fin sucumbiese», el autor no hace alusión alguna a una Academia de práctica forense reglada. Combina -nos dice-, eso sí, el estudio, adelanto y desarrollo de la ciencia de las leyes, la teoría del Derecho, los ejercicios teóricos, con otros prácticos, ambos con periodicidad semanal.

El autor así los describe:

«Hemos presenciado unos ejercicios teóricos los martes a las oraciones que nada dejan de desear tanto en el trabajo encomendado a los disertantes como en la reflexiones que hacen por los que no están conformes con las ideas emitidas en el discurso».

«Pero donde hemos tenido la mayor sorpresa ha sido en los ejercicios prácticos, que se celebran los sábados a la misma hora, en los cuales hemos visto seguir con el mayor orden y exactitud la sustanciación de los negocios repartidos, en cuyas vistas se han pronunciado discursos con una naturalidad, una soltura, una fuerza de discurso y unas formas en el decir que con razón podrían envidiar algunos letrados que lleven algunos años de práctica ... ».

Desde 1853, *La Ley* (núm. 5, domingo 20 de febrero, año 1, tomo 1, primer semestre, págs. 117 y 118) informa sobre las actividades de la Academia de Legislación y Jurisprudencia, en unos términos que abundan en lo que acaba de decirse:

«La Academia de Jurisprudencia y Legislación de esta ciudad, que tantas pruebas tiene dadas de su afición al estudio del Derecho, sigue ocupándose los martes y los sábados por la noche en la discusión de los asuntos que tiempo ha trae entre manos y en la sustanciación de puntos prácticos del mayor interés, no sólo para los alumnos de Jurisprudencia que están en el caso de aprovecharse más de estos trabajos, sino para los jóvenes abogados que tienen en la Academia una práctica en que puede salir de muchas duda de las

que naturalmente ocurren a los principiantes, por muy aplicados que hayan sido durante la carrera».

Sesiones teóricas y sesiones prácticas constituyen la actividad normal y pública de la Academia, a las que concurren voluntariamente estudiantes de Jurisprudencia y jóvenes abogados.

En otro orden de cosas, la Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia era una corporación de rango menor, al igual que la matritense del mismo nombre e idénticos fines, comparados con las nacionales ya existentes y reconocidas por la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, y que eran la de la Historia, la de San Fernando o de Nobles Artes y la de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales y con la de Ciencias Morales y Políticas que crea dicha Ley. Radicaban en Madrid y contaban con partidas presupuestarias para cumplir con el objeto de su instituto. Pero incluso las que no eran nacionales requerían aprobación y la de sus estatutos por la Corona (en *La Ley*, núm. 1, 10 de enero de 1853, año 1, tomo 1, primer semestre, pág. 23).

La de Legislación y Jurisprudencia de Madrid no era una Academia nacional. Ésta y la de Sevilla resultan similares en rango y fines. Prueba de esto es el convenio celebrado entre ambas Academias, que *La Ley* publica tal y como se lo remitió el secretario primero de la de Sevilla, Don Serafín ADAME y MUÑOZ. Sus bases literales eran éstas:

«1ª: Los individuos de una de las dos corporaciones serán Académicos correspondientes de la otra y cuando trasladen su residencia de Madrid a Sevilla o al contrario, serán incorporados en el punto donde la fijen y en la clase a que pertenezcan por los Estatutos de la Academia de donde procedan, siempre que prueben que pertenecen a ella ya por medio del título o de una certificación firmada por el Presidente, Censor y Secretario que así lo acredite.

2ª: Ambas corporaciones se remitirán todos los años el acta de la sesión inaugural y cualquier memoria que impriman.

3ª. Se guardará en los Archivos de las dos Academias una copia autorizada de este convenio. Es copia, etc. Manuel AGUIRRE DE TEJADA. Serafín ADAME y MUÑOZ». (Núm. 15,30 de mayo de 1853, año 1, tomo 1, primer semestre, págs. 374 y 375).

Resultan unas Academias plenamente equiparadas. En virtud del convenio creo poder afirmar que adquirida la condición de Académico por una y otra Academia, se ejerce con iguales derechos y obligaciones en la de Madrid o Sevilla, según sea la ciudad de residencia del interesado. A su vez, lo residentes en una u otra de estas ciudades son siempre correspondientes de aquella en la que no están domiciliados.

Convenida la comunicación de personas dada «la identidad de objetos y la igualdad de naturaleza de las Academias de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y Sevilla» (en el preámbulo de la comunicación del secretario ADAME remitiendo el texto del convenio a La Ley), era igualmente lógico que se estableciese un intercambio entre las publicaciones de ambas corporaciones, del que también se ocupa el acuerdo.

* * *

Volvamos sobre la actividad y el funcionamiento normales durante un curso, tomando por base las noticias que publica *La Ley* el jueves 20 de noviembre de 1856 (núm. 140, año IV, tomo 8, segundo semestre, pág. 332).

Comienzan con un acto de apertura, en el que el secretario, a la sazón Sebastián GARCÍA PEGO, leyó una memoria sobre los trabajos realizados en el año anterior, justificando la discusión jurídica como tarea de la Academia, cuenta habida de la incoherencia de la legislación vigente. A continuación el presidente Don Manuel DE CAMPOS y OVIEDO, pronunció un discurso, breve según se dice, y en el que llamó la atención sobre la necesidad de que la Academia estudiara no sólo las leyes sustantivas sino también las adjetivas, para que, con respecto a éstas, se refiriera a la de Enjuiciamiento Civil, «se fije la manifestación práctica de sus ordenamientos y mandatos». Al acto

asistieron numerosas personas de categoría, con presidencia del señor Regente interino de la Audiencia, en su calidad de viceprotector de la Academia. *La Ley* publicará el discurso del presidente Don Manuel DE CAMPOS y OVIEDO, en realidad vicepresidente primero y presidente interino por renuncia del elegido (núm. 112, domingo 10 de febrero de 1856, año IV, tomo 8, primer semestre, págs. 73-75).

Las sesiones se suceden a lo largo de los cursos. Hubo sesiones teóricas sobre

- * Disposiciones de los números 2.º y 3.º del Código penal, sobre las circunstancias de exculpación que establece con respecto a la edad.
- * Origen y organización de los juzgados de paz.
- * Competencia en el conocimiento de las testamentarías y abintestatos de los extranjeros.
- * Delitos contra la religión.
- * Validez de la rescisión por lesión de un contrato de compraventa con pacto de retro, después de los cuatro años de perfección del contrato.
- * Admisión o rechazo del juramento en las actuaciones judiciales.
- * Tutela.
- * Tutela de la madre que contrae segundas nupcias.
- * Validez de la condición impuesta por el testador al heredero de casarse con persona determinada de la familia.
- * Memoria sobre el Consejo de Francia.

En el núm. 177 de *La Ley*, del jueves 10 de diciembre de 1857 (año V, tomo 10, segundo semestre, pág. 381), el director de la revista propone a la Academia para las sesiones teóricas los temas siguientes:

- 1.º Caracteres y circunstancias que deben adornar al legislador para que las leyes que forme sean a propósito para el gobierno del pueblo.
- 2.º Influencia que la religión de un estado debe tener en la formación de las leyes.
- 3.º Origen de las testamentificación; su necesidad para el buen régimen de la sociedad doméstica.
- 4.º El matrimonio considerado en sus relaciones con la familia y con la sociedad.
- 5.º El orden judicial ¿es un poder independiente del legislativo y del ejecutivo?, y
- 6.º ¿La centralización exagerada de la escuela doctrinaria y la descentralización de la escuela radical son buenos elementos para el régimen judicial y administrativo de una nación?

En las sesiones prácticas se vieron estos asuntos:

- * Vista de un pleito sobre si el albacea con arreglo a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, podía promover los juicios universales de testamentaría, o tenía personalidad para pedir su provocación por el heredero.
- * Vista de un pleito sobre si el albacea podía promover los juicios de abintestato.
- * Pleito sobre el pacto retroventa.
- * Causa sobre homicidio, centrada sobre si la embriaguez que produce locura debe considerarse circunstancia exculpatoria o únicamente como atenuante.
- * Pleito sobre bienes reservables.

En las sesiones teóricas un académico expone la cuestión y su posición sobre la misma. Abierto el debate, los académicos que quieren intervenir hacen uso de la palabra, con contestación del ponente. Una misma cuestión puede ser objeto de varias sesiones. Una vez que se entiende suficientemente discutida, el académico

que preside resume el debate, señala sus características, propone conclusiones, y levanta la sesión.

En las sesiones prácticas informan quienes hacen las veces de abogados, preside quien ocupa el lugar de juez, y asiste un escribano. Cuando la causa es penal actúa un promotor fiscal y un abogado defensor. Propuesta una sentencia por quien actúa de juez, se abre el debate.

Unas y otras eran sesiones ordinarias y públicas, con mayor o menor concurrencia. Se comprueba la existencia de comisiones dentro de la Academia (sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, para la concesión de un premio especial a la ponencia de algún académico, de códigos, de legislación universal y derecho público de España ...). Las reuniones de las comisiones eran secretas o privadas, aunque de sus resultados y conclusiones, salvando los votos particulares, se daba cuenta, en algún caso, en sesión pública.

Por vía de comisiones la Academia estudió el proyecto de Código civil de 30 de abril de 1851, entregado al ministro de Gracia y Justicia, Don VENTURA GONZÁLEZ Romero, por el vocal de la comisión nacional de códigos Don ANTÓN DE LUZURIAGA. Una Real orden de 12 de junio resolvió someter el proyecto a información pública de las Universidades, Audiencias, Colegios de Abogados y personas ilustradas, lo que justifica el celo con que acomete la tarea la Academia sevillana, aunque sus conclusiones quedaran inéditas. La noticia la publica La Ley (núm. 2, jueves 20 de enero de 1853, año 1, tomo 1, primer semestre, pág. 48):

«La Academia de Legislación y Jurisprudencia continúa ocupándose con el mayor celo del proyecto del Código civil. En el año anterior se hicieron por varias comisiones, nombradas al efecto, trabajos tan importantes sobre esta materia, que probablemente podrán competir si no exceder, a los mejores que sobre este punto se hayan hecho en el reino, y es lástima que no se hayan publicado. Daremos con frecuencia noticia de lo que se vaya adelantando en el estudio de un proyecto de tanto interés para todos, que debe ponerse un especial empeño en hacer sobre

él las observaciones oportunas, antes de que se publique con fuerza obligatoria».

La Academia poseía «unas buenas habitaciones» donde se reunía, según noticia del abogado Don Agustín María DE LA CUADRA, que formaba parte de la junta de gobierno del Colegio de Abogados, que por contra carecía de lugar para sus reuniones. No precisa el lugar en que estaban situadas; opina que la Academia las cedería gustosísima al Colegio para que éste establezca su secretaría, su archivo y celebre sus reuniones. «De esta manera, además, adquirirán ambos cuerpos todo el esplendor, que se merecen, llegando a ser la Academia rigurosamente propia del Colegio y éste una misma cosa con aquella» (en La Ley, núm. 5, domingo 20 de febrero de 1853, año I, tomo 1, primer semestre, pág. 116). Tal modo de pensar relación guarda con las clases de académicos, como en su momento se verá.

En 1857, la Academia celebra sus sesiones «en el espacioso y lujoso salón ... sito en el convento del Ángel», edificio cedido por Real orden a la Academia, y a las Sociedades de Amigos del país y Fomento, para instalar definitivamente sus oficinas. Allí tuvo lugar la apertura del curso' 1857-1858, el día 3 de octubre, a las siete de la tarde con discurso de su presidente, el doctor Don Manuel DE CAMPOS Y OVIEDO, sobre la necesidad de la Moral en el Derecho, y lectura previa de la memoria de actividades del curso anterior por el secretario segundo Don Francisco PAGÉS DEL CORRO. Asistieron el Brigadier segundo Cabo interino, el Rector de la Universidad y el Excmo. Sr. Capitán General, que presidió el acto. Al final del mismo «pasaron los asistentes (abogados, alumnos de la Facultad de Jurisprudencia y Notariado, notándose también individuos simples aficionados a estos actos) que quisieron a otra habitación, donde estaba preparado un lucido refresco a costa de los individuos que componen la junta de gobierno de la Academia, y durante él tocó la música militar» (núm. 172, martes 20 de octubre de 1857, año V, tomo 10, segundo semestre, pág. 262).

En 1853, cuando comienza a publicarse La Ley, la Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia está

legalmente constituida y reglada por unos estatutos aprobados por la corona, de los que sólo conocemos algunos artículos, que no son precisamente los más sustanciales. A finales de 1856, Don VENTURA CAMACHO en su citado artículo Academia de Jurisprudencia, da por supuesto que los estatutos y el reglamento de la corporación van a ser reformados.

La noticia de 1853 se refiere a que la Academia ha procedido, conforme a sus estatutos, a elegir su junta de gobierno, requiriéndose al efecto la convocatoria y celebración de la junta general. La junta de gobierno tiene un mandato de un año, celebrándose las elecciones en los meses de mayo o junio para que la elegida actuase desde el comienzo del curso siguiente. La componían un presidente, dos vicepresidentes, numerados primero y segundo, un censor, cinco revisores, numerados del primero al quinto, más el bibliotecario, el tesorero y dos secretarios, igualmente numerados.

La nómina de estos cargos puede reconstruirse casi completa para el período en que La Ley se publica. No he encontrado los resultados de las elecciones para el curso 1856-1857, aunque indirectamente se sabe quienes desempeñaron algunos cargos en cursos posteriores.

Expongamos la nómina:

Presidentes:

Don Miguel CHACÓN y DURÁN, presidente de Sala de la Audiencia de Sevilla (1852-53; 1853-54).

Doctor Don Manuel DE BEDMAR, catedrático de Ampliación de Derecho Español y Decano de la Facultad de Jurisprudencia (1854-55).

Doctor Don Andrés GUTIÉRREZ LABORDA, catedrático de Práctica forense (1855-56).

Don Manuel DE CAMPOS y OVIEDO, catedrático de Economía Política (actúa como interino en la apertura del curso

1856-57 por renuncia del electo; y en la del curso siguiente parece que lo hace como elegido para dicho curso).

Vicepresidentes:

Don Manuel DE BEDMAR (1852-53).

Don Manuel DE CAMPOS y OVIEDO (1853-53; 1853-54; 1854-55; 1855-56).

Don Manuel LARAÑA, catedrático de Derecho español (1853-54).

Doctor Don VENTURA CAMACHO, director de La Ley (1854-55; 1855-56).

Censores:

Don Celestino NÚÑEZ (1852-53; 1853-54).

Don Álvaro PAREJA (1854-55).

Don Agustín María DE LA CUADRA (1855-56).

Revisores:

Don Antonio DE MENA (1852-53).

Don Agustín María DE LA CUADRA (1852-53; 1853-54; 1854-55).

Don José RIVERA y RAMOS (1852-53).

Don José DE CAMPOS (1852-53).

Don Manuel LARAÑA (1852-53).

Don Rafael VILLAGRÁN (1853-54).

Don José MÁRQUEZ GARCÍA (1853-54; 1854-55; 1855-56).

Don Álvaro PAREJA (1853-54; 1854-55).

Don Narciso SUÁREZ, catedrático de Notariado de esta Universidad (1855-56).

Don Francisco DE B. PALOMO (1855-56).

Don José MEDINA (1855-56).

Don José M. MONTOTO (1855-56).

Bibliotecarios:

Don Eduardo FELPS (1852-53).
Don Gregorio GARCÍA (1853-54).
Licenciado Don José BOLAÑOS (1854-55).
Licenciado Don Serafín ADAME (1855-56).

Tesoreros:

Don Blas COLÓN (1852-53).
Vacante por renuncia del electo (1853-4).
Licenciado Don José SÁENZ y SÁENZ (1854-55; 1855-56).

Secretarios:

Don Serafín ADAME (1852-53; 1853-54; 1854-55).
Don Andrés LASSO DE LA VEGA (1852-53).
Don Rafael ÁLVAREZ ANITUA (1853-54).
Don Ramón OCHOA y ASECIO (1854-55).
Licenciado Don Pedro GONZÁLEZ (1855-56).
Licenciado Don Leonardo GARCÍA (1855-56).
Don Sebastián GARCÍA PEGO (actúa en la apertura del curso 1856-57).
Don Francisco PAGÉS DEL CORRO (en la del curso 1857-58).

* * *

Algunas noticias indican momentos de crisis de la Academia. Si fueron coyunturales o de mayor alcance, es difícil precisarlo con los datos que actualmente manejo. Se refiere la primera al año 1854. Ha disminuido la concurrencia a sus sesiones, aunque «es notable la aplicación y constancia de ciertos individuos que rara vez dejan de asistir. .. , dando pruebas inequívocas de su amor a la ciencia». La noticia termina así: «Excitamos a nuestros lectores a que hagan lo posible por

contribuir a unas conferencias de que tanto provecho pueden sacar» (núm. 44, lunes 20 de marzo de 1854, año II, tomo 3, primer semestre, pág. 181).

Otros momentos de crisis se advierten en 1853, al quedar vacante el cargo de tesorero por renuncia del elegido en las elecciones de mayo de ese año, para el curso 1853-54 (núm. 16, viernes 10 de junio de 1853, año 1, tomo 1 primer semestre, pág. 309). De mayor alcance debió ser la que se produjo en 1855. Elegida una nueva junta de gobierno, *La Ley* informa que «han hecho renuncia los dos vicepresidentes y hemos oído que también lo hará el presidente» (núm. 89, miércoles 20 de junio de 1855, año 11I, tomo 5, primer semestre, pág. 408). Don VENTURA CAMACHO en su citado artículo Academia de la Jurisprudencia, publicado en 20 de diciembre de 1856, alude a un estado tan precario de la Academia, en los últimos años, que a punto estuvo de disolverse.

En todo caso, en la Academia de Sevilla nunca se llegó a ofrecer un espectáculo como el que representó la matritense, y que *La Ley* recoge de este modo:

«En un periódico de la Corte se lee lo que sigue: Anteanoche, con motivo de la elección de presidente, hubo lamentables sucesos en la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación. Medieron agrias contestaciones entre el presidente y varios académicos. Cuatro de éstos presentaron un voto de censura contra la mesa, del que la corporación no llegó a ocuparse. Últimamente, procediéndose a la elección de presidente, fue elegido el señor CORTINA por 52 votos de 101 académicos presentes. Los 49 restantes escribieron la palabra protesta en la papeleta de elección» (núm. 128, domingo 20 de julio de 1856, año IV, tomo 8, segundo semestre, pág. 45).

Las noticias posteriores acreditan que las crisis se superaron. El propio Don VENTURA CAMACHO, en diciembre de 1856, precisa que en esa actualidad la Academia se encuentra en un estado próspero y floreciente, trabajándose en ella con celo, constancia y asiduidad. Y, en efecto, entre el mes de enero de

1856 y diciembre de 1857, cuando *La Ley* deja de publicarse, aumentan las actividades de la Academia. La revista da cuenta de ellas (aperturas de curso, sesiones científicas con resumen de su contenido y carácter teórico o práctico, discursos, disertaciones).

La última actividad, que demuestra la vitalidad de la corporación, fue la convocatoria de un programa de premios, que *La Ley* publicó en su penúltimo número (178, domingo 20 de diciembre de 1857, año V, tomo 10, pág. 406).

La convocatoria de fecha 12 de diciembre de ese año, firmada por el secretario primero, L. Sebastián GARCÍA PEGO, cumple con los artículos 31, 32 Y 58-61 de los estatutos de la Academia, en cuya virtud se convocará anualmente un programa de premios, a los que podrán optar no sólo los individuos de la corporación, sino cualesquiera de fuera de ella. Los trabajos que entonces se proponen para optar a los premios son éstos:

- 1.º Nuestra legislación civil sobre los recursos de fuerza ¿es justa o es depresiva de la jurisdicción eclesiástica?
- 2.º Influencia que la Religión del Estado debe tener en la formación de las leyes.
- 3.º Origen de la testamentificación: su necesidad para el buen régimen de la sociedad doméstica.
- 4.º El matrimonio considerado en las relaciones con la familia y la sociedad.
- 5.º El orden judicial ¿es un poder independiente del legislativo y del ejecutivo?

Obsérvese la influencia de Don VENTURA CAMACHO sobre la elección de estos trabajos. Días antes de la convocatoria de los premios había propuesto como materia de las sesiones teóricas los temas 2.º, 3.º, 4.º Y 5.º, que luego se incluyen en dicha convocatoria.

Los premios son otorgados por la junta de gobierno de la Academia, que adoptará las medidas precisas para se guarde el

anonimato sobre los autores de los trabajos, hasta que acuerden cuáles son los merecedores de los premios.

«Se entenderán -según el artículo 32- como premios el título de Académico, el ascenso de clase, la impresión de la memoria o adjudicación de alguna obra literaria o mención honorífica en el acta, no obstante que si la junta de gobierno juzgase digno algún trabajo de otro premio superior podrá proponerlo a la Academia».

* * *

El contenido de la convocatoria de los premios de la Academia, nos lleva a planteamos el tema de la elección de académicos. Es competencial de la junta de gobierno otorgar el título de académico a los premiados, o elevados de clase si ya lo son, además de otros premios previstos en el artículo 32 de los estatutos. Sin embargo, no hay en La Ley referencia alguna a elecciones concretas de miembros de la corporación. Sólo hay, como se ha visto, y La Ley las recoge, elecciones a la junta de gobierno de la Academia.

A diferencia de lo que prevé el Real decreto de 30 de septiembre de 1857, del Ministerio de Fomento, estableciendo las primeras medidas para el desarrollo de la recientemente creada Academia de Ciencias Morales y Políticas, en cumplimiento del artículo 160 de la Ley de Instrucción Pública del mismo año, fijando en treinta y seis el número de académicos, reservándose el monarca por una sola vez la designación de los dieciocho primeros, y siempre la del presidente de entre los individuos de la corporación, la revista La Ley no hace alusión alguna a esta temática.

Estos datos negativos deben unirse a lo que sobre el particular escribió Don VENTURA CAMACHO en su reiterado artículo sobre la Academia de Jurisprudencia de Sevilla, en págs. 387 y 388:

«Para concluir vamos a dar un consejo a nuestros colegas los individuos de la Academia, especialmente al digno presidente y a los demás que componen la junta de gobierno, reducido a que, supuesto que se trata de reformar los estatutos y reglamento, y supuesto también que se conocen académicos de mérito que son aquellos individuos (lo era Don VENTURA CAMACHO), en limitadísimo número, a quien se ha dado por premio; de número, que son los letrados, y supernumerarios, que son los bachilleres, conviene que se establezca otra categoría con el nombre de oyentes, u otra denominación cualquiera, admitiendo en ella a los alumnos de Jurisprudencia anteriores al grado de bachiller y a los que siguen la carrera de Notariado ... ».

De estos datos se deducen las clases de académico que formaban la Academia. Los había de mérito, designados por la junta de gobierno, en quienes concurrían condiciones muy especiales. Junto a ellos, los numerarios que eran los letrados, ¿para que llegase la Academia a ser propia del Colegio de Abogados y éste una misma cosa con aquélla, como quería el abogado Don Agustín María DE LA CUADRA? Los terceros en categoría o supernumerarios eran los bachilleres en Jurisprudencia. ¿Todos los que residían y ejercían en Sevilla? ¿Con alguna formalidad, aunque la admisión (¿automática?) requiriese la solicitud del interesado que cumplía con el requisito del grado universitario? Son preguntas que sin respuesta quedan por ahora.

* * *

Muchas lagunas pueden advertirse en estas páginas, y no pocas hipótesis han quedado aquí vertidas. Pero algo más puede ya saberse sobre la historia de esta primera Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

Que, como decía Don VENTURA CAMACHO -no es el caso de la Academia actual-, que no se corra el peligro de que la Academia se disuelva por

«la ambición de algunos, la envidia de otros, el espíritu de insubordinación de éstos, la vanidad y presunción de aquellos, no faltando

quienes so pretexto de protección contribuyeran de una manera hipócrita a que llegase a un grado de consunción que se acercaba a la muerte, con ánimo de que al fin sucumbiese ... no siendo la menor de estas causas, esa desaplicación y enervamiento de fuerzas que es carácter distintivo de muchos compatriotas de estos climas meridionales y que tantos prejuicios traen a ellos mismos y a las corporaciones en que ingresan» (en su artículo Academia de Jurisprudencia cit., pág. 385 y 386).

VI
PONENCIAS

**EN TORNO A LA PUBLICIDAD PROCESAL Y EL
SECRETO SUMARIAL**

FRANCISCO MARÍA BAENA BOCANEGRA

Ponencia presentada en la
Sesión Privada de la
Academia (Año 1996)

I. Desde los tiempos más remotos y en las más antiguas culturas la función de administrar Justicia, el juicio -utilizando el término en su acepción más gráfica-, se ha configurado como un acto público enmarcado en los más variados escenarios, tales como las plazas y puertas de las ciudades, mercados, edificios religiosos, etc.; el pueblo acudía a presenciar el acto, generalmente ceremonioso y dominado por las formas, y en el que, con algunas excepciones, predominaba la oralidad y la contradicción. Era, que duda cabe, y acertadamente señala COUTURE¹ *el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores; en último término el pueblo es juez de los jueces*. No obstante, necesario se hace matizar que no estamos en presencia de un control inmediato, y si desde el espectáculo, es decir desde la presencia y la observación directa, pero sin participación, lo que, en buena medida, coadyuvaba a velar por la imparcialidad de los jueces y, desde luego, por la transparencia del procedimiento.

Ya BECCARIA recomendaba la «publicidad» de los juicios y las pruebas de los delitos para que la opinión imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, advirtiendo que *el secreto es el escudo más fuerte de la tiranía*².

El liberalismo potenciará la publicidad procesal, propiciando su incorporación a los textos constitucionales más progresistas, acentuando su exigencia en el proceso penal, por cuanto en su marco era mayor el riesgo de lesionar derechos y libertades. Conectado con esta fundamental preocupación, la publicidad del juicio se ofrece como garantía social en pro de lo que denominaríamos *neutralidad de la Justicia* al tiempo que

¹ COUTURE, E.J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, pág. 192 Y ss. B. Aires 1962

² BECCARIA, C. *De los delitos y las penas*. Edil. Alianza, pág. 50

instrumento de control de la aplicación de la Ley por parte de la Sociedad actuante³.

A esta realidad histórica, a esta innegable constatación de una sociedad que reclama su proximidad a la Justicia, no se ha sustraído nuestro propio Tribunal Constitucional al reconocer y concretar la publicidad del Juicio, entre otros aspectos, como *derecho a la efectiva posibilidad de presenciar tales actuaciones lo que implica la obligación de habilitar los locales necesarios y, además, con las condiciones precisas para una plena virtualidad*⁴.

Sin embargo se hace necesario precisar el concepto de **publicidad procesal** en su aplicación a lo jurídico y más específicamente al área de las actuaciones judiciales, singularmente las penales, cualquiera que sea su naturaleza o carácter, y en el que su utilización lingüística indiscriminada suele producir notorias confusiones.

Así, conviene distinguir entre **publicidad general**, *erga omnes*, cuyos destinatarios o beneficiarios son todos los miembros del cuerpo social, y en la que, a su vez, cabe diferenciar la *inmediata* (la percepción de los actos procesales se adquiere por asistencia personal a su desarrollo) de la *mediata* en la que el conocimiento se forma por otro medio que no exige la presencia física (prensa, televisión, radio, etc.)⁵, y **publicidad procesal en sentido estricto o restringida**, que viene exclusivamente reservada a las partes en el proceso⁶.

³ En el sentido propiciado es de sumo interés PEDRAZ PENALVA, E. «La Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu» en Rev. Ibero. D.P. 1976.

⁴ Sentencia 96/1987 de 10 de junio (FJ 3.º)

⁵ También son distinguibles publicidad activa y pasiva según que las personas que las presencien puedan intervenir o no. FAIREN GUILLÉN, V. obra citada

⁶ Se suele, incluso, distinguir una publicidad intermedia con referencia a testigos y Peritos, que sin ser partes, actúan en el mismo; en tal sentido FAIREN GUILLÉN, V. «Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso» en Temas del Ordenamiento Procesal, Madrid, 1969; pág. 522 Y ss.

En el sentido que proponemos, por tanto, el concepto de publicidad históricamente tiene que ser entendido como percepción directa de las actuaciones desarrolladas por y ante el Tribunal, por otras personas que no forman parte de éste⁷. Y este derecho ha sido tradicionalmente reconocido en nuestro sistema, básicamente en la Constitución de 19 de marzo de 1812 -la de Cádiz-, la de 1837, la de 1869 y la de 1876.

La primera⁸, la popular *Pepa*, que si bien mantenía el secreto hasta prestar declaración el imputado ante el Juez, en su art. 302 declaraba que *de allí en adelante el proceso será público en el modo y formas que determinen las leyes*⁹; la Constitución de **18 de junio de 1837**¹⁰ Y que como la anterior, declaró el sistema del fuero único, proclamó la publicidad de los juicios criminales *en la forma que determinen las Leyes* (art. 65); la promulgada el **30 de junio de 1876**¹¹, tras la restauración de la monarquía borbónica, que en su arto 79 rotundamente declaraba que los *juicios en materias criminales serán públicos en la forma que determinen las Leyes* y sin que sea necesario recordar que bajo su autoridad, verán la luz nuestras más importantes Leyes procesales, a saber la de Enjuiciar Civil y la Procesal Penal, cuerpos legales que, pese al transcurso del tiempo y la torpeza de la acción de los legisladores posteriores muy especialmente sobre la Ley Criminal,

⁷ Aceptamos el punto de vista del ilustre procesalista FAIREN GUILLÉN, V. «Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso»; en Temas del Ordenamiento Procesal, Tomo 1, pág. 565 Y ss. Madrid, 1969.

⁸ Resulta curioso observar que ya en el Estatuto de Bayona de 8 de julio de 1808 se proclamaba que *el proceso criminal será público*.

⁹ Resulta interesante resaltar que, entre otros, la Constitución de 1812 abolió la «confesión» penal al suprimir el «juramento» del arrestado (art. 291); prohibió la tortura y los apremios (art. 300), así como los procesos arbitrarios (art. 244).

¹⁰ En algunos períodos, volvió a regir la de 1812.

¹¹ Anteriormente y tras la caída de la monarquía borbónica como consecuencia de la revolución de 1968, las Cortes Constituyentes promulgaron el 6 de junio de 1869 una Constitución que si bien trata detenidamente las garantías del debido proceso, no contiene alusión alguna a la publicidad del juicio y del proceso en general.

básicamente siguen en vigor en la actualidad. Baste recordar que el art. 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 proclama como regla general que *Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad*; se anudan, por tanto, oralidad y publicidad, no siendo gratuita la expresión de MONTERO AROCA de que *sólo un proceso oral y concentrado permite la publicidad y con ella la fiscalización de popular del funcionamiento de la Justicia*¹², principio de publicidad que no es ilimitado y que, como veremos seguidamente, pese a su reconocimiento constitucional, sufre restricciones en sede de legalidad ordinaria¹³.

La C.E. de 1978, recogiendo la señalada tradición constitucionalista, ha elevado a la categoría de derecho fundamental en el art. 24.2, entre otros, *que todos tienen derecho a un proceso público*, reiterando en el art. 120.1 *que las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes del procedimiento* (por más que sea polémica que ambas normas se refieran a la misma publicidad procesal¹⁴), y así, de forma invariable ha sido reiteradamente declarado por el Tribunal Constitucional, que ya en su Sentencia núm. 30/1982, de 1 de junio reconoció la importancia de la presencia de los medios de comunicación en los juicios, como forma de adquirir la información que posteriormente divulgaría para conocimiento de quienes no pudieran asistir al acto, proyectándose de este modo la publicidad más allá del círculo de los presentes.

¹² Derecho Jurisdiccional, Valencia 1993, pág. 541.

¹³ El párrafo segundo del art. 680 de la L.E.Crim. dispone en cuanto al Juicio Oral que Podrá, no obstante, el Presidente mandar que las sesiones se celebren a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia.

¹⁴ Sobre esta interesante cuestión, de extraordinario interés resultan las observaciones del Prof. PEDRAZ PENALVA, así como los comentarios sobre la Sentencia núm. 30/1986 del T.C. en «Notas sobre publicidad y proceso», Poder Judicial, Tomo 11, pág. 121.

A través de una constante y no menos fecunda jurisprudencia, se ha perfilado este derecho, señalando su carácter **preferencial**¹⁵ y de **mayor valor o preferente posición** (preferred position), que goza de **protección reforzada** por imperativo del arto 53.1 de la C.E., viniendo encomendada particularmente a Jueces y Magistrados su garantía¹⁶, de **aplicación inmediata y directa** sin exigir previo desarrollo legislativo¹⁷ y de naturaleza **imprescriptible** y carácter **irrenunciable**¹⁸. De las notas que caracterizan este derecho, resulta evidente que su restricción mediante resolución judicial ha de estar debidamente motivada para conocimiento del afectado titular de tal derecho, de donde se concluye a su vez, que la ausencia o insuficiencia de motivación, conllevaría paralelamente la infracción del derecho a la tutela efectiva reconocido en el arto 24.1 de la C.E.¹⁹.

El reconocimiento de nuestra Ley de Leyes a este derecho, obviamente encuentra su antecedente y complemento inmediato en el marco supra constitucional que integran principalmente la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* de 10 de diciembre de 1948 (art. 10²⁰ Y 11²¹), en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades*

¹⁵ Entre otras Ss. 66/1985, de 23 de mayo y 115/1987 de 7 de julio.

¹⁶ Ss. 2/1987, de 21 de enero; 144/1987 y 148/1988.

¹⁷ Ss. 81/1982 de 21 de diciembre; 39/1983 de 17 de mayo; 144/1987, de 23 de septiembre; 148/1988, de 14 de julio.

¹⁸ Ss. 7/83 de 14 de febrero; 58/84, de 9 de mayo; 5/81 de 13 de febrero.

¹⁹ En este sentido es de citar la S. 62/1982, de 15 de octubre.

²⁰ Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia, por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

²¹ Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (art. 6.º²²), Y el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* de 16 de diciembre de 1966 (art. 14.1²³) normas que expresa y terminantemente reconocen el derecho a un juicio público, normas en definitiva que resultan de aplicación directa por imperativo del art. 10.2 y 96.1 de la C.E., al formar parte del ordenamiento interno español.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (T.E.D.H.), respecto del que España tiene reconocida la obligatoriedad de pleno derecho de sus resoluciones²⁴ -al igual que respecto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (T.J.C.E.)-, ha sido rotundo y preciso en la interpretación de este derecho. La Sentencia de **8 de diciembre de 1983** (*Caso AXEN*)²⁵, en el núm. 25 de sus Fundamentos de Derecho, perfila la exacta naturaleza del derecho a un juicio público, a través de una interesante doctrina, en al decir que:

²² Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable y por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá sea sobre sus derechos y obligaciones civiles, sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

²³ Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella ...

La Prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la Justicia ...

²⁴ España y en virtud del art. 46 del Convenio de Roma, reconoció dicha obligatoriedad y por tiempo de tres años desde el 15 de octubre de 1979; en 1982 prorrogó por otros tres años y, en 14 de octubre de 1985, por otros cinco años; desde la finalización de esta última, el convenio se prórroga tácitamente por periodos de cinco años.

²⁵ Jurisprudencia del T.E.D.H. 1959-1983, pág. 1015. Boletín de Jurisprudencia Constitucional. Cortes Generales.

El carácter público de los procedimientos ante los Tribunales, previsto en el art. 6.1, protege a los litigantes frente a una Administración de Justicia secreta y sin control por la opinión pública; constituye igualmente uno de los medios para preservar la confianza ante los Juzgados y Tribunales. Mediante la consecución de una Administración de Justicia transparente, la publicidad contribuye a lograr la finalidad del art. 6.1: el derecho a un juicio equitativo, cuya garantía constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática en el sentido del Convenio²⁶.

Como vemos, el Alto Tribunal europeo y frente a la aparente insularidad de este derecho, lo considera integrado en un objetivo superior, en un concepto más amplio: el *derecho a un juicio equitativo*, y respecto del que ejerce una función garantista, criterio que más adelante, en el Fundamento Jurídico núm. 26, reforzará tras reconocer que si bien todos los Estados miembros del Consejo de Europa suscriben el principio de publicidad, sus sistemas legislativos y prácticas judiciales son distintos (ámbito de aplicación, celebración de vistas orales, pronunciamiento de las Sentencias, etc.), no dudando en afirmar seguidamente la importancia *secundaria* de estos aspectos formales atendiendo a *la finalidad subyacente al principio de publicidad requerido por el art. 6. 1.*, finalidad que no es otra, como hemos visto, que la de alcanzar un juicio justo como elemento esencial en una sociedad democrática²⁷.

²⁶ En síntesis, el ciudadano alemán Sr. Axen y como consecuencia de las reclamaciones deducidas contra terceros ante los Tribunales alemanes, como consecuencia de un accidente de tráfico, agotando las distintas vías procesales, llegó hasta el Tribunal Federal de Justicia competente para conocer del Recurso de Casación interpuesto, Tribunal que previo rechazar la solicitud de vista oral formulada por el recurrente, desestimó su Recurso, contra cuya decisión el Sr. Axen acudió ante el Tribunal Constitucional Federal, que por distintas razones inadmitió a trámite el Recurso. Ante el T.E.D.H. el Sr. Axen invocó los arts. 1, 6.1, 17 Y 18 del Convenio. La Comisión expresó su opinión mayoritario (12 votos contra tres) de que no había existido violación del art. 6.1; el Tribunal por unanimidad declaró no existir violación de dicha norma.

²⁷ Esta misma doctrina se reproduce literalmente en otra Sentencia de la misma fecha, 8/diciembre/1983, del citado Tribunal, caso PRETTO y otros, en la que se examinaba la violación del art. 6.1 en el particular concreto de «pronunciamiento público de la Sentencia», y previo acoger en sus F.J. 20 y 21

En la Sentencia de **22 de febrero de 1984** (*Caso SUITER*)²⁸ el T.E.D.H. nuevamente examina la publicidad, esta vez con referencia al Recurso de Casación²⁹; la Sentencia, tras reproducir los mismos argumentos de carácter general expuestos en el *Caso Axen* y en el *Caso Pretto*, al analizar el supuesto de autos, previo recordar que la instancia ante el Tribunal de División había sido pública mientras que la celebrada en trance casacional fue de naturaleza escrita -y en el que sólo se examinaba la interpretación de las disposiciones legales discutidas, pero sin entrar en el fondo del asunto y conocer de la culpabilidad y sanción impuesta- y aunque afirma que si bien el juicio ante el Tribunal de División cumplía las exigencias del arto 6 (pese a reconocer que *si se tienen en cuenta las especiales circunstancias del caso se comprenderá que los debates en público ante el Tribunal Militar de Casación **habrían asegurado mejores garantías de los principios fundamentales del arto 6.***), es lo cierto que rechaza por unanimidad la petición fundada en la falta de audiencia pública, argumentando que *no hay pues ningún motivo para entender que el interesado **no ha contado ante el Tribunal Militar de Casación con un procedimiento tan justo como el seguido ante el Tribunal de División***³⁰.

literalmente la misma doctrina sobre la publicidad del juicio del Caso AXEN, se insiste en el F.J. 27 en que la finalidad que persigue el párrafo 1.º del arto 6.º no es otra que la de asegurar el control del poder judicial por el público para salvaguardar el derecho a un juicio justo.

²⁸ Jurisprudencia del T.E.D.H. 1984-1987, pág. 29 y ss. Boletín de Jurisprudencia Constitucional. Cortes Generales

²⁹ El Sr. Sutter presentó demanda contra Suiza sobre violaciones del art. 6.1 del Convenio, como consecuencia de su enjuiciamiento penal militar. Tras diversas instancias, formalizó Recurso de Casación ante el Tribunal Militar de Casación, denunciando, entre otros particulares, que los procedimientos seguidos hasta su condena habían sido escritos (lo que a su entender no se ajustaba al art. 6 del Convenio) y reclamando por lo menos una audiencia y que se dictase Sentencia públicamente, petición que fue rechazada.

³⁰ La Sentencia al mismo tiempo y por once votos contra cuatro, rechaza la alegación de violación del art. 6.1 del Convenio, en el particular de no pronunciamiento público de la Sentencia dictada por el Tribunal Militar de

Finalmente, la Sentencia del citado Tribunal Europeo de **26 de mayo de 1988** (*Caso Ekbatani*)³¹; la cuestión que contempla puede resumirse en si la falta de audiencia pública en el procedimiento ante el Tribunal de Apelación (tras ser oído en primera instancia en sesión oral y pública) integra violación del arto 6.1 del Convenio. El Gobierno demandado argumentaba que entre las garantías del arto 6 no se contempla la necesidad de un nuevo juicio oral en la segunda instancia, por lo que, si el demandante ya había contado en la instancia con un *juicio justo*, no era preciso concederle una segunda ocasión de la misma naturaleza, entre otras razones y como argumento -a su entender- decisivo por cuanto el Tribunal de Apelación no podía agravar la pena en virtud de la prohibición de la *reformatio in peius*. El Tribunal tras examinar, como en todos los supuestos, la legislación interna aplicable, en su Fundamento Jurídico núm. 31 trae a colación su doctrina sobre la innecesariedad de vista pública en segunda o tercera instancia, cuando este requisito se cumplió en la primera, y recuerda que no se viola el arto 6.º si el Tribunal de Apelación o de Casación no concede nuevamente al justiciable la facultad de ser oído, si bien precisa que ello sólo se justificará cuando su labor se refiera exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho; en definitiva, cuando en tales instancias en vía de recurso no les corresponda *declarar los hechos probados*, sino *tan sólo interpretar los preceptos legales litigiosos*, para

Casación. A ese respecto, resulta altamente interesante e ilustrativa la lectura de las «Observaciones complementarias» presentadas por el Juez Sr. Ganshof van der Meersch en apoyo de su voto particular discrepante (emitido con otros tres jueces más); en el mismo se dice: siento no poder admitir que se distinga en la Sentencia, en lo que se refiere a las condiciones de publicidad en el procedimiento, entre los «Tribunales de Casación» (apartado 33 de la Sentencia) y las restantes instancias judiciales», para seguir más adelante afirmando que «con mayor motivo, no puedo aceptar las condiciones en que la Sentencia admite que la publicidad cumple las exigencias del arto 6 del Convenio tratándose de materia penal (acusación y condena a «diez días de prisión»), ámbito en el cual las garantías de publicidad se deben cumplir estrictamente.

³¹ Boletín de Jurisprudencia Constitucional, 1989. Pág. 1667 Y ss.

seguidamente, y en relación con el caso concreto, sentar como doctrina inequívoca la de

En el caso de autos, el Tribunal de Apelación conocía tanto de las cuestiones de hecho como de las de Derecho. En especial tenía que estudiar en su conjunto **la culpabilidad o la inocencia del demandante**. La única limitación de su competencia era que no podía aumentar la pena impuesta en primera instancia ...

*Ahora bien dadas las circunstancias, no se podía resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del (ahora) demandante -quien protestaba que no había cometido la acción considerada punible- y del reclamante. **El nuevo examen, por el Tribunal de Apelación, de la declaración de culpabilidad que impugnaba el Sr. Ekbatani exigía, por tanto, una nueva y total audiencia, en presencia de los dos interesados.***

En consecuencia y de lo examinado es evidente que en el parecer del T.E.D.H. si bien la Vista Oral y pública singularmente en las causas penales es un derecho esencial, exigible e irrenunciable por el justiciable, sin embargo el mismo ha de enmarcarse, como antes decíamos, en un concepto superior: el derecho a un proceso justo y respecto del que aquel (publicidad) se supedita y ofrece como una garantía mas. De ahí que se entienda cumplida la exigencia de publicidad en los términos del arto 6.1 del Convenio en una causa penal, siempre que en la primera instancia se haya celebrado vista pública, no siendo preciso, a los efectos de satisfacción del citado derecho, que en segunda o tercera instancia exista audiencia pública si en las mismas solo se han de discutir cuestiones de Derecho (Caso *Sutter*, a propósito del Recurso de Casación)³². No obstante lo

³² Tal doctrina tuvo efectos inmediatos en la substanciación de nuestro Recurso de Casación; en efecto el arto 882 bis y 893 bis (introducidos por la Ley de 16/ julio/1949) que disponían como regla general la celebración de Vista, por Ley 21/ 1988 de 19 de julio someten con carácter general dicho acto a la previa petición de parte siempre que la pena impuesta o que pueda imponerse fuera superior a seis años, o lo estime necesario el Tribunal y potestativamente a voluntad del Tribunal, medie o no solicitud de parte, cuando en atención a las circunstancias concurrentes o la trascendencia del asunto se haga aconsejable la publicidad de los debates y en todo caso, cualquiera que sea

anterior, cuando las circunstancias del Recurso imponga que el Tribunal superior haya de conocer de los hechos y con ello entrar a conocer de la culpabilidad o inocencia del justiciable, el derecho a un juicio justo implica que el acusado sea oído nuevamente en audiencia pública³³.

La Sentencia del Caso *Ekbatani* invita a una breve reflexión sobre el Recurso de Apelación penal en el polémico Procedimiento Abreviado introducido en nuestra centenaria Ley de Procedimiento Criminal por Ley Orgánica núm. 7/1988, de 28 de diciembre y específicamente al disciplinar el Recurso de Apelación contra la Sentencia dictada en primera instancia por el Juez de lo Penal (art. 795), recurso que, entre otros motivos, contempla la revisión de los hechos probados por error en la apreciación de la prueba y, además, permite en segunda instancia la practica de aquellas pruebas que no se pudieron proponer en la primera instancia, de las que propuestas fueron indebidamente denegadas y, finalmente, las que habiendo sido admitidas no pudieron practicarse por causas no imputables al proponente, siempre que ello le haya ocasionado indefensión y así se razone (art. 795.3), para cuyo supuesto se disciplina un trámite de vista oral con práctica de la prueba e informe de las partes sobre el resultado de la misma y pretensiones; de la misma forma y para los demás supuestos, la Ley previene que la Audiencia si lo estima

la pena, tratándose de delitos contemplados en los Títulos I (seguridad exterior del Estado), II (seguridad interior del Estado), IV (contra la Administración de Justicia) y VII (de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. La exposición de Motivos de la Ley 21/1988 sólo alude como justificación de la modificación operada el elevado número de asuntos en los que la vista oral del recurso resulta innecesaria.

³³ La citada Sentencia, por 10 votos contra seis, falló que se había producido violación del art. 6.1; tuvo tres votos discrepantes, de los Jueces Sres. Thor Vilhjalmsón, Sr. Matscher (al que se unió el Sr. Pinheiro Farinha y aprobaron la Sra. Bindschedler-Robert y el Sr. Gülcüklü) y el del Sr. Bernhardt. Resulta de extraordinario interés la lectura del Informe de la Comisión que por once votos contra uno, igualmente consideró que se había producido violación del art. 6.1 del Convenio.

necesario para la formación de una convicción fundada, podrá acordar la celebración de vista (art. 795.6). Pues bien, en la práctica diaria de los Tribunales es normal constatar que buen número de los recursos denuncian errónea apreciación de la prueba, proponiéndose la práctica de aquellas contempladas en los supuestos antes referidos, siendo insatisfactoriamente frecuente la denegación por las Audiencias de su práctica³⁴. a lo que se une, como norma de actuación generalizada, la denegación de Vista en todo supuesto, lo que justifica la crítica de sectores doctrinales denunciando la resistencia de los Tribunales españoles a admitir los criterios del Tribunal de Estrasburgo.

II. Pero si el *juicio* históricamente se ofrece como un «acto público», su preparación, es decir la fase de investigación e instrucción, tradicionalmente y por contra, ha sido presidida por el secretismo y el ocultismo, justificado siempre como medio de evitar la impunidad pero en la realidad -y en la mayoría de los supuestos- exclusivamente sirviendo y garantizando la represión.

Ni siquiera el triunfo de las ideas liberales del siglo XIX en pro de la transparencia de la función de juzgar, logró extenderse a, pese a todo, nuestro modélico y excelente Texto Procesal Penal, y singularmente a la regulación de la fase instructora del proceso. Reveladores resultan los términos en que

³⁴ Se evidencia en esta práctica de las Audiencias un cierto mimetismo respecto de la actitud que en los últimos años se viene observando en la Jurisprudencia de la Sala II del T.S. a propósito del Recurso de Casación por Quebrantamiento de Forma amparado en el núm. 1.0 del art. 850 de la L.E.Crim. (denegación de algún medio de prueba que propuesto en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente), motivo que ha devenido a la categoría de lo ilusorio y ello como consecuencia del reconocimiento y reforzamiento que el Tribunal de Casación viene dando a la discrecionalidad del Tribunal de la Instancia en materia de denegación de pruebas, incluso en supuestos de previa admisión en el Auto previo y de señalamiento del Juicio Oral (art. 659 y 792), lo que ha generado la apertura de una nueva vía impugnativa residenciada en el arto 5.4 de la L.O.P.J., por violación del art. 24.1 de la C.E., prohibición de indefensión.

se expresa la *Exposición de Motivos* de nuestra Ley Penal de Enjuiciar, firmada por el Ministro ALONSO MARTÍNEZ, cuando dice

todas estas concesiones al principio de libertad que a una parte de nuestros Jueces y Magistrados parecerán sin duda exorbitantes, no contentarán aún probablemente a ciertas escuelas radicales que intentan extender al sumario, desde el momento mismo en que se inicia, las reglas de publicidad, contradicción e igualdad que el proyecto de Código establece desde que se abre el juicio hasta que se dicta la sentencia firme. No niega el infrascrito que insignes escritores mantienen esta tesis con ardor y con fe, pero hasta ahora no puede considerársela más que como un ideal de la ciencia al cual tienden a acercarse progresivamente la legislación positiva de los pueblos modernos. ¿Se realizará algún día por completo? EL MINISTRO que suscribe LO DUDA MUCHO. (negr./may./nuestras).

Congruente con tal justificación transcrita, nuestra centenaria Ley es coherente en su arto 301, norma que a lo largo del tiempo y hasta la fecha ha mantenido su redacción originaria: *Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral...*; es evidente que la vocación del legislador en nuestra Ley de procedimiento penal era inequívoca: mientras la fase del Juicio Oral era y es presidida por la regla de la publicidad general o *erga omnes*, somete las fase investigadora o de instrucción y preparación del Juicio Oral al principio de *publicidad restringida*, es decir su conocimiento queda limitado a las partes; en suma, esta fase de descubrimiento del delito, identificación de sus autores, práctica de diligencias, debía sustraerse al conocimiento público generalizado, garantizándose con ello y en definitiva la eficacia de una investigación alejada de elementos perturbadores³⁵, sancionando disciplinariamente con multa a los

³⁵ La Real Orden de 25 de mayo de 1927 (Gaceta de 1926) que vino a interpretar este artículo, entre otros particulares, disponía que: 1.º Que la declaración que el arto 301 de la L.E.Crim. hace de que las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, se entienda en el sentido

Abogados y Procuradores que lo revelen y remitiendo al Código Penal la responsabilidad del funcionario público que incidiera en la dicha infracción. La Exposición de Motivos de la Ley viene a dar cumplida justificación, recordando la posición de desventaja en que se encuentra el Estado frente al delincuente que antes de cometer el delito ya ha estudiado *la forma de sustraerse a la acción de la Justicia y coloca al Poder Público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para restablecer, pues, la igualdad en las condiciones de la lucha ... menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor.*

Esta idea de garantizar el éxito de la investigación se reforzaba con el **secreto sumarial** en sentido estricto, previsto en el arto 302, mediante el cual y en los supuestos de investigación de los delitos públicos puede el Juez, a iniciativa propia o de las partes, declarar el sumario secreto, total o parcialmente, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarlo necesariamente con diez días de antelación a la conclusión, decisión que debía de adoptar la forma de Auto. En su consecuencia el *párrafo segundo del arto 302 de la L.E.Crim. es una excepción al principio de publicidad restringida consagrado en el primer párrafo de la citada norma -las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento- y su corolario representado por el arto 118 de la misma Ley adjetiva³⁶ y el arto 234 de la L.O.P.J.³⁷ y por ende, también excepción al principio de publicidad general.*

de que. una vez /legado el sumario a ese estado de publicidad, puedan los que tienen el sumario a su cargo expedir testimonios de cualquiera de las diligencias que lo integran.

³⁶ Redactado conforme a la L. 53/78, de 4 de diciembre y que permite al imputado tomar conocimiento de las actuaciones desde el momento de su detención o de comunicación de su existencia.

³⁷ Los Secretarios y personal competente de los Juzgados y Tribunales facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las

Sin embargo, la promulgación de nuestro Texto Constitucional ha supuesto un serio replanteamiento de lo que ha de entenderse por secreto de la fase sumarial o instructora, muy especialmente al entrar en colisión con el derecho a informar y recibir información³⁸, que hace de todo punto insostenible mantener un concepto de secreto inquisitivo propio del tiempo en que se elabora la Ley de Ritos. Sin olvidar que ya los primeros comentaristas de la Ley Procesal limitaban la razón de ser del secreto sumarial, racionalizándolo al estricto ámbito de lo imprescindible y necesario a los fines de la investigación del delito, no puede ignorarse el rango y autoridad superior del arto 120.1 de la C.E. e, incluso del art. 229 de la L.O.P.J. pero ante todo y sobre todo que aun admitiendo la constitucionalidad genérica del secreto sumarial que, no se olvide, no viene reconocida expresamente en nuestro Texto Magno, y por tanto que la misma es una excepción a la garantía constitucional de la publicidad (art. 120.1), esta garantía -Como reconoce la **Sentencia núm. 13/1985 de 31 de enero** del T.C. 39, bajo ponencia del Excmo. Sr. Tomás y Valiente- *está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos, que tienen la condición de derechos fundamentales: Derecho a un proceso público, en el arto 24.2 de la Constitución, y derecho a recibir libremente información ... , lo que justifica según la citada Sentencia una interpretación estricta (se refiere al secreto sumarial), no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos -ni en mayor medida de lo necesario- que los estrictamente afectados por la norma entronizadora del secreto.*

actuaciones, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la Ley.

³⁸ Precisamente y en relación con la publicidad y el secreto de las actuaciones penales, la mayor parte de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han sido en conexión con el derecho de información; así las Sentencias núms. 30/1982, de 1 de junio; 62/1982 de 15 de octubre; 30/1986, de 20 de febrero; 96/1987 de 10 de junio; 176/1988, de 4 de octubre, etc. etc.

Pues bien, la citada Sentencia terminantemente afirma que el arto 301 *es un impedimento al conocimiento por cualquiera de las actuaciones seguidas en esta etapa (fase sumarial o instructora) del procedimiento penal, para contundentemente afirmar, sin solución de continuidad, que lo que persigue la regla impositiva del secreto es impedir tal conocimiento y ello en aras de alcanzar, de acuerdo con el principio inquisitivo antes aludido, una segura represión del delito.*

La Sentencia va a reconocer seguidamente que sólo aquellos datos sumariales a los que no se tiene acceso legítimo son los alcanzados por la prohibición, es decir, los que han sido obtenidos ilegítimamente, *quebrando el secreto mismo del sumario, esto es, en la medida en que se esté ante lo que llama la Ley procesal misma revelación indebida. Más adelante hará una significativa afirmación: en consecuencia, una información obtenida antes y al margen del sumario no puede considerarse atentatoria al secreto sumarial, que sólo limita la libertad de información en cuanto para informar haya previamente que quebrantarlo.*

Sin embargo, la citada Sentencia no clarifica con precisión a qué materia alcanza la condición de secreto. Una reciente Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo, la de **19 de octubre de 1995**, dictada bajo ponencia del Excmo. Sr. MARTÍN PALLÍN⁴⁰, aborda el tema frontal mente y en un ejercicio interpretativo que parece apoyarse en el arto 3.1 del Código Civil, al constatar el hecho hoy habitual en asuntos relevantes de como las partes hacen declaraciones a medios de comunicación, relatando con mayor o menor minuciosidad el contenido de las diligencias en que acaban de intervenir, aborda lo que denomina *replantear cuál es el alcance y verdadero significado actual del secreto sumarial*. Así y tras afirmar que lo que debe ser resguardado es todo aquello que pueda perjudicar el éxito de la investigación o afectar a la intimidad o seguridad de las personas

⁴⁰ Repertorio de Jurisprudencia. Edit. Aranzadi, 1995; ref. 7722, pág. 10296 Y ss.

inmersas en su proceso penal, con apoyo en el art. 299 de la L.E.Crim. entiende que el secreto sumarial se circunscribe por tanto, al contenido de las declaraciones del imputado y testigos, documentadas en los folios correspondientes, así como los dictámenes periciales y demás documentos que se incorporan a la causa, excluyéndose en su razón de tal concepto las resoluciones interlocutorias o de fondo que resuelven cuestiones relativas a la situación personal de los imputados, las relacionadas con las responsabilidades civiles, los autos de inhibición, o los informes y exposiciones elevados a la superioridad para solventar los pertinentes recursos.

Desgraciadamente la realidad social que se observa, relega la declaración jurisprudencial anterior a un puro eufemismo. Los medios de comunicación prodigan día a día no ya comentarios que afectan a tales materias amparadas por el secreto, sino que se transcriben literalmente los textos de las declaraciones, cuando no se acude al descarado expediente de reproducir fotográficamente los folios en que obran tales manifestaciones y todo ello ante la pasividad de quienes vienen obligados a reprimir tan censurables conductas difícilmente justificables con la invocación del derecho a informar. El nuevo C.P. en su art. 466.1 tipifica como delito *la conducta del abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial*, al tiempo que en el núm. 2, igualmente, perfecciona el tipo del art. 367 del antiguo Código, precisando aun más los sujetos activos que en su condición de funcionarios de la Administración de Justicia, pueden cumplir este tipo específico.

Como antes señalábamos el arto 302 de la L.E.Crim. supone una excepción al principio de *publicidad restringida* propio de la fase instructora. El Tribunal Constitucional en su **Sentencia núm. 176/88 de 4 de octubre**, bajo ponencia del Excmo. Sr. DÍAZ EIMIL, tras recordar que su constitucionalidad y su compatibilidad con los derechos fundamentales en que pueda incidir han sido reconocidos por el propio Tribunal en su **Sentencia núm. 13/85**, precisa que el *Secreto Sumarial tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en*

las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar al investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos y constituye una limitación del derecho de defensa, que no implica indefensión, en cuanto que no impide a la parte ejercitarlo plenamente, cuando se deja sin efecto el secreto por haber satisfecho su finalidad. En definitiva en el parecer de la sentencia comentada se está en presencia de una temporal suspensión del «derecho de defensa» en el particular concreto de conocer e intervenir en las actuaciones que se practiquen durante el tiempo de secreto sin que ello implique violación de tal derecho por cuanto y según se dice, éste encuentra su límite en el interés de la justicia, valor constitucional que en nuestro ordenamiento se concreta en el arto 302 de la L.E.Crim., norma que autoriza el Juez a suspender temporalmente el derecho que a las partes concede el propio artículo de tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento⁴¹.

Como vemos, el Máximo Tribunal viene a enlazar en su criterio con los postulados mantenidos en orden a la justificación del secreto sumarial en sentido estricto que ya se argumentaba en la exposición motivadora de la Ley Procesal Penal. Sin embargo, hoy como ayer, la facultad judicial de decretar el secreto de las actuaciones, en muchas ocasiones y bajo la excusa de asegurar la investigación, se ha convertido en un instrumento inquisitorial que permita al Juez Instructor llevar a cabo la instrucción sumarial a espaldas de las partes, naturalmente excluido el Ministerio Fiscal, a las que se veta toda posibilidad de intervención y a las que se aísla de la preparación del juicio mediante prórrogas sucesivas del mismo, a lo largo de las cuales se acopia material de cargo contra el justiciable, generalmente con estrepitoso y flagrante olvido de las prescripciones del arto 2.º de la L.E.Crim., para finalmente concluir la causa sin dar tiempo ni oportunidad, a quienes

⁴¹ Jurisprudencia Constitucional. Tribunal Constitucional 1988, pág. 176 Y ss.

sufrieron la medida restrictiva, de defenderse frente a las diligencias probatorias ya practicadas. La Fiscalía del Tribunal Supremo en su **Circular núm. 8/1978, de 30 de diciembre** literalmente exponía que el secreto sólo podrá mantenerse **como máximo** *durante un mes y siempre deberá alzarse diez días antes de la conclusión del Sumario, sin que en recta interpretación, sea permitido reiterarlo, cualesquiera sean las circunstancias que sobrevengan.* La Sentencia del Tribunal Constitucional que venimos comentando, **núm. 176/1988**, si bien exige que el secreto de las actuaciones venga objetiva y razonablemente justificada en circunstancias evidenciadoras de que la medida resulte imprescindible para asegurar el valor constitucional de la justicia, considera que la prórroga del mismo no afecta al derecho de defensa, pese a no venir prevista de precepto legal alguno, si el plazo ha resultado insuficiente para hacer efectiva plenamente el interés de la justicia como valor constitucional digno de protección.

DIAGNOSIS DE LA POLITIZACION DEL JUEZ

FRANCISCO DE PAULA PIÑERO CARRIÓN

Ponencia presentada en la
Sesión Privada de la Academia
de día 4 de noviembre de 1996

I

Antes de entrar en el tema intitulado, permitidme unas indicaciones, a manera de advertencias, que revelen el camino a recorrer y el marco y los linderos de mi propósito.

Viejo tema este de la politización o, desde la vertiente opuesta, de la apolitización del Juez.

He desarrollado mi actividad profesional en la Judicatura cuarenta y cinco años largos de mi vida. Con la perspectiva que me dan, puedo asegurarnos que durante todos ellos, de cuando en cuando, ha aflorado el tema, unas veces con templanza y otras con aspereza.

Claro es que las críticas han sido distintas en las diferentes épocas. En los años propios del anterior sistema de gobierno, las acusaciones eran estas: que si algunos Jueces levantaban el brazo y coreaban las voces de rigor; que si algunos Jueces mantenían excesiva convivencia con el poder ejecutivo; que si algunos Jueces saltaban de la profesión a la política con billete de ida y vuelta; que la apoliticidad del Juez no era una realidad sino, simplemente, la cobertura de una política, la política del Poder. En los años primeros de la mutación política, eran estos los reproches: que los Jueces representaban un reducto del franquismo porque muchos de ellos fueron reclutados durante ese período; que no pocos Jueces eran renuentes a aceptar los nuevos principios constitucionales; o que evocaban, como reliquia, el tiempo anterior.

Pero, en los últimos tiempos, el análisis y el criticismo discurren por otros derroteros. Con ello quiero dejar advertido que mi ánimo no es otro que el de ceñirme a la palpitante actualidad del aquí y del ahora.

Alguien podrá pensar que el tema escogido es vidrioso y resbaladizo. Yo no lo creo así. De todas formas, residenciarlo en este foro nunca podrá ser calificado de inoportuno, porque la nota académica que le imprime índole y carácter, licencia el tratamiento en él de todo aquello que concierna, directa o

indirectamente, al Derecho, en este caso, al derecho orgánico judicial.

No me vaya reducir a exponer el tratamiento legal vigente en la materia. Antes al contrario, dicho tratamiento lo expondré sucintamente y como telón de fondo. Mi intención es enmarcar el examen o estudio del tema en el más amplio marco doctrinal, constituyente, que abarca las distintas opiniones mantenidas.

Me esfuerzo en sortear el tono o talante profesoral o pedagógico.

Por tratarse de un tema de viva realidad, prefiero poner los pies en el suelo y exponerlo en romance claro y paladino. Al fin y al cabo, la sencillez es el ornato de los pensamientos complejos.

Ello no quiere decir que mi visión sea de tono menor. No lo es.

Es, -eso sí-, la propia de un Juez con larga experiencia profesional y, en una no despreciable parte, de gobierno judicial interno, forjado en la aplicación de la norma al pulso y al latido de la vida misma.

II

El tema tiene muchos flecos. Le ocurre como a las cerezas, que coges una y todas se vienen prendidas. Todos los matices yuxtapuestos o lindantes son sugestivos y sugerentes; por eso, exige una criba que clarifique los confines que me he propuesto.

Queda al margen, en primer lugar, todo lo que afecta a la legitimación democrática del poder judicial, todo lo que se ha dicho y escrito sobre la falta de tal legitimación, alegando que los Jueces, a diferencia de los que asumen los otros poderes, no son elegidos por el pueblo; olvidando que el poder judicial es el único poder técnico, en el sentido de que los que lo asumen han de acreditar, primero, su preparación erudita y profesional, y desconociendo que la mayoría ciudadana, que sirve para muchas cosas y, a veces, es el único expediente válido para resolver, no sirve para definir lo que es justo. Ante vosotros doy por sabido

que el poder judicial es tan constitucional, tan democráticamente fundado, por tanto, como lo es cualquier otro.

Fuera de órbita queda, también, lo que se viene denominando como judicialización de la vida política o justicialización de la política, materia, asimismo, atractiva, yo diría que fascinante, por el interés que encierra, que nos llevaría a enfrentarnos de plano con la acusación que se imputa a determinados Jueces, -Jueces estrella se les viene llamando-, cuando investigan conductas que, desarrolladas en el ámbito político, se proyectan, por otra vertiente, en el espacio propio de la responsabilidad penal.

De la misma manera, queda orillado el tratamiento de esa presión o apretamiento, constatable, de los medios de información sobre los Órganos de la Justicia, asumiendo poco menos que la misión que los Jueces ejercen, en un seudojuicio público en el que declaran infalible una opinión que ellos mismos fabrican, sin capacidad, sin preparación y sin responsabilidad. A veces son tremendas, por lacerantes y dolorosas, las algarabías y tremolinas desencadenadas, con talante devastador y destructivo, en los medios de información, convirtiendo a la Justicia, a la propia institución judicial, en víctima propiciatoria representada por el Juez.

Todo esto queda extramuros. E igualmente esa posible, y a veces habilidosa, compresión de los partidos políticos, de los grupos de presión e incluso del poder ejecutivo, -lo que es más extraño-, sobre los Jueces cuando, de alguna manera, las actuaciones judiciales y las decisiones adoptadas les afectan, creándoles un ambiente hostil a través de la prensa, de la radio o de la televisión.

Sólo quiero dejar apuntado, en este pasaje cribador, que al Juez le es imprescindible gozar de libertad respecto a sí mismo, exenta de toda burda intromisión.

III

Como telón de fondo, para proyectar sobre él las ideas siguientes, veamos las normas vigentes.

El número 1.º del artículo 117 de la Constitución Española, aprobada el 31 de octubre de 1978, pregona la independencia de los Jueces y Magistrados como integrantes del poder judicial, sometidos únicamente al imperio de la ley.

Los números 3.º y 4.º del mismo artículo 117, configuran la potestad jurisdiccional con carácter exclusivo y excluyente: la jurisdicción corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales; los Juzgados y Tribunales no ejercerán mas funciones que las propias de la jurisdicción, salvo excepciones atribuidas por norma con rango de ley.

Ya más en concreto, al artículo 127 de la Constitución prohíbe a los Jueces y Magistrados: a) desempeñar otros cargos públicos; b) pertenecer a partidos políticos o sindicatos; c) incurrir en las incompatibilidades propias que aseguran su independencia.

El artículo 395 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1.º de julio de 1985, reitera la prohibición de pertenecer a partidos políticos o sindicatos y añade, además, estas otras: a) dirigir a las autoridades y funcionarios públicos o corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos; b) concurrir, en su calidad de miembros del poder judicial, a cualquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial, salvo aquellas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial; y c) no tomar, en las elecciones legislativas o locales, más parte que la de emitir el voto personal.

Interesa, por último, resaltar, de la severas incompatibilidades que establece el artículo 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las que impiden, al Juez o Magistrado, el ejercicio de cualquier cargo de elección popular o designación política del Estado, Comunidades Autónomas, Provincias y demás entidades locales y Organismos dependientes de cualquiera de ellos; y aquellos dotados o retribuidos por la Administración del Estado, las Cortes Generales, la Casa Real,

Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios y cuales quiera entidades organismos o empresas dependientes de unas u otras.

Toleradme, en este pasaje, un recuerdo afectivo a la sabia Ley provisional sobre Organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, ya derogada que, no obstante su provisionalidad, durante ciento quince años, testigos de sistemas o regímenes de gobierno de muy distinta inspiración, cumplió su misión, en este campo, digna airosa y meritoriamente.

Os confieso que siento una especial inclinación por esta Ley, quizás por haber trabajado tanto sobre ella. Ya lo observó Descartes: las leyes son como los senderos de las montañas; cuanto más antiguos y conocidos, mas sensibles y apreciables nos resultan.

IV

Como base de arranque o pista de despegue, conviene sentar, de antemano, dos afirmaciones con categoría de axiomas.

En primer lugar: la Justicia no puede separarse, en términos absolutos, de la Política.

Ambas, -con mayúscula-, no son ideas contrapuestas. Es más, la completa y total separación de Justicia y Política no es viable en una correcta estructuración social. El propio Consejo General del Poder Judicial no es tanto un servicio de gestión como un Órgano que asume el gobierno externo o político del tercer poder del Estado. Por otra parte, alguien se ha preguntado con irónica sonrisa: ¿hay algún Juez que no esté, en cierta forma, conformado por su propia historia y por su entorno social?

Hemos de reconocer que hay supuestos en los que la resolución judicial no puede ser absolutamente neutra y carente de todo hálito político. Y es que hay zonas tangenciales en las que están implicadas la Justicia y la Política. Lo vemos a diario. Rara es la mañana que los medios de información no nos desayunan con una noticia, que afloran como escándalo sensacionalista, en la que están imbricadas y superpuestas la Justicia y la Política o la

Política y la Justicia. Es difícil, yo diría que imposible, separar siempre y por completo, ambos valores.

En segundo término: la Justicia no puede comprenderse nunca sin estar enmarcada en la estructura dinámica de la sociedad, porque el Derecho monta sobre la vida social misma.

El Juez de ayer y el Juez de hoy, el Juez de siempre, ha de conectar con la realidad social de su entorno sin desajustes. El Juez ha de estar poseído de sensibilidad para responder a las exigencias de la sociedad en que vive dentro de su contexto histórico.

El Magistrado Joaquín Salvador RUIZ PÉREZ, en un interesante trabajo que intituló «Juez y Sociedad», advertía, allá por el año 1977: el Juez ha de estar siempre sujeto a la Ley, pero ha de conocer la realidad del grupo social donde los conflictos se producen, ha de conocer su mundo y su tiempo abriéndose a ellos. De otro modo, añado yo-, aislado en la probeta o en la redoma de su laboratorio, pondría la propia institución en peligro de fosilizarse y de fracasar en la misión que la sociedad le tiene asignada, dado que estaría impartiendo una justicia de alquimia infecunda y estéril, en tanto que habría nacido y se desarrollaría olvidada de la realidad circundante.

Nunca olvidaré el consejo que me diera un entrañable compañero y amigo, Magistrado del Tribunal Supremo ya fallecido y siempre recordado. Comentaba ante él, con entusiasmo, al poco tiempo de finalizar los ejercicios de mis Oposiciones a la Carrera Judicial, uno de los temas que me habían correspondido, de gran contenido doctrinal. Me dejó que hablase con fogosidad y, de pronto, me atajó y me dijo: todo eso está muy bien, pero, ahora, cuando llegues al Juzgado pon los pies en la tierra y vive la realidad.

La verdad es que la asunción que, de la realidad social, haga el Juez, pulsando su hálito y su latido, operará en él como Juez; y como Juez la tendrá en cuenta al realizar su trabajo; eso sí, con absoluto respeto a la Ley que ya la ha debido contemplar en su texto.

V

El Magistrado RUIZ PÉREZ, en el ya citado trabajo, no entraba en la consideración pormenorizada de las distintas posiciones en orden al dogma tradicional de la apoliticidad del Juez; pero dejaba señalado que tal dogma estaba sometido a la polémica y que los autores se pronunciaban con inseguridad y con evidentes contradicciones y discrepancias. Veamos los distintos portes o posturas. Dos de ellas extremas y, como tales, radicales y tajantes.

De una parte, la que no sólo defiende la posibilidad de que los Jueces y Magistrados pertenezcan a un partido político o sindicato, sino que reivindica el derecho a pertenecer a ellos, si bien admitiendo la conveniencia de que no ocupen cargos directivos. Sus propugnadores resaltan la sinrazón de la apoliticidad legal.

Estos son los argumentos que esgrimen:

Mantener que un Juez no pueda militar en un partido político o en un Órgano sindical denota una idea equivocada de lo que es la Política, a la que parece verse como una actividad que puede dañar la independencia y la honestidad de un profesional. Los Jueces no tienen porqué ser unos disminuidos políticos. Siendo el poder judicial, -continúan-, una de la expresiones fundamentales de la soberanía, cuyas decisiones definen la convivencia ciudadana, los Jueces deben ostentar la ciudadanía con plenitud para evitar ser presentados como un grupo aparte y extraño impenetrable y gremial. Lo verdaderamente importante a la hora de tomar decisiones judiciales, -añaden- es la honestidad de los Jueces. No se puede convertir a quienes sirven a la Justicia en ciudadanos de segunda categoría. Un Juez ha de serlo con todas sus consecuencias cuando se inviste, con su toga, de autoridad y poder, pero no puede privársele de su condición de ciudadano y de que, como tal, abogue activamente por el modelo de sociedad que considere mejor para su Patria.

Al argüírsele, a quienes tal posición mantienen, que la militancia en partidos políticos o sindicatos pone en grave riesgo

la independencia judicial, redarguyen que los que así piensan dejan muy mal parados a los partidos políticos; porque no existe, -razonan-, en España un partido político que se precie de tal, que presione sobre un Juez, puesto que ello le descalificaría y le dejaría incapacitado para proclamar su programa. Y en cuanto al Juez, equivaldría a presumir que una ideología política prevalecería sobre la Justicia. Pero eso sería prevaricación; y puesto a prevaricar, lo mismo dá que pertenezca o no a un partido político.

Lo importante, pues, a su juicio, es que el Juez sea honesto; que guarde su ideología en un cajón a la hora de tomar decisiones, sin que tenga trascendencia su militancia política. Como colofón final, califican la prohibición de inicua y absurda.

De otra parte, en la orilla opuesta, la otra posición radical. La que llega a sostener que la mera existencia del Consejo General del Poder Judicial, máxime con la interpretación que a su composición ha revalidado el Tribunal Constitucional, es nefasta, porque es el propio sistema el que politiza la Justicia.

Los que tal posición defienden discurren de esta manera:

La Justicia es más poder cuando no está sometida a un intervencionismo o dirigismo político parlamentario a través de un Consejo Rector, en parte extrajudicial, en el que se barajan y entremezclan atribuciones de dirección, disciplina, calificación y promoción, que quedan a merced del signo preponderante en cada legislatura. La estructura jerárquica del poder, -deducen-, queda anulada. Poco importa, den-, que el poder ejecutivo no interfiera directamente el ejercicio de la potestad si quienes ejercen el poder judicial están sometidos, en nombramientos ascensos, etc., a otro poder. ¿Qué motivos ha dado la Justicia, -se preguntan-, para esta intromisión foránea? La Justicia, -dicen-, se encuentra en el quirófano del que Dios quiera que salga ilesa y no disminuida e irreconocible. Mírese el cercano ejemplo de las Judicaturas latinas, agitadas y desunidas por los influjos políticos.

La terapia de estas dos posiciones extremas y encontradas, al menos para mí, no es difícil.

En las fechas inmediatamente anteriores a la aprobación de la Constitución, por las Cortes, el 31 de octubre de 1978, y en las que siguieron a su aprobación, entre miembros calificados y cualificados de la Magistratura española, se cruzaron cartas, unas pacíficas y otras irritadas, manteniendo ambas posturas; varias de ellas están en mi poder porque sus autores me enviaron copias. Pero, repito, su terapia no me ofrece dificultad. Ambas argumentan «pro domu sua» estableciendo la conclusión antes que las premisas, olvidando una elemental regla de lógica. Por excesivas y tajantes, ninguna de las dos pueden ser compartidas, a mi manera de ver.

Muy poco esfuerzo hay que hacer para persuadirse de que la militancia política sectorial de los Jueces acarrearía un grave peligro fácil de intuir.

¿Quién convencería a un ciudadano, -no hace falta que fuese receloso o cazurro, sino normal y sencillo-, de que no perdió su pleito por la afinidad de la militancia política del Juez con la de su contrincante? No me ofrece duda alguna que la toga del Juez no puede tomar partido al decidir; y grave daño se causaría a la sociedad si se permitiese que el Juez pudiera convertirse en un servidor de los concretos intereses de un partido político.

Si negativa pudo haber sido aquella otra situación, ya superada, de demasiada presencia del poder ejecutivo, más perniciosa sería la que conllevaría la adscripción de los Jueces a la disciplina política partidista.

Y no se muestre extrañeza, y menos aún alarma, ante lo que se califica como ciudadanía minorada, porque hay que afirmar, sin ambages y sin aprensión, que el Juez, cuando desarrolla su potencial cívico, no puede alcanzar idénticos niveles que el resto de los ciudadanos que con él conviven. Tampoco es proporcionado acudir, para respaldar tal posición, a otros sistemas europeos, porque en esta delicada materia, no parece que se haya llegado a una conclusión acorde y definitiva. Prueba de ello es la solución de compromiso que fue adoptada en la Ley Orgánica Judicial de la República Federal Alemana que, en su artículo 39, estableció que el Juez ha de comportarse, dentro y fuera de su

cargo e incluso en su actuación política, de forma que no ponga en peligro la confianza en su independencia.

El día 2 de diciembre de 1990 se celebraba en París el segundo centenario del Tribunal Supremo de Francia. En el interior del Palacio de Justicia, las Autoridades asistían al solemne acto conmemorativo. Mientras tanto, en los alrededores del edificio, unos cientos de Jueces se congregaban, en una manifestación sin precedentes, para protestar por la desatención de la Justicia por parte del poder ejecutivo; el despliegue policial fue espectacular; los gendarmes cortaban el paso a tan insólitos reclamantes vestidos con la negra toga. El enfrentamiento terminó como el rosario de la aurora; los policías, asombrados y confusos, no tuvieron mas remedio que cumplir las ordenes dictadas por los custodios de la paz ciudadana.

Loable la intención y el móvil, pero no parece tan encomiable el medio empleado. Y es que, -hay que decidir sin reserva alguna-, la alta misión de la Judicatura limita, en parte, su ciudadanía.

Todavía menos esfuerzo hay que hacer, para descubrir el yerro y la inadvertencia de aquellos que, guiados, sin duda, por el mejor ánimo, desapruaban y rechazan el Consejo General del Poder Judicial como institución que asume el gobierno político de dicho poder. Creo, con absoluta sinceridad, que podemos perder el pulso si ignoramos que el autogobierno instaurado en la Constitución de 1978, al crear y definir el Consejo General del Poder Judicial, con el propósito de potenciar la independencia de los Jueces, como un Órgano que tiene la potestad de dirigir la política Judicial, es una conquista que culmina denodada constancia durante muchos años.

El Consejo General del Poder Judicial, como institución, es un triunfo que corona mantenidos afanes. Y no creo que sea de recibo argüir contra la institución como tal, negando a la vez el ya superado excesivo protagonismo del Ejecutivo y abogando porque sea la Sala de Gobierno, como solución satisfactoria, la que asuma todas las riendas del gobierno de la Justicia, ya que ello supondría entremezclar y revolver, a estas alturas democráticas, lo que es

propio del gobierno interno del poder y lo que es peculiar del extrínseco o político.

Otra cosa es que la más que discutible interpretación parlamentaria del artículo 122 de la Constitución, quedara reflejada en el 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el respaldo del Tribunal Constitucional, conculcando el espíritu que informa tal precepto de la Constitución, como el propio Tribunal reconoció en su sentencia 108 del año 1986, de 26 de julio, por cierto, confusa y equívoca por exigua y cicatera.

No puede negarse que el Consejo General del Poder Judicial, como institución que consagra el autogobierno del poder judicial es un logro útil y valioso en la crónica constitucional española.

De todas formas, hoy por hoy, no creo que haya Jueces que, por la izquierda, mantengan planteamientos revolucionarios o, por la derecha, trazados abiertamente hostiles a la legalidad constitucional.

VI

Descartadas las dos posturas antípodas y encontradas, entro en el tratamiento de la idea que normalmente se expresa cuando se hace referencia a un Juez politizado. Pero ¿qué es un Juez politizado?

Anteriormente quedó sentado, como uno de los postulados, que servirían de base de partida, que el Juez no puede sustraerse a la realidad sociopolítica que le rodea, porque tomar el pulso a ella es consustancial a la naturaleza humana. Mas, una cosa es un Juez que sintoniza con el latido sociopolítico de su aquí y de su ahora y otra muy distinta lo que se viene entendiendo por un Juez politizado.

El vocablo «politización», en nuestro caso del Juez, trasciende ardor, pasión, vehemencia, prejuicio o, incluso, predilección, primacía o privanza política. Entonces, el Juez politizado, sin llegar a tener activismo político sectorial, será el Juez arrebatado por su pasión política. Y es este arrebatado personal

el que puede llegar a obstaculizarle lo que es tan sencillo y usual en un Juez que, aún ponderando la realidad sociopolítica que le rodea, no se siente transido y obsesionado por la política. El Juez normal, en este orden de cosas, sin tener que hacer violencia alguna, renuncia y depone a diario sus propias ideas y sus personales simpatías por un programa concreto.

Entendida así la politización del Juez, a mi juicio, el planteamiento del tema debe ser éste: no se trata de admitir o rechazar la posibilidad de que un Juez politizado pueda conseguir la necesaria neutralidad judicial en las decisiones que adopte; lo que se trata es de saber si el ciudadano, el justiciable afectado por ellas, tendría confianza en su neutralidad.

No se trata, pues, de lo que podamos opinar los Jueces respecto al proceder neutral del Juez, sino de lo que puedan opinar los ciudadanos, como destinatarios que son de la justicia impartida por el Juez politizado.

Porque el ciudadano español demanda del Juez no sólo que sea neutral sino que le parezca neutral; que su imagen pública irradie neutralidad. Esto es así; hay algo del caso de la mujer del César: serio y además parecerlo. Ya lo dijo CALAMANDREI: «el ciudadano espera del Juez, en la vida práctica, la tutela que, en abstracto, le promete la Ley». Es importante, por ello, no sólo que se declare como principio la independencia del Juez, sino que exista un sentimiento común en la ciudadanía de que el Juez, en general y en concreto, es independiente.

Si no fuese así, la sospecha nacería y sería muy difícil de aplacar.

La confianza del ciudadano en los Jueces significa que estos van a cumplir la Ley sin bandería, sin ninguna clase de prevención o prejuicio); sin que sus ideas sociopolíticas les puedan traicionar, dejándose llevar por su apasionamiento.

Y no vacilo en afirmar que un Juez politizado, en la acepción antes explicada, no trasciende ni comunica confianza, porque el recelo que genera afecta a su imagen pública.

La apoliticidad, entendida a «sensu contrario» es, entonces, presupuesto indispensable para que el ciudadano, al

acudir al Juez, se sienta íntimamente convencido de su igualdad ante la Ley.

VII

Pues bien, la situación actual es preocupante.

Es un fenómeno que se palpa: los Jueces están llegando a la cúpula de las responsabilidades más incómodas. No hace mucho tiempo, y con motivo de acaecimientos que están en la mente de todos, lo leía en la prensa. Haciendo de tirios y troyanos están situando al poder judicial en la cuesta del descrédito ayudando a una injusticia histórica que pudiera resultar irreparable.

Y en ese ambiente, a todos los hombres que tenemos que ver profesionalmente con la Justicia, nos inquietan las noticias que nos llegan sobre la posible existencia de una politización, entendida en los términos ya expuestos, de algunos miembros de la carrera judicial. Porque, si es así, es un mal grave. Aunque sólo fuesen tres, dos o solamente uno, ello conduciría a la falta de fé y de crédito del ciudadano afectado y pondría en riesgo la propia misión que los Jueces tienen encomendada.

En todo tipo de sociedad, pero más caracterizadamente en la que adopta una estructura democrática, es fatalmente nocivo que los ciudadanos empiecen a perder la fé en los Órganos encargados de impartir justicia; porque la pérdida de confianza en la Justicia empieza siempre por el quebranto de la credibilidad en los encargados de dirimir en Derecho.

Ahora bien, me encuentro y considero legitimado para decir y sostener que los Jueces, salvo alguna posible excepción, al realizar la tarea de hacer justicia, no se dejan llevar por apasionamientos o prejuicios ideológicos. Tienen muy presente la máxima de LACORDAIRE: la libertad del Juez no es posible más que en aquellos que ponen la Ley y el Derecho por encima de sus pasiones. Y rechazo lo escrito en el Koran: de cada tres Jueces sólo uno se salvará; los otros irán al Yehanan.

Algún descarado ha llegado a comentar que la máxima peca de optimismo.

Con los dedos de una mano pueden contarse los Jueces que son zarandeados, día a día, por los medios de información. El resto, hasta los miles que componen el escalafón, trabajan quedamente, desconocidos para el interés público.

Los Jueces españoles, -repito, salvo alguna excepción que confirmaría la regla general-, dan una prueba de ética e independencia posiblemente más alta que la que pueda ofrecer el estamento judicial de nuestro entorno cultural formado por democracias más consolidadas. Creo que no corro riesgo de equivocarme si afirmo que los Jueces españoles superan los enfrentamientos ideológicos, legítimos en la política, pero impropios en el desarrollo de su ejercicio profesional.

La posibilidad, extraña e irregular, de que uno, dos o tres Jueces puedan encajar y encajen en eso que se llama Juez politizado no licencia la imputación global sin la advertencia de la excepción. No es justo descollar las conductas aisladas para calificar al estamento colectivo. Lo impide otra norma elemental de lógica que emepe ir de lo particular a lo general.

Por eso, me parece que hacemos flaco servicio, cuando caemos en la trampa de la dicotomía entre Jueces conservadores o progresistas, liberales o reaccionarios, de izquierdas o de derechas, por la carga, siempre de efecto negativo, que encierran esas calificaciones, contribuyendo al acoso de los Jueces y Tribunales y creando un clima de desdoro y deslustre a una institución básica del Estado, como es la Justicia.

Si tuviera cauces para llevado a cabo, yo pediría al pueblo español, en esta crítica coyuntura, consideración y mesura al enjuiciar la imagen institucional de la Justicia; en definitiva, respeto al oneroso, y a veces incomprensido, trabajo de los Jueces.

¡Ojalá! que con el esfuerzo de todos, empezando por los propios miembros de la Carrera judicial, consigamos romper la trampa de la politización de los Jueces; y vayamos unidos en la

esperanzadora tarea de realzar y encumbrar la Justicia con criterios por elevación y razón de Estado.

No se me escapa que lo importante es el Hombre, en este caso con mayúscula. El Hombre convertido en Juez es pieza clave en este empeño; hasta el punto de que bien puede afirmarse que no hay buenas o malas Leyes sino buenos o malos Jueces. Hombres capaces de aplicarlas con honestidad y con voluntad de impartir una justicia diáfana y transparente, limpia de todo recelo.

En las Oposiciones a la Judicatura no se indaga si el aspirante está o no dotado de buen sentido, ni si es dueño de una personalidad libre. No se profundiza en el valor Hombre. Y según la clave del humanismo integral, elaborado por San Agustín, la Justicia de los Jueces sólo presenta garantías de rectitud cuando en sus caudales existen estos tres dones: «eruditio» o saber documentado con vista a la inteligencia; «ratio» o buen sentido con vista al corazón; y «libertas» o personalidad libre de cara a la voluntad. Si alguno de ellos falta, no hay Justicia, porque no hay Hombre. Hay sólo letra, pura legalidad vacía, sin ningún soplo vitalizador del espíritu, con el peligro de incurrir en pueril o trivial frivolidad.

Todos coincidimos en que la misión de juzgar requiere hombres dotados, tan ricos en cualidades morales como parcos en exigencias humanas. La sociedad española tiene derecho a reclamar de los Jueces vocación, capacidad, inquebrantable espíritu de servicio y rectitud de conciencia. Lo proclama el Libro de los Proverbios: el que va tras la ética, el bien y la moral, hablará siempre de Justicia.

Y termino. La responsabilidad más importante del Juez, aunque la más sutil e impalpable es, sin duda, su propia responsabilidad de conciencia, porque con ella será él mismo el que actúe, día a día, como su propio censor. El hombre será feliz cuando su conducta supere la censura de su conciencia.

Y es que, bien lo sabéis, la felicidad no está en hacer lo que se quiere, sino en hacer siempre lo que se debe.

EN TORNO A UN SUPUESTO DE
PREJUDICIALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL
PROCESO PENAL

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS

Ponencia presentada en la
Sesión Privada de la
Academia de día 3 de febrero de 1997

SUMARIO: I.-La prejudicialidad en el orden penal. II.-Posible efecto derogatorio en la L.E.Crim. de la L.O.P.J. III.-Nuestra opinión sobre la vigencia de la L.E.Crim. IV.-Corroboración en la jurisprudencia del T.S. V.-Pronunciamientos al efecto del T.C. VI.-Efecto de la decisión prejudicial en la posterior sentencia penal. VII.-El supuesto de prejudicialidad que se dio en la realidad. VIII.-Comparecencia o incomparecencia de las partes en el proceso advo. IX.-Orden de actuación de las partes en ese proceso administrativo. X.-Sobre el plazo de interposición del recurso contencioso. XI.-El requisito de que el acto recurrido causara estado. XII.-Amplitud del conocimiento de la Sala de lo Contencioso -Administrativo XIII.-Posibles recursos contra la sentencia recaída en lo Contencioso-Administrativo.

1. LA PREJUDICIALIDAD EN EL ORDEN PENAL

No nos corresponde en este momento analizar frontalmente el tema de la prejudicialidad, ni por tanto el de las cuestiones prejudiciales que surgen en los distintos órdenes jurisdiccionales. Haremos sólo una especial referencia a las de carácter administrativo que se plantean en el proceso penal.

Ese tema aparece regulado en los arts. 3 al 7 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ahí se distinguen las cuestiones prejudiciales no excluyentes que son la regla general consagrada en el arto 3, y que vienen resueltas por el propio Juez penal, y las excluyentes. Estas últimas aparecen contempladas en los arts. 4 y 5 y, como su nombre indica, se defieren en su resolución a otro orden jurisdiccional. A su vez dentro de éstas hay que distinguir las cuestiones absolutamente excluyentes, que serían las del arto 5, y las relativamente excluyentes que son las reguladas en el arto 4. Con todo, pensamos que sería más acertado hablar de cuestiones prejudiciales definitivamente excluyentes y de las temporalmente excluyentes; estas segundas son las del arto 4, como claramente se desprende de su regulación. Todavía el arto 6 de la Ley supone una excepción al arto 4. Y así, como éste es a su

vez una excepción al 3, aquel arto 6 vendría a ser un caso más de aplicación de la regla general de dicho arto 3.

El caso que vamos a contemplar y que después referiremos encaja en el arto 4 de la L.E.Crim. Por tanto, constituye un supuesto de cuestión prejudicial relativamente excluyente, o temporalmente excluyente si es que se acepta nuestra terminología antes propuesta.

II. POSIBLE EFECTO DEROGATORIO EN LA L.E.CRIM. DE LA L.O.P.J.

La introducción hecha en el epígrafe anterior tendría que terminar ahí si no fuera por la complicación que en el tema ha introducido la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. El arto 10 de la misma se dedica a la prejudicialidad y sus dos apartados son de tanto interés para nuestro tema que los transcribimos a continuación:

«1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.

2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca».

El primer interrogante que se plantea es el de si el transcrito arto ha derogado a los antes citados de la L.E.Crim., en cuanto que su régimen es distinto y no contiene las amplias posibilidades previstas en la Ley Procesal Penal. El problema es complejo porque, como han dicho DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ, «el arto 10 L.O.P.J., es una de esas novedades legislativas que, apenas sin experiencia de aplicación, permite cualquier conjetura sobre su porvenir».

GÓMEZ ORBANEJA que se ocupó del tema en el apéndice a la edición de 1987 de su archiconocido Derecho Procesal, concluye que el arto 10 de la L.O.P.J., ha suprimido los

arts. 4,5 y 6 de la L.E.Crim., dejando vigentes tan sólo el 3 y el 7. Y es que en definitiva el 3 no es sino la plasmación de la misma regla general del apartado 1 del artículo 10 de la L.O.P.J., aparte de constituir el precedente inmediato de dicha regla.

A su vez GONZÁLEZ MONTES en sus instituciones de Derecho Procesal, Tomo I donde aborda directamente el análisis de la prejudicialidad, se refiere a la dudosa vigencia de los arts. 4,5 y 6 de la L.E.Crim., a partir de la promulgación de la L.O.P.J., con su artículo lo antes referido. Tras indicar que los supuestos del artículo 5 de la Ley Procesal Penal son de difícil aplicación, expresa su opinión en estos términos: «Las únicas excepciones que el artículo 10 L.O.P.J., admite a la regla contenida en su párrafo 1, son las establecidas en el n.º, o sea, que sólo son devolutivas las cuestiones prejudiciales penales que aparezcan en otros órdenes jurisdiccionales en las condiciones allí establecidas y que ya han sido explicadas. Entendemos que es lógica y razonable esta solución, dado que la norma del artículo 10 L.O.P.J., es posterior y de mayor rango».

En efecto, una primera impresión nos lleva al resultado de tal derogación. Porque el artículo 10 L.O.P.J., en su apartado I establece el principio general de cuestión prejudicial no excluyente. El apartado II sienta una excepción a ello al admitir la cuestión prejudicial excluyente, pero sólo para las de índole penal que se susciten en los otros órdenes jurisdiccionales. No tendrían pues cabida las cuestiones prejudiciales excluyentes civiles, administrativas o laborales en el proceso penal.

La última frase del apartado 2 del artículo 10 de la L.O.P.J., al hacer la salvedad de las excepciones que la Ley establezca, no debe llevar a otra conclusión. Y es que dichas excepciones hay que entenderlas respecto al tratamiento normal de excluyente s que tienen las cuestiones prejudiciales penales. Una excepción de esas es la que se da en el proceso laboral, el cual no se suspende por las cuestiones penales relacionadas con su objeto, salvo en caso excepcional de la falsedad del documento cuya solución sea indispensable para dictar sentencia. (Art. 4, apartado 3 y art. 86,

apart. 1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado del R.D. Legislativo de 7 de abril de 1995).

La excepción pues hay que entenderla dentro de las cuestiones prejudiciales penales, que es a lo que se refiere el apartado II del art. 10 de la L.O.P.J., que concluye con aquella salvedad. En cambio las cuestiones prejudiciales de otra naturaleza no pueden tener efecto excluyente y se rigen necesariamente por la regla general del apartado 1. Es por ello por lo que estarían derogados los arts. 4, 5 y 6 de la L.E.Crim.

Para entender que la excepción del apartado 2 se refería también a las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, su redacción en la parte final tendría que haber sido distinta. Así el apartado, tras hablar de las cuestiones prejudiciales penales, podía haber continuado en punto y seguido. «Ello ocurrirá también en aquellos casos de excepción que las Leyes establezcan». Con esa fórmula quedaría claro que tal excepción no era a la regla del apartado 2, sino también a la regla general del apart. 1.

Cabe decir que esta primera interpretación, que es la que avanzaban GÓMEZ ORBANEJA y GONZÁLEZ MONTES, está en consonancia con el carácter preferente que tiene el orden jurisdiccional Penal. Esa nota aparece hoy recogida en el art. 44 de la L.O.P.J., conforme al cual: «El orden jurisdiccional Penal es siempre preferente. Ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dic orden jurisdiccional». En la misma dirección va la vigente Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 18 de mayo de 1987, puesto que cuando la autoridad administrativa competente plantea un conflicto a órgano judicial que conozca de asunto penal, ese requerimiento no tendrá efectos suspensivos, frente a la regla general que es la contraria.

III. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA VIGENCIA DE LA L.E. CRIM.

La primera conclusión a que se llega sobre la derogación de los arts. 4,5 y 6 de la L.E.Crim., y que es la que hemos

expuesto hasta aquí, debe no obstante revisarse. Así, resulta especialmente llamativo que el mismo GONZÁLEZ MONTES en su obra citada y en la que se mantiene la tesis de la derogación, añadida a pie de página lo siguiente: «No obstante, podrá resultar extraño, caso de darse, que un Tribunal penal tuviera que decidir, a los sólo efectos prejudiciales (art. 10 L.O.P.J.), sobre la validez de un matrimonio sin otra trascendencia fuera de ese proceso penal. Lo lógico es que de semejante cuestión conociera el Juez Civil, sirviendo su decisión de base para el proceso penal (art. 5 L.E.Crim.)>>».

Estamos de acuerdo con esta importante objeción que formula el citado autor. De otro lado, a favor de la vigencia de los arts. de L.E.Crim., militan otros argumentos. En primer lugar, el de que el conocimiento a efectos prejudiciales de las cuestiones propias de otro orden jurisdiccional, aparece configurado en el art. 10, apart. 1 de la L.O.P.J., como potestativo y no como obligatorio. Así, la Ley dice que «cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente». Si aquel conocimiento fuera obligado, la Ley hubiera dicho: tendrá que conocer, o simplemente conocerá. Ese «podrá» es el que justifica la vigencia de los arts. mencionados de la L.E.Crim.

Piénsese que en esta última Ley el conocimiento prejudicial no se configuraba con carácter potestativo. Porque conforme a su art. 3, el hecho de que la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extienda a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales, es algo que se prescribe «por regla general». No es pues algo potestativo, sino que opera salvo que la Ley autorice alguna excepción.

Si con esa base de conocimiento prejudicial reglado y como obligatorio la propia Ley admitía en sus arts. 4 y 5 las cuestiones prejudiciales excluyentes, mucho más habrá de ocurrir ello cuando aquel conocimiento sea potestativo., conforme a la expresión del art. 10, apartado 1 de la L.O.P.J..

No hay pues que presumir derogaciones de la L.E.Crim .. Es significativo que, así como la L.O.P.J., dispuso que en su

desarrollo se dictara un nuevo texto de la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cambio nada dijera sobre un nuevo texto regulador de la L.E.Crim. y en efecto, así ha ocurrido puesto que la Ley Procesal Penal sigue siendo la misma.

En realidad, el arto 10 de la L.O.P.J., nada dice expresamente sobre las cuestiones prejudiciales en el proceso penal. De haber querido prohibirlas, la solución hubiera sido muy clara. Bastaría con añadir un apartado III de tenor parecido a éste: para las cuestiones prejudiciales que surjan en el proceso penal se estará a lo dispuesto en el apart. 1 de este art., sin que quepa la suspensión a que se refiere el apartado 2 del mismo.

A su vez, para haber zanjado definitivamente la cuestión en el sentido propugnado por nosotros, el apart. 3 tendría que haber sido de una redacción como esta: «para las cuestiones prejudiciales que surjan en el proceso penal se estará a lo dispuesto en el apartado 1 de este arto y a lo que especialmente dispone la L.E.Crim.».

Pues bien, porque el principio que se debe mantener es el de la no fácil derogación de las Leyes vigentes, y por el tono potestativo del apart. 1 del arto 10 de la L.O.P.J., lo que entendemos es que ese inexistente apart. 3 habría de tener, de existir, la redacción que hemos dado en el párrafo anterior. O lo que es lo mismo, la vigencia de los arts. 4, 5 Y 6 de la Ley Procesal Penal.

Pensamos que ese régimen es el que mejor tutela los derechos de los interesados. Porque con el mismo, la cuestión prejudicial civil, administrativa o laboral (a la que no se refería la L.E.Crim., por razón de su fecha de promulgación), resultará decidida con mayor garantía de acierto por el orden jurisdiccional que normalmente resuelve las de esa naturaleza. Y es que efectivamente la calificación especial en los órganos judiciales sentenciadores viene exigida por la complejidad y peculiaridad de ciertos derechos, como ocurre con el administrativo o el tributario.

Nada digamos de las cuestiones prejudiciales civiles excluyentes absolutas o definitivas, para las que el mismo

GONZÁLEZ MONTES, en el caso de la validez del matrimonio, se inclinaba por nuestra postura. y es que conforme a ella, la cuestión viene a resolverla el que con arreglo a la regla general es el Juez ordinario y natural de esa misma cuestión.

Concretamente en aquel caso del matrimonio ya GÓMEZ ORBANEJA manifestaba hace tiempo que el proceso civil estaba rodeado de garantías por la presencia obligada en el mismo del Ministerio Fiscal.

Pero esta garantía es general para todos los procesos civiles y para los Contencioso-Administrativos o Laborales en los que hubieran de decidirse estas cuestiones prejudiciales que surgen en el proceso penal. Y así lo decimos porque el arto 4 de la L.E.Crim., dedicado a las cuestiones prejudiciales excluyentes, concluye con esta frase: «en estos juicios será parte el Ministerio Fiscal». Por tanto, no es sólo que del asunto conozca el Juez ordinario o natural, sino que en ese proceso, además de las auténticas partes interesadas, intervendrá también el Ministerio Fiscal en garantía de imparcialidad y objetividad.

IV. CORROBORACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Lo hasta aquí expuesto sobre la vigencia de los arts. 3 al 7 de la L.E.Crim., queda corroborado con un examen de la jurisprudencia de nuestro T.S. Emanada de la Sala de lo Penal y se manifiesta en sentencias muy posteriores a la L.O.P.J., que es la que, como vimos, pudo suscitar la duda.

La primera sentencia que vamos a traer a colación es la de 5 de noviembre de 1991 (RA 7948), relativa a un delito contra la Hacienda Pública. Es fundamental el siguiente pronunciamiento que se contiene en el Fundamento de Derecho Quinto:

«La prejudicialidad, como es obvio, presupone una conexión entre materias penales y otras materias pertenecientes a distintas ramas jurídicas de carácter heterogéneo que necesariamente han de ser resueltas con carácter previo a la resolución de la cuestión penal; pero entre las cuestiones

prejudiciales hay que distinguir las llamadas cuestiones prejudiciales devolutivas o excluyentes y las no devolutivas o no excluyentes».

A continuación la sentencia describe el efecto que tienen las unas y las otras, aunque por cierto con un error material de redacción. Luego afirma que cosa distinta son las simples cuestiones previas administrativas, en las que hay que encajar las referidas en los núm. 1 y 2 del art. 37 de la Ley de 14 de noviembre de 1977, sobre el delito fiscal. Y es que, estas últimas cuestiones previas aludidas no son verdaderas cuestiones prejudiciales jurisdiccionales. La sentencia que transcribimos concluye en ese Fundamento de Derecho Quinto.

«Tan es así que las cuestiones prejudiciales constituyen un medio para la fijación de los hechos de la sentencia penal en cuanto que los Tribunales de lo Penal no pueden "disentir" ni "prescindir" de lo resuelto por las jurisdicciones civil o Contencioso-Administrativa para formar las premisas lógico-jurídicas de su propio fallo, mientras que tratándose de las simples cuestiones administrativas, éstas no tienen otro valor que el de constituir meros presupuestos procesales, de suerte que, vencido el óbice procesal, como sería en el supuesto de autos, la instancia de la Administración para la iniciación del proceso, el Tribunal de lo Penal ha de formar su propia convicción, a los efectos de formular la declaración de hechos probados, con base en lo que resulte de la actividad probatoria desarrollada en el propio proceso, con absoluta independencia de lo resuelto en vía administrativa que nada le vincula».

Es muy clara la distinción que la sentencia hace de las cuestiones prejudiciales y de las meras cuestiones administrativas. Por lo demás, la referencia a la instancia de la Administración era pertinente, puesto que en la Ley de 14 de noviembre de 1977, para proceder por el delito contra la Hacienda Pública, era necesario denuncia de la Administración. Requisito éste que hoy es inexistente.

La segunda sentencia del T.S., que vamos a citar es la de 31 de mayo de 1993 (RA 4301), relativa a unos delitos de usurpación, falsedad en documento público y cohecho. La doctrina fundamental se contiene en el Fundamento de Derecho Segundo.

Se refiere a las cuestiones extrapenales que pueden surgir en un proceso penal y que afectan al elemento objetivo o al subjetivo del delito. «Por ello, en previsión de tales situaciones y para intentar resolver los problemas que puedan plantearse en tales casos, la L.E.Crim., a través de los arts. comprendidos en el Capítulo II del Libro Primero, estableció las reglas siguientes ... ».

La sentencia transcribe el art. 3 de la L.E.Crim .. y continúa:

«Y a partir de esta genérica declaración, en los arts. siguientes distingue la Ley tres clases de cuestiones: a) las referentes a la validez de un matrimonio y a la supresión del estado civil, cuya resolución remite, inexorablemente a la jurisdicción civil, de manera que la resolución que en ella se dicte será vinculante para el Juez de lo Penal que se halle conociendo de una causa criminal; b) las demás cuestiones extrapenales determinantes de la culpabilidad o la inocencia cuya resolución se remite también al órgano competente de la jurisdicción civil o Contencioso-Administrativa, pero con la diferencia respecto a las comprendidas en el apartado anterior, (de que) la remisión es tan sólo temporal de manera que, si transcurrido el plazo señalado en el artículo las partes no hubieran acudido al Juez de lo Civil o de lo Contencioso-Administrativo competente, el Juez de lo Penal habrá de seguir el procedimiento hasta ponerle fin mediante la correspondiente resolución; y c) las cuestiones referentes al derecho de propiedad de un inmueble o cualquier otro derecho real podrán ser resueltas por el Tribunal de lo Criminal cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o actos indubitados de posesión».

Todavía en el Fundamento de Derecho Tercero la sentencia transcrita añade que la facultad de los órganos penales de «resolver las cuestiones extrapenales determinantes de la inocencia y la culpabilidad, es para aquellos supuestos en los que tales cuestiones aparezcan con absoluta claridad». Por lo demás, es curioso que en la sentencia se emplee la denominación de jurisdicción (civil o Contencioso-Administrativa), cuando en realidad se está aludiendo al correspondiente orden jurisdiccional.

De lo que no cabrá duda alguna, tras la referencia a estas dos sentencias del T.S., que no son las únicas pero que desde luego forman doctrina legal, es de la vigencia hoy día del régimen que sobre las cuestiones prejudiciales articuló la L.E.Crim ..

V. PRONUNCIAMIENTOS AL EFECTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sobre la materia que nos ocupa hay también decisiones del mayor interés de nuestro T.C .. Se contienen en la sentencia núm. 30 de 1996, en la núm. 50 de ese año, de fecha 26 de marzo y en la núm. 91 también de 1996, de 27 de mayo. En las tres se declaró la existencia de vulneración al derecho de tutela judicial efectiva. Citaremos por la sentencia de 26 de marzo. El Fundamento de Derecho Tercero de la misma proclama:

«Así pues, resulta también constitucionalmente legítimo que el ordenamiento jurídico establezca, en algunos supuestos, a través de la prejudicialidad devolutiva, la primacía o la competencia específica de una jurisdicción sobre otra, para evitar que aquel efecto (las resoluciones contradictorias de distintos órdenes jurisdiccionales), indeseado desde la perspectiva constitucional, llegue a producirse».

«De esta forma, cuando el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial, máxime cuando del conocimiento de esta cuestión por el Tribunal competente pueda derivarse la limitación del derecho a la libertad, el apartamiento arbitrario de esta previsión legal del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente en cada una de ellas, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en derecho y no arbitraria, contenidos estos esenciales del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 C.E.».

Por lo que se refiere al caso concreto de autos, la sentencia en el Fundamento de Derecho Cuarto expone:

«lo cierto es que en el momento de dictar la sentencia penal se encontraba pendiente un proceso administrativo de cuyo resultado dependía la

integración de la conducta prevista en el arto 321 C.P., toda vez que a través de él, y por el órgano jurisdiccional competente para dicho pronunciamiento, se había de determinar si el recurrente tenía derecho o no a que se le expidiera el "correspondiente título oficial reconocido por convenio internacional" elemento típico del injusto del arto 321 (delito de usurpación de funciones) que, en la esfera del proceso penal, se debió de haber revelado como una cuestión prejudicial que, por ser determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado, merece ser calificada como devolutiva y, por tanto, enmarcada en el arto 4 de la L.E.Crim.».

«Tratándose, pues, de una cuestión prejudicial devolutiva con respecto a la cual se había incoado ya el pertinente proceso Contencioso-Administrativo, es claro que, de conformidad con lo dispuesto en dicha norma procesal, el Tribunal no podía extender a este elemento del tipo su competencia (cual si de una mera cuestión incidental no devolutiva del art. 3 L.E.Crim., se tratara). Lo que pudo haber hecho es, bien haber reconocido valor prejudicial vinculante a la sentencia de la Audiencia Nacional, bien, al menos, haber suspendido el procedimiento penal hasta tanto hubiera ganado firmeza dicha sentencia, pero, en cualquier caso, lo que nunca debió haber hecho, sin infringir el derecho a la tutela, es haber ignorado los efectos prejudiciales de aquella sentencia administrativa».

Con lo hasta aquí expuesto creemos que ha quedado claro la vigencia de las cuestiones prejudiciales en el proceso penal. Es sintomática la perfecta correlación que se da entre las sentencias del Tribunal Supremo que citamos primero y las del T. Constitucional que hemos mencionado después. De otro lado, es enormemente significativo que en las de este último Tribunal se hable tan claramente del arto 4 de la L.E.Crim., que es el que más problemas planteaba con su régimen de cuestión prejudicial excluyente relativa o temporal.

VI. EFECTO DE LA DECISIÓN PREJUDICIAL EN LA POSTERIOR SENTENCIA PENAL

Una precisión conviene hacer en este momento sobre el efecto que la decisión prejudicial por el órgano competente en lo civil o en lo Contencioso-Administrativo pueda tener en el pronunciamiento final del Juez de lo Penal.

Decimos esto porque en la Sentencia del T.S., de 5 de noviembre de 1991, antes transcrita, se expresaba que el Juez de lo Penal en su sentencia no podía prescindir ni discutir lo resuelto en aquel otro orden jurisdiccional. Esto entendemos que no puede admitirse de forma tan absoluta.

En nuestra opinión si la cuestión prejudicial civil o administrativa se decide de forma favorable para el imputado, la sentencia penal necesariamente tendrá que ser absolutoria. Así si el Juez Civil decidiera que no hubo primer matrimonio válido, nunca el Juez de lo Penal podrá condenar por delito de bigamia. Y tratándose del de prevaricación de funcionario público, si la Sala de lo Contencioso-Administrativo decide que la resolución de aquél estaba ajustada a derecho, nunca el órgano penal podrá condenar por aquel delito.

Distinto es el efecto si la decisión prejudicial es desfavorable al imputado. Si el Juez Civil decide que hubo un anterior matrimonio, esto vinculará absolutamente al juzgador penal, pero no por ello lo obliga necesariamente a condenar por el delito de bigamia. Y si la Sala de lo Contencioso-Administrativo declara que la resolución del funcionario infringe el ordenamiento jurídico, este pronunciamiento no podrá ser ya discutido por el Juez de lo Penal, pero no le obliga inexorablemente a condenar por el delito de prevaricación.

Y es que mantener lo contrario sería en realidad tanto como dar por bueno que es el Juez Civil o el Tribunal Administrativo el que condena. Esto no es admisible. El Juez Penal siempre tiene un último reducto de libertad para apreciar si una conducta, aunque haya sido declarada no ajustada a derecho, es además delito. El orden penal es absolutamente prevalente y en lo referente a condenar la última palabra es siempre la suya.

Recordamos aquí lo que durante tanto tiempo ocurrió en el delito de quiebra punible. Para que recayera condena penal, era

necesario el previo pronunciamiento civil sobre la ilicitud de aquella insolvencia. Pero ese requisito necesario no era por sí solo suficiente. La última palabra, la de condena, la tenía siempre el Juez de lo Penal. Y es que las máximas garantías del proceso penal y unido a ello el rango supremo de los valores que en él están en juego (la libertad de la persona como recordaba el T.C.), determinan la absoluta primacía de ese orden. Siempre cabe pues una absolucón. Incluso aunque, para el caso de prevaricaci3n, la Sala de lo Contencioso-Administrativo afirmara que se daba una infracci3n del ordenamiento jur3dico en la conducta; y hasta cuando expresara que tal infracci3n era grave.

VII. EL SUPUESTO DE PREJUDICIALIDAD QUE SE DIO EN LA REALIDAD

Hechas las anteriores consideraciones generales sobre la prejudicialidad administrativa en el proceso penal, hora es de enfrentarse con el caso real que motiv3 estas reflexiones. Sin embargo, no resulta necesario ni hasta conveniente el entrar en todos los detalles del mismo, máxime cuando aún pende del conocimiento judicial.

El proceso penal lo promovieron unos funcionarios de un organismo p3blico e iba dirigido contra quien era el Jefe Provincial de aqu3l. Se denunciaba en concreto prevaricaci3n porque en la conducta hacia sus subordinados pod3 darse incumplimiento del Reglamento de Provisi3n de Puestos de Trabajo en la Administraci3n, al asignarles los que; por su escasa categor3a, no encajaban en el nivel del Cuerpo al que pertenec3an los funcionarios denunciantes. La defensa del imputado no estaba en absoluto de acuerdo con tal versi3n y manten3a, por el contrario, que no hab3a existido incorrecci3n administrativa alguna.

Por ello, esa defensa en la fase de instrucci3n plante3 la oportuna cuesti3n prejudicial administrativa al amparo del arto 4 de la L.E.Crim ..

Como el asunto se tramitaba por el procedimiento abreviado, chupando aquel incidente se elevó a la Audiencia Provincial, ésta entendió que no era ese el momento de plantear la cuestión prejudicial. Sería al comenzar el juicio oral, en el trámite previsto para las cuestiones previas y para alegar la violación de derechos constitucionales, chupando se podría plantear también la cuestión prejudicial.

No se entra ahora en el problema procesal de si efectivamente ese era el momento adecuado para suscitar la cuestión prejudicial, aunque a ésta no se refiera expresamente la normativa de la L.E.Crim., sobre el procedimiento abreviado. El hecho es que la defensa del acusado acató el criterio de la Sala, y por tanto al iniciarse el juicio oral formuló la cuestión. A ésta se adhirió el representante del Estado que actuaba como responsable civil subsidiario. En cambio, se opusieron las acusaciones particulares y el Ministerio Fiscal. La Audiencia Provincial admitió la cuestión prejudicial propuesta, y suspendió las actuaciones para que las partes pudieran tramitar aquélla ante la Sala competente de lo Contencioso-Administrativo.

VIII. COMPARECENCIA O INCOMPARECENCIA DE LAS PARTES EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Es claro que el acusado que había promovido la cuestión prejudicial compareció ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo dentro del plazo concedido, haciendo lo propio el Abogado del Estado.

Mucho más tardía fue la comparecencia de los funcionarios que en su día denunciaron. Y cabe preguntarse ahora por la suerte de tal cuestión prejudicial si esos denunciados no hubieran comparecido en la vía Contencioso-Administrativa.

La primera solución que se ofrece es la de que ante tal incomparecencia la cuestión administrativa habría de resolverse favorablemente al acusado. Y ello, porque si en el nuevo proceso sólo aquél y el Abogado del Estado defendían la legalidad de la actuación administrativa, difícilmente la Sala podría de oficio

declarar nulidades o anulabilidades que nadie había solicitado. Porque en efecto, el orden Contencioso-Administrativo, actúa de forma rogada, a instancia de parte y no de oficio.

Pero de otro lado, la L.E.Crim., cual antes vimos, establece que en esos procesos donde se ventila la cuestión prejudicial, será parte el Ministerio Fiscal. Esta presencia del Ministerio público en el proceso civil o en el administrativo que se entable, es desde luego una garantía de que en su tramitación y resolución se salvaguardará el interés público y el fin último de la justicia.

Pero no está claro que el Ministerio Fiscal en ese proceso Contencioso-Administrativo, tenga que asumir la condición de impugnante de los actos administrativos, supliendo así la pasividad de los verdaderos interesados. Con todo, tampoco cabe excluir que adopte aquélla postura de impugnar el acto, puesto que en definitiva, la condición de parte habilitaría para ello al Ministerio Fiscal.

En el caso concreto que nos ocupa no llegó a plantearse esa duda, puesto que al final los funcionarios denunciados comparecieron ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo y en ese proceso discutieron la legalidad de la actuación de aquel a quien inicialmente habían denunciado.

IX. ORDEN DE ACTUACIÓN DE LAS PARTES EN ESE PROCESO ADMINISTRATIVO

Con independencia de lo expuesto en el epígrafe anterior, otro interrogante que se plantea es el orden de actuación de las partes en el peculiar proceso Contencioso-Administrativo. Es cierto que la cuestión prejudicial la plantea el acusado y que es éste quien tiene verdadero interés en que aquel proceso siga adelante. De ahí su comparecencia inmediata ante la Sala en el caso que nos ocupa. Pero lo que no es tan claro es que fuera él quien tuviera que asumir la condición de actor o demandante en ese proceso.

Porque en definitiva, su postura, al igual que la del representante de la Administración responsable subsidiaria, es la

de que el acto administrativo era correcto. Eran las otras partes las que mantenían que dicho acto contenía graves infracciones del ordenamiento jurídico. Ante ello, pensamos que la postura de demandante habían de asumirla quienes mantenían la existencia de tal nulidad, o sea, los iniciales denunciadores y el propio Ministerio Fiscal.

Aunque el proceso Contencioso-Administrativo tiene autonomía, no hay que olvidar que el que contemplamos deriva directamente de una causa penal, donde había un acusado. Parece pues equitativo que quienes aducen nulidades o infracciones de las actuaciones administrativas, esgriman primero sus argumentos en tal sentido, para que después pudieran contestar quienes defienden la validez del acto administrativo. Esa defensa la asumían el inicialmente denunciado y el Abogado del Estado.

Entendemos que en definitiva el que defiende debe hablar siempre el último. En materia estrictamente penal, mantener lo contrario constituiría una aberración. Y es que el art. 24.2 de la Constitución Española, establece que todos tienen derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos.

A su vez, en el recurso Contencioso-Administrativo, primero habla quien impugna el acto de la Administración, y después ésta para defender su legalidad. Otra cosa es cuando la propia Administración recurre en lesividad. Pero en última instancia esto no es sino una confirmación de la regla general, ya que en ese caso, es la Administración quién impugna la legalidad del acto.

De otra parte, el principio de presunción de legalidad de que están rodeados los actos administrativos, pide que el orden secuencial en el proceso que los revisa sea el que aquí hemos indicado. No es pues el autor del acto el que *a priori* y *ad cautelam* tenga que defender la corrección de aquél. Será el que acusa la ilegalidad, el que deba manifestar los motivos y argumentos en que la misma se basa. Y después de ello, la otra parte podrá defender la corrección de ese acto o actuación.

La postura contraria lleva a una verdadera indefensión. Pues ésta se dará si al defensor nato de los actos de la

Administración y al funcionario o autoridad que los produjo, se los obliga a pronunciarse sobre la validez de aquéllos sin conocer exactamente cuales son los motivos de nulidad alegados, o las infracciones aducidas. En ese caso se daría una verdadera subversión del contradictorio.

Nada digamos si el proceso Contencioso-Administrativo se tramita como cuestión de personal en atención a que los denunciantes tenían la condición de funcionarios. En tal caso, en el recurso contencioso no hay trámite de conclusiones, sino solamente demanda y contestación. Entonces si el orden de actuación es el que aquí hemos criticado, la indefensión que puede producirse es verdaderamente grave. Y es que, aparte la presunción de legalidad de los actos administrativos, aunque frente al autor de aquéllos se hubiera iniciado un proceso penal, a esta altura lo protege el principio constitucional de presunción de inocencia.

X. SOBRE EL PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO

Un ulterior problema que se plantea es el del plazo para la interposición del recurso Contencioso-Administrativo. No en cuanto a que el mismo haya de iniciarse en el plazo concedido por la Sala de lo penal para formalizar la cuestión prejudicial, pues esto se da por sentado. Pero sí sobre que el recurso contencioso presumiblemente será extemporáneo con relación a la fecha del acto administrativo al que se achacaban aquellas infracciones.

Efectivamente, la primera consideración es que el plazo para recurrir aquel acto o actuación había transcurrido. Tan es así, que esta dificultad se esgrimió ante la Audiencia Provincial como un motivo para que la cuestión prejudicial no fuera admitida. No lo acogió dicho Tribunal, al entender que, aunque ese recurso Contencioso administrativo habría de tener dificultades, éstas podrían superarse sin excesiva onerosidad.

Es cierto que los plazos ordinarios para el recurso contencioso estaban más que pasados. Piénsese que cuando los

actos aparecieron lo que se inició fue un proceso penal que, superada la fase de instrucción, había llegado a la Audiencia. Cuando ésta remitió el asunto a la Sala de lo Contencioso-Advo. habían pasado ya muchos meses y hasta algún año.

Pero no es menos cierto que en la resolución de esa cuestión prejudicial quienes más interés tenían eran los que podían alegar aquella extemporaneidad; con lo que es claro que bien se cuidarían de no plantearla. Porque lo que a ellos les interesaba más que a nadie era una solución en cuanto al fondo del asunto.

Tampoco cabe olvidar que en el recurso Contencioso administrativo la cuestión que se planteaba era fundamentalmente de carácter declarativo: si una determinada actuación infringió el ordenamiento jurídico o si por el contrario se ajustaba al mismo. Para entonces el que se anulara o no aquel acto, poca importancia tenía; pues donde aquella declaración habría de surtir sus efectos era en el proceso penal que estaba suspendido a la espera de la misma. Y para esa acción declarativa el plazo de recurso es algo poco importante.

En efecto, tal acción debe admitirse mientras que exista vivo el interés en que recaiga la declaración. Y dicho interés subsiste plenamente vigente cuando la Sala de lo Contencioso-Administrativo empieza a conocer del asunto.

Por lo demás, sobre la admisión de las acciones declarativas, poca duda puede caber. Es en el proceso de trabajo donde más reacia fue la jurisprudencia a admitirlas. Pues bien, en él el pronunciamiento positivo de nuestro T. Constitucional no pudo ser más claro. En concreto se pronunció en el sentido de que había derecho a obtener la declaración de existencia de una relación laboral siempre que existiera un interés legítimo en conseguir aquella declaración. Así la sentencia del T.e. núm. 210 de 12-92, de fecha 30 de noviembre de la Sala 1.3, y en la que fue ponente el Magistrado RODRÍGUEZ PIÑERO. La aplicación de la misma al caso presente no puede ser más clara.

Finalmente y por lo que se refiere al plazo de interposición del recurso, el hecho de que se hubieran iniciados actuaciones penales puede resultar decisivo. Porque si para el orden

jurisdiccional civil la causa penal impide la promoción del pleito, conforme al art. 362 de L.E.C., a conclusión semejante podemos llegar en nuestro caso para el recurso Contencioso-Administrativo. No sólo por la supletoriedad que para éste tiene siempre la Ley Procesal Civil, sino también por aquella preferencia absoluta que al orden penal atribuye la L.O.P.J., como más arriba indicamos.

XI. EL REQUISITO DE QUE EL ACTO RECURRIDO CAUSARA ESTADO

Otro problema que puede plantearse en el proceso Contencioso Administrativo donde se tramitaba la cuestión prejudicial, es el relativo a si el acto administrativo que dio origen al mismo, tenía que abr causado estado o agotado la vía administrativa. Decimos esto por qué ese requisito es exigible con carácter general en el recurso contencioso.

En cambio en el caso que motiva estas líneas, las actuaciones de un Jefe Provincial no agotan la vía administrativa. Y es que, en materia de personal ese agotamiento sólo lo producen los acuerdos de los Subsecretarios o Directores Generales.

Sin embargo, al igual que decíamos con relación al plazo del recurso, también aquí habría que prescindir del requisito de que el acto cause estado. Porque a las partes acusadas lo que les interesaba era un pronunciamiento del orden Contencioso-Administrativo y no una sentencia de inadmisibilidad de dicho recurso. De otra parte, la Sala lo que tenía que resolver en realidad era una cuestión prejudicial, y había de hacerlo en el momento y en la situación en que la misma se planteaba.

Asimismo el requisito de causar estado no es algo tan esencial en la vía Contencioso-Administrativa que no pueda prescindirse de él. Recordemos que en el proceso especial de protección de los Derechos Fundamentales de la Ley de 1978, no se requiere que el acto recurrido agote la vía administrativa. Si esto ocurre en ese caso en razón a la protección privilegiada que merecen los derechos constitucionales, no es descabellado pensar

que lo mismo puede suceder cuando los altos intereses que se ventilan en el orden penal exigen la previa resolución de aquella cuestión prejudicial administrativa en torno a ese acto que no había causado estado.

XII. AMPLITUD DEL CONOCIMIENTO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Otra pregunta que conviene hacer es la de si en la cuestión prejudicial que nos ocupa, la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha de conocer del asunto con plenitud de jurisdicción, o bien tiene alguna restricción en esa cognición. Limitación podría ser el que la Sala no entrara en la motivación personal de quién dictó el acto administrativo, o en las finalidades que aquél pudiera perseguir. La base para esa restricción en el conocimiento pudiera estar en la consideración de que tales interioridades eran adecuadas para debatirse en la causa penal, pero no en el proceso administrativo que debía ceñirse al tema de la legalidad.

Ni qué decir tiene que no compartimos tal criterio. El proceso contencioso que se siga para resolver la cuestión prejudicial, es de carácter fundamentalmente declarativo y asimismo plenario. Y en él, la Sala ha de moverse y pronunciarse con plenitud de jurisdicción.

Si así puede hacerlo en los supuestos normales, mucho más en el caso de autos en el que de la decisión depende en buena parte la condena penal de un funcionario. Y es que, si el recurso contencioso permite adentrarse en todas las posibles irregularidades del acto, incluida la desviación de poder (que supone juzgar de la finalidad perseguida), no se comprende cómo pueda haber limitaciones en el caso de la cuestión prejudicial que nos ocupa.

El orden Contencioso-Administrativo habrá de pronunciarse pues con toda la amplitud posible y como si su sentencia fuera la última palabra sobre el caso. Otra cosa es que,

conforme antes veíamos y cual requiere la prejudicialidad, esa última palabra haya de tenerla en realidad el Tribunal de lo penal.

Sobre el efecto que la decisión de la cuestión prejudicial deba tener en la causa penal, ya nos pronunciamos con anterioridad. En el caso concreto que nos ocupa y como el delito de que se acusaba era el de prevaricación, la declaración del orden contencioso de que el acto de aquel funcionario no era ajustado a derecho y de que en efecto había alguna infracción al Reglamento de Provisión de Puestos de trabajo en la función pública, no obliga a la Sala de lo Penal a dictar sentencia condenatoria. Para esta condena, el Código Penal anterior exigía que la resolución fuera manifiestamente injusta, lo que añade un requisito de ostensibilidad y evidencia que no es baladí. Y a su vez, en el art. 404 del Código Penal vigente, la conducta del funcionario habría de encajarse en lo arbitrario, concepto que también tiene su peculiar significación.

XIII. POSIBLES RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA RECAIDA EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Un tema que hay que abordar ahora es el de los posibles recursos contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que decida la cuestión prejudicial. Y ese problema está enormemente conectado al del procedimiento que hubiera de aplicarse para tramitar aquella cuestión prejudicial.

Ya dijimos antes que si el seguido era el procedimiento especial en materia de personal, si además el orden de actuación de las partes era el que antes criticábamos, (obligando a pronunciarse primero al funcionario denunciado), podría llegarse a una verdadera situación de indefensión de éste, puesto que en aquel proceso especial no hay trámite de conclusiones.

Pero puede dudarse de que estemos verdaderamente ante una cuestión de personal. El procedimiento especial existe para tramitar las reclamaciones del personal al servicio de la Administración frente a esta última. En el presente caso, el proceso se había promovido por la actuación de un Jefe Provincial

frente a algunos de sus subordinados. Mientras que la Administración quedaba en la sombra. Desde luego si el centro de atención se ponía en el funcionario denunciado, es claro que el mismo no planteaba cuestión alguna frente a la Administración de la que dependía.

De otro lado, parece que debe prevalecer la naturaleza esencialmente declarativa del asunto, la cual pide el cauce más amplio del proceso ordinario. Y es que este último en la Ley jurisdiccional de 1956 ofrece muchas más garantías que el proceso especial de personal. Resulta lógico que esas garantías se ofrezcan a quien se ve potencialmente amenazado por la condena de un Tribunal Penal.

Por otra parte, esta condena ha de consistir básicamente en la inhabilitación como funcionario público por plazo de varios años. Lo cual en cierta forma se puede equiparar a una extinción de la relación funcionarial, con la que se compadece la tramitación propia del proceso ordinario.

Si se admite este tesis más garantista, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo admitiría recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Y aunque el pronunciamiento de este último también sería prejudicial para el orden penal, de lo que no cabe duda es de que aquella cuestión administrativa quedaría resuelta con todas las garantías posibles y con el acierto que la gravedad del caso requería.

El último extremo al que queremos aludir es el de la posibilidad de que la sentencia final del orden Contencioso-Administrativo sobre la cuestión prejudicial, sea la del T. Supremo o la del T. Superior de Justicia, fuera recurrida en amparo ante el T.C. No vemos ningún inconveniente en que ello ocurra, si en la tramitación de aquel proceso se hubiera violado algún derecho fundamental susceptible de amparo.

El derecho donde el riesgo de infracción es más temible es el de tutela judicial efectiva y el de proscripción de toda indefensión. En cuanto a esto último, recuérdese lo repetidamente expuesto a lo largo de estas líneas, de que el funcionario denunciado tuviese que defender la legalidad de su actuación

antes de que las otras partes expusieran las infracciones o nulidades que a aquélla se achacaban.

El que la actuación del orden Contencioso-Administrativo sea toda ella prejudicial, entendemos que no debe ser obstáculo para la admisión del recurso de amparo constitucional en los casos en que éste procede. Y es que, cual ha repetido nuestro T.C., la garantía de los Derechos Fundamentales debe darse en el proceso concreto de que se trata, sin que para lo contrario pueda ser excusa el que después exista otro ulterior proceso sobre análoga cuestión.

Ciertamente que en nuestro caso al inicial proceso Contencioso Administrativo puede seguir la decisión propia del juicio penal. Pero si en el primero se han producido quebrantamiento de Derechos Fundamentales e indefensión del interesado, esto puede influir en la decisión prejudicial que se haya adoptado; la cual a su vez, puede pesar como una losa sobre el acusado en el posterior proceso penal. Bien está que éste tenga la última y decisiva palabra, pero ello no justifica que la primera pueda estar viciada.

Nuestro sistema es ciertamente complejo. Pero todo él conspira a la debida protección de los Derechos. Estas líneas han querido poner de relieve las dudas en esa tarea se pueden ofrecer.

LA REFORMA DEL DERECHO CONCURSAL
(EL LARGO «ANTE» DE UN PROYECTO)

MANUEL OLIVENCIA RUIZ

Conferencia inaugural del Curso 1996-1997
en la Academia Sevillana del Notariado
y del Ciclo en Homenaje
a Joaquín LANZAS GALVACHE

SUMARIO: I.-Introducción. II.-Antecedentes históricos. 1. El Anteproyecto de 1959. 2. El Anteproyecto de 19 de 1983. 3. El Anteproyecto de Ley de Bases de 1987. 4. El intento de «actualización y revisión» de 1992. 5. El Anteproyecto del ICAC sobre información de empresas en suspensión de pagos, de 1993. III.-Los criterios básicos para la elaboración de una Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, de 1994. 1. La decisión ministerial. 2. El sistema diseñado en los criterios. 3. La Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995.

I. INTRODUCCIÓN

La publicación, el 15 de febrero de 1996, como suplemento al núm. 1768 del Boletín de Información del entonces Ministerio de Justicia e Interior, de un folleto denominado «Materiales para la Reforma de la Legislación Concursal», ha vuelto a poner de actualidad un viejo tema. El folleto, con Prólogo de D. Juan Luis IBARRA ROBLES -a la sazón, Director General de Codificación y Cooperación Jurídica Internacional de aquel Departamento- contiene los «Criterios básicos para la elaboración de una propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal», establecidos por el que fue Ministro Don Juan Alberto BELLOCH, comunicados el 23 de junio de 1994 al Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Prof. Aurelio MENÉNDEZ, y la propuesta redactada en el seno de ésta por el Vocal permanente, Prof. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, entregada el 12 de diciembre de 1995.

Nuevos criterios y nueva propuesta sobre un tema viejo, el de la permanentemente proclamada y, hasta ahora, nunca realizada «reforma» de nuestro Derecho concursal, esa especie de «revolución pendiente», sobre cuya necesidad todos coinciden, pero cuya formulación positiva no acierta a pasar del «anteproyecto», porque ningún Gobierno ha osado siquiera prescindir del prefijo y convertirlo en proyecto. «En España, cuando no hay

algo hay un proyecto», me dijo en una ocasión un ejecutivo americano, buen conocedor y observador de nuestra realidad; pero en materia concursal, ni siquiera eso, y ahora ni un «Anteproyecto», sino «criterios básicos» y «propuesta» de anteproyecto.

La coincidencia se produce en la crítica de la legislación vigente y en la «necesidad» y hasta en la «urgencia» de su reforma. El «arcaísmo», la «dispersión» o fraccionamiento y la falta de «armonía» y de «sistema» son ya lugares comunes en la denuncia del Derecho en vigor, defectos que, inexorablemente, van agravándose con el transcurso del tiempo.

Hace ya 35 años, en la conferencia que pronuncié en Bolonia sobre «El movimiento de reforma del Derecho concursal español» (v. un resumen en VERDERA, E., «Tres mercantilistas españoles en Bolonia», *en RDM*, núm. 85, 1962, págs. 83-108, especialmente págs. 99-104), distinguía entre Derecho «viejo» y Derecho «anticuado». La vejez no es defecto en las leyes, que pueden llegar a viejas por ser buenas. El defecto es la antigüedad o el arcaísmo, que significa inadecuación a la actualidad, algo propio de otra época pero impropio de la presente. Y no puede extrañar que se tache de «arcaico» a un Derecho concursal que contiene normas cuyo vigor data de 1829 (C. de c. de SÁINZ DE ANDINO, reformado en 1878), de 1881 (LEC), de 1885 (C. de c. vigente, reformado en esta materia por Ley de 10 de junio de 1897) y de 1922 (la más reciente de nuestras leyes concursales, nacida bajo el signo de la transitoriedad, marcado en su artículo adicional 2.0, y que ya ha cumplido los 74 años de vida). Junto a estas piezas fundamentales de nuestro Derecho concursal, una fronda de disposiciones especiales, lejos de corregir su arcaísmo, incrementa los vicios de su dispersión y su fragmentación.

Con tan herrumbroso instrumental -lo que no significa que la herramienta hoy oxidada no fuese útil en su tiempo y en buen estado-, el Derecho español ha de hacer frente a las crisis económicas en una economía globalizada, protagonizada por los grupos de sociedades, las «multinacionales», las grandes empresas, en la época de la revolución tecnológica, la ingeniería

financiera, las comunicaciones electrónicas y las autopistas de la información.

Pero el tema de la reforma no es nuevo, sino recurrente; no refleja un movimiento uniforme ni continuo, sino a intervalos o *per saltum*, interrumpido por fases de parálisis o de latencia, tras las que vuelve a surgir con renovados ímpetus. Ahora que estamos ante otra recidiva reformista, permítanme que recuerde sus antecedentes y que ofrezca un testimonio que, no sé si por viejo o por antiguo, creo que soy el único que puede prestar, como participante directo en los más importantes intentos oficiales de reforma desde hace cuarenta años. No voy a remontarme más atrás de esa fecha, porque los anteriores intentos reformistas, que no faltaron, carecieron de la entidad global y de la unidad legal y de disciplina que caracterizan al movimiento desde el Anteproyecto de 1959, al que paso a referirme

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. El Anteproyecto de 1959

Son cuarenta los años que se han cumplido desde mi incorporación a los trabajos de redacción del Anteproyecto de Ley Concursa del Instituto de Estudios Políticos, concluido en 1959. Con anterioridad, sólo el proyecto de C. de c. de 1926, bajo la Dictadura del General Primo de Rivera, había ensayado una reforma del Libro IV, dentro del cuerpo legal mercantil.

La labor prelegislativa se había iniciado en el Instituto de Estudios Políticos (en adelante, I.E.P.), en su Sección de Justicia, bajo la presidencia de GARRIGUES, el mismo taller en que se había elaborado el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas. Pero la Sección redactora, de la que inicialmente formaban parte con GARRIGUES juristas de la talla de FEDERICO DE CASTRO, GUASP, URÍA Y DE LA PLAZA, se vio afectada por la parálisis que en sus miembros provocó el «virus» de la Barcelona Traction, la «quiebra de la canadiense», generadora, como ha escrito recientemente JIMÉNEZ SÁNCHEZ («Las

aportaciones de Don Joaquín Garrigues al Derecho Concursal Español», en Joaquín Garrigues, Jurista y universitario ejemplar, Madrid, 1996, págs. 145-155, especialmente págs. 150-151) de no pocas situaciones conflictivas, como consecuencia de la participación de la mayoría de aquéllos en la defensa de los intereses antagónicos de las partes enfrentadas en el «caso».

Con objeto de remediar esa parálisis, se constituyó una «Subción especial», de «jóvenes», en la que nos integramos (porque entonces lo éramos) el Magistrado Luis VACAS, el Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado Pío CABANILLAS, y los Profesores Ayudantes Luis Díez-PICAZO (de Derecho Civil) y OLIVENCIA (de Derecho Mercantil). Guardo de aquella lejana e interesante experiencia el mejor recuerdo y la cordial amistad que creó o incrementó entre nosotros. Es la amistad una relación bilateral que no se extingue con la muerte de una de las partes, sino que perdura y se eleva al sentimiento emocionado del recuerdo y la admiración, que es el que aquí reconozco a Pío CABANILLAS, precoz y rápido hasta en el trance de morir.

Trabajamos mucho y creo que bien, en una atmósfera grata y de amplio entendimiento, tanto entre los jóvenes como en las sesiones periódicas en que rendíamos cuenta de la labor a los «seniors», GARRIGUES y DE LA PLAZA. Fruto de aquel trabajo fue el Anteproyecto de Ley Concursal, de 1959, no publicado oficialmente, pese al deseo de sus redactores.

Quedó aquel texto en un intento frustrado por el clima de la BT; aunque hay que reconocer, con JIMÉNEZ SÁNCHEZ, que no todos los efectos de aquel clima fueron inconvenientes y que, superadas las viejas tensiones, queda hoy el amplio debate abierto sobre nuestro Derecho concursal con ocasión de la BT, del que derivaron, en último extremo, efectos muy positivos, que enriquecieron la literatura jurídica española, pusieron de manifiesto los defectos de nuestro Derecho positivo y generaron un estado de opinión acerca de la necesidad de proceder a su profunda reforma (*op. cit.*, págs. 150-151).

Años después, cerrado el caso de la BT, se intentó exhumar el texto del Anteproyecto de 1959. Siendo Ministro de Justicia Francisco RUIZ-JARABO, se creó en la Secretaría General Técnica del Departamento un Grupo de Trabajo, que revisó el texto, entre los años 1973 a 1975. Al siguiente año, en 1976, la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (en adelante, C.G.C.), bajo la presidencia de GARRIGUES, decidió retomar el Anteproyecto y creó un Grupo de Trabajo para su revisión.

No prosperaron aquellos intentos y el texto de 1959 pasó a la historia de la reforma. Hoy pueden valorarse sus méritos: respondía aquel trabajo a las necesidades del momento; otorgaba al Derecho concursal una unidad orgánica, al regular conjuntamente los aspectos sustantivos y procesales y hacer desaparecer la diferencia entre deudores comerciales y no comerciales, pero manteniendo dos procedimientos: el concurso y el concordato. Hacía de la «insolvencia» el presupuesto objetivo del primero y reservaba el segundo para las dificultades temporales de pago en que pudiesen encontrarse deudores de buena fe. Suprimió la retroacción absoluta, sustituyéndola por un sistema de acciones de impugnación. Flexibilizó el procedimiento, descargándolo de órganos como los de depositario y comisario, introduciendo una administración de designación judicial, con la presencia necesaria de un técnico, y reforzando el papel del Juez y el del Ministerio Fiscal, en atención a que el concurso no afecta sólo al interés de los acreedores, sino al «general del Estado y de la economía nacional». Se superaban los conceptos de «inhabilitación» e «incapacitación», como efectos del concurso sobre la persona del deudor, y se sustituían por declaraciones específicas y en relación directa con las concretas situaciones patrimoniales que pudiesen apreciarse en el concurso.

Concebida la liquidación como fin normal del concurso, se introducía en el Anteproyecto la importante novedad del «proyecto de liquidación» redactado por los administradores, sometido a aprobación de la Junta y a la homologación del Juez,

con el propósito de evitar disgregaciones y fragmentaciones perjudiciales en el patrimonio.

Sometía los créditos a las operaciones de «previa deducción» y de «graduación», con mayor claridad y simplificación que en el Derecho vigente, y reducía la calificación de la insolvencia a las categorías de «fortuita» y «culpable».

Conviene retener estas notas, entre las más características del texto de 1959, para verificar cómo en el Guardiana de la reforma concursal desaparecen y rebrotan instituciones y normas anteproyectadas.

2. El Anteproyecto de 1983

El intento de revisar el Anteproyecto del LE.P. fue abandonado por la Sección 2.a de la C.G.C., en virtud del cambio que en el método de trabajo introdujeron las OO.MM. de 17 de mayo de 1978, por las que, respectivamente, se creó una Ponencia Especial para la redacción de las Bases de un Anteproyecto de Ley Concursal y otra, de idéntica composición, para la redacción del Anteproyecto articulado. Se trataba de establecer dos fases en la tarea: la primera, de redacción de las Bases, y, una vez redactadas y aprobadas éstas por el Pleno de la Sección, la segunda, de elaboración del texto articulado del Anteproyecto.

Fruto final de aquel trabajo fue el Anteproyecto de Ley Concursal, redactado por la Ponencia Especial que tuve el honor de presidir, integrada por el Magistrado VACAS MEDINA Y los profesores CARREERAS LLANSANA, JIMÉNEZ SÁNCHEZ Y ROJO FERNÁNDEZ-Río, cuyo texto, revisado y aprobado por las Secciones de Derecho Mercantil, Derecho Civil y Derecho Procesal, de la C.G.C., se publicó por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia con fecha 27 de junio de 1983.

Se trata de un texto bien conocido y difundido, cuyos principios inspiradores, en síntesis, eran los siguientes:

- Unidad legal: una sola Ley reguladora de los aspectos materiales y formales del concurso;

- Unidad de disciplina: para todos los deudores, con independencia de su carácter civil o mercantil;
- Unidad de sistema: un solo procedimiento, flexible, para ajustarse a las diversas situaciones que exigen soluciones concursales (superando la diversidad concurso-quita y espera, quiebra-suspensión de pagos).
- Presupuesto objetivo: la situación de «crisis económica» del deudor, es decir, «un estado patrimonial que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de sus créditos», que puede revelarse a través de distintos hechos, algunos enunciados expresamente por la Ley y otros confiados por ésta a la prudente discrecionalidad del Juez.
- Declaración del concurso por Sentencia, previo contradictorio en el caso de que lo instase un acreedor, y establecimiento de un régimen procesal de recursos e incidentes concursales.
- Fortalecimiento de las facultades del Juez, con jurisdicción exclusiva y excluyente sobre el patrimonio del deudor y amplio arbitrio en la dirección del procedimiento.
- Reforzamiento de la sindicatura, de carácter profesional, a expensas de las competencias de la Junta de acreedores, que perdía parte de las tradicionales y se estructuraba en grupos, según el carácter de los créditos (públicos, laborales, privilegiados y ordinarios).
- Conversión del convenio en solución normal del concurso, y de la liquidación en subsidiaria, para el caso de que aquél no se lograse o fracasase.
- Apertura de una tercera vía, «particular», de «gestión controlada», que evitase la liquidación, una vez ésta abierta, si a instancias de la Administración pública, el síndico, acreedores que representasen 1/3 del pasivo o trabajadores que representasen igual porcentaje de la plantilla de fijos de la empresa, se presentaba un plan de reorganización que la Junta acordase y el Juez aprobase.
- Tratamiento más benévolo del deudor: la «inhabilitación» pasaba a ser excepcional (cuando así se acordase por el Juez o se abriese la liquidación); pero mayor rigor con los administradores de las personas jurídicas concursadas y mayor amplitud de la extensión del concurso (al empresario oculto, a la sociedad dominante, a los socios ilimitadamente responsables, al socio único).
- En cuanto a los acreedores, se restablecía como principio general el de *par conditio*, a través de una «drástica poda de privilegios» (respetando sólo algunos especiales, sobre determinados bienes, y generales, por razón de la naturaleza del crédito).
- La calificación del concurso se reducía a «culpable» o «fortuito».
- Se regulaban los problemas del concurso con elemento extranjero, a través de las oportunas normas de Derecho internacional privado.

3. El Anteproyecto de Ley de Bases de 1987

El Anteproyecto de Ley Concursal, iniciado bajo un Gobierno de UCD, se ultimó bajo el primer Gobierno del PSOE, siendo Ministro de Justicia Fernando LEDESMA, quien dispensó una muy favorable acogida al texto y dispuso su publicación y difusión. Pero la complejidad del tema no encajaba en las prioridades políticas del Gobierno y, acunado por las críticas externas, el texto durmió plácidamente en los confortables cajones ministeriales. La propia Ponencia Especial revisó el texto del Anteproyecto en 1985, y en 1987 fue encargada por el Ministerio de la redacción de un «Anteproyecto de Ley por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley sobre el concurso de acreedores», texto que fue aprobado en 24 de marzo de 1987.

Se adoptó así un método sugerido ya por la Ponencia al hacer entrega de la primera versión del Anteproyecto, pero que el Ministro LEDESMA rechazó por considerarlo «temeroso con el Parlamento». En realidad, no era miedo al debate lo que inspiraba aquella sugerencia, sino la previsión de que un proyecto tan largo y tan técnico como el de Ley Concursal encontraría en las Cámaras legislativas escollos peligrosos o insalvables. El método de la delegación legislativa mediante Ley de bases, al amparo del arto 82 de la Constitución, era, al parecer de la Ponencia, el adecuado.

La propia Ponencia, que en 1978 había redactado las «Bases para un Anteproyecto de Ley» se encargó de redactar el «Anteproyecto de Ley de Bases», induciendo del texto articulado de 1983 los principios y criterios que habían de seguirse en ejercicio de la delegación por el Gobierno. El texto de este nuevo Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos y de 24 Bases.

4. El intento de «actualización y revisión» de 1992

Tampoco el cambio de técnica consiguió desbloquear el tema. Una nueva pausa se prolonga hasta que con fecha 12 de mayo de 1992 el Ministro de Justicia, Tomás DE LA QUADRASALCEDO, dispuso por Orden comunicada la «actualización y revisión del Borrador de Anteproyecto de Ley Concursal, tanto en forma de Bases como de Texto Articulado, teniendo en cuenta, además, las orientaciones del Derecho Comunitario en la materia», a cuyo fin designó como Ponentes a los mismos miembros de la anterior Ponencia Especial, quienes, en cumplimiento del mandato, procedieron, en primer lugar, a la actualización y revisión del Anteproyecto de Ley de Bases, que con fecha 16 de febrero de 1993 remitieron al Presidente de la Sección 2.ª, de Derecho Mercantil, de la C.G.C., para la apertura de un período de enmiendas, posteriormente debatidas.

Surgieron entonces en el seno de la Sección diferencias en la interpretación del mandato recibido del Ministro. Según la Ponencia, se trataba, literalmente, de «revisar y actualizar», no de redactar un Anteproyecto de nueva planta ni de alterar sustancialmente el sistema contenido en el anterior. En consecuencia, no se consideraban pertinentes las enmiendas que proponían la retirada o sustitución del proyecto, o la alteración sustancial del sistema, como la presentada por el Prof. IGLESIAS PRADA, que preconizaba el establecimiento de una dualidad de procedimientos concursales (suspensión de pagos o concordato/concurso o quiebra), el cambio de los presupuestos objetivos y la supresión de la gestión controlada.

El amplio debate en la Sección culminó en la reunión de 29 de junio de 1993, en la que el Presidente, Prof. MENÉNDEZ, decidió suspender las deliberaciones sobre la futura Ley concursal para reanudarlas, en su caso, a la vista de la posición que adoptase el Ministro de Justicia del nuevo Gobierno surgido de las elecciones de 6 de junio de 1993.

5. El Anteproyecto del ICAC sobre Información de Empresas en Suspensión de Pagos, de 1993

En ese trance, se cruzó en el camino de la reforma el llamado «Borrador de Anteproyecto de Norma sobre información de empresas en suspensión de pagos», de fecha 8 de junio de 1993, redactado por el Instituto de Contabilidad y de Auditoría de Cuentas (ICAC), que suscitó la lógica preocupación de la Sección de Derecho Mercantil de la C.G.C., por afectar al Derecho concursal!. La Sección encomendó la redacción de un Informe sobre dicho «Borrador» al Vocal Prof. ROJO FERNÁNDEZ- RÍO y, tras el estudio de aquél, aprobó las conclusiones siguientes:

- La Norma a que se refería el Anteproyecto vulneraría el principio de jerarquía normativa y los límites de la delegación contenida en el R.O. 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC), y que autoriza al Ministro de Economía y Hacienda a adaptar mediante O.M. las normas de valoración y elaboración de cuentas anuales a las condiciones concretas del sujeto contable (disp. final 30). No cabe extender esa autorización para las «cuentas anuales» al balance especial que el deudor mercantil debe acompañar a la solicitud de suspensión de pagos o redactar inmediatamente después de su admisión a trámite.
- La Norma anteproyectada contenía criterios de valoración cuya vigencia aumentaría el número de suspensiones de pago con «insolvencia definitiva».
- No debería acometerse ninguna iniciativa normativa fuera de la urgente y necesaria reforma global del Derecho concursal.

III. LOS CRITERIOS BÁSICOS PARA LA ELABORACIÓN DE UNA PROOPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL, DE 1994

1 . La decisión ministerial

Designado, tras las elecciones de Junio de 1993, el nuevo Ministro Juan Alberto BELLOCH, el Presidente de la Sección, Prof. MENÉNDEZ, en reunión del 13 de septiembre de 1993, le informó del estado de los trabajos y, en concreto, de la preparación del Anteproyecto de Ley Concursal, tema sobre el que recabó precisas instrucciones. El Ministro se reservó tiempo para adoptar posición sobre este asunto y sus cuestiones esenciales («Ley de Bases o Texto articulado, alcance del apoyo que deba prestar a todo el trabajo realizado por la Sección hasta ahora, contenido de la reforma con formulación, en lo posible, de su orientación general»).

Tras las «oportunas consultas», según se expresa en el Prólogo del citado folleto «Materiales para la Reforma de la Legislación Concursal», el Ministro comunicó al Presidente de la Sección, en 23 de junio de 1994, los «Criterios básicos para la elaboración de una propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal», contenidos en 18 puntos.

2. El sistema diseñado en los criterios

El examen de estos «Criterios» revela que nos encontramos ante un sistema distinto del contenido en el Anteproyecto de 1983, y no digo de un «nuevo» sistema, porque el diseñado en 1994 tiene mucho de «regresivo», en el sentido de movimiento hacia atrás, ya que corrige novedades introducidas en 1983 para retroceder al Anteproyecto de 1959 o al Derecho vigente.

Cierto que mantiene los criterios de «unidad legal», al preconizar una Ley reguladora de los aspectos materiales y formales, y de «unidad de disciplina», al «unificar los procedimientos por razón del presupuesto subjetivo o condición civil o mercantil del deudor común» (núm. 1). Pero se abandona la «unidad del sistema», para volver a la dualidad «suspensión de pagos» y «concurso de acreedores».

Esa revisión del sistema de «procedimiento único, flexible y ajustado a las exigencias de la realidad» comporta también la del

presupuesto objetivo de la declaración, antes único, pero amplio (la situación de «crisis económica»), y ahora forzosamente dual - uno, para la suspensión de pagos; otro distinto, para el concurso- y concreto, volviéndose a la «dialéctica» iliquidez-insolvencia, que en el Anteproyecto de 1983 quisimos superar.

Pero el sistema ha de definirse no sólo por los «presupuestos» sino por las «finalidades». Mientras en el Anteproyecto de 1983 se proclamaba como solución normal del concurso el convenio y como fin el saneamiento sobre la liquidación (de tal manera que ésta sólo se abría en los casos de imposibilidad o fracaso de un convenio, y aún podía ser evitada a través de la vía de la gestión controlada), en los Criterios de 1994 se propugna como finalidad primordial de la suspensión de pagos (núm. 6) el convenio de continuación (se prohíben los «esencialmente liquidatorios» y los de «cesión de bienes en pago o para pago de acreedores») y, como «finalidad principal del concurso, la satisfacción de los acreedores mediante la liquidación del patrimonio del deudor común ... o mediante un convenio de cualquier clase» (núm. 8), aun cuando se matiza que «en materia de liquidación, la regla será la enajenación en bloque o como un todo» (núm. 8, *in fine*). No se aclara si se trata del entero patrimonio del deudor o de las unidades u organizaciones productivas que en él se hallen (como decía expresamente el arto 273 del Anteproyecto).

A mi juicio, esos son los puntos clave en el diseño del nuevo sistema. Los demás criterios pueden considerarse instrumentales, al servicio de las finalidades descritas en las bases esenciales del sistema. Así, la «simplicidad y flexibilidad» (núm. 1, *in fine*) de los procedimientos son aspiraciones compartidas con los Anteproyectos anteriores -más «simple» el de 1983, en virtud de su unidad procedimental- o La atribución al Juez de «jurisdicción exclusiva y excluyente sobre todo el patrimonio del deudor común» es reproducción exacta de la norma contenida en el arto 15 del Anteproyecto de 1983, entonces referida sólo al concurso, y ahora también a la suspensión de pagos.

A la preocupación por el procedimiento responde también la atribución de competencia territorial en esta materia «a uno o más Juzgados de 1.^a Instancia de la capital de cada provincia (a excepción de territorios insulares y de Ceuta y Melilla), los cuales se proveerán entre los Magistrados, por concurso de méritos, en el que se valorarán especialmente el conocimiento del Derecho concursal y del Derecho mercantil» (núm. 4). Se trata de introducir el principio de «especialización» en el conocimiento de los procedimientos concursales, lo que no resulta acorde con el sistema de la LOPJ, 6/1985, de 1 de julio, que habría de ser modificada en ese sentido. Parece que surge aquí la primera disidencia con los «Criterios» establecidos por el Ministro anterior, porque la actual titular de Justicia no comparte ese principio.

Instrumental es, asimismo, el tema de los demás órganos. Los «Criterios» prestan especial atención a los Interventores de la suspensión de pagos, cuyo número fijan en tres y cuyo carácter precisan: un Letrado ejerciente de reconocida cualificación, un auditor de cuentas y un acreedor ordinario; para terminar con una prohibición expresa del «corporativismo» en la designación y con la sumisión de los honorarios a un futuro régimen de «limitaciones». Pero lo curioso es que para la sindicatura del concurso no se contiene más referencia que la de su sometimiento a la «fiscalización» del Comisario, «órgano auxiliar del Juez», que se recupera, cuando su ineficacia en la práctica llevó a los Anteproyectos de 1959 y 1983 a su supresión.

Es sorprendente el silencio que los «Criterios» guardan sobre la Sindicatura, cuando la regulación de ésta en el Anteproyecto anterior fue uno de los caballos de batalla de los críticos de la reforma, que atacaron el carácter profesional desde frentes «corporativistas», ahora excluidos expresamente para la designación de Interventores. Ni siquiera se establece el número de Síndicos (uno o más), porque la referencia se hace al órgano - «Sindicatura»-, ni a su nombramiento, ni a sus funciones, salvo la de «liquidación del patrimonio» (núm. 8).

Tampoco contienen los Criterios una mínima referencia a la intervención del Ministerio Fiscal, ni a otros órganos de los procedimientos. Se trata, en abstracto, de la «colectividad de los acreedores» (núm. 6), o del «interés de la masa de acreedores» (núm. 7), de «la satisfacción de los acreedores» (núm. 8), pero no de la Junta, ni de sus competencias y funcionamiento.

Otras materias objeto de previsión en los «Criterios» coinciden con el Anteproyecto de 1983 (la prohibición de la declaración concursal *inaudita parte debitoris* (núm. 9); la obligación de manifestarse en estado de concurso (núm. 3); la posibilidad de reconocimiento de créditos sin previa insinuación por parte de sus titulares (núm. 11); la supresión de la «retroacción absoluta» (núm. 12); la reducción drástica del número de privilegios (núm. 13, pero sin ofrecer más criterios que la excepción a favor de los créditos públicos); el establecimiento de normas de Derecho internacional privado, teniendo en cuenta los criterios propiciados por las Organizaciones Internacionales de las que España forma parte (núm. 17).

Pero, más que las insuficiencias y las coincidencias de los «Criterios», resalta en ellos la posición revisionista del Anteproyecto de 1983 en el diseño global del sistema y en tres puntos fundamentales:

- La revisión de la unidad del sistema y el regreso a la dualidad de procedimientos concursales.
- La correspondiente revisión del presupuesto objetivo de la declaración concursal y el regreso a los conceptos de iliquidez e insolvencia.
- La revisión del «concurso-saneamiento» y el regreso al concurso liquidatorio, lo que supone, entre otras consecuencias, la supresión de la «gestión controlada».

La cuestión no es de mera técnica, sino de política legislativa, de opción entre diferentes modelos y de inspiración ideológica de la elección.

El Anteproyecto de 1983 se inclinaba más a favor del concurso-saneamiento que del concurso-liquidación, porque partía

del principio de que el concurso ya no es sólo *creditorum concurrentium*, no afecta sólo a los acreedores frente al deudor común, sino a un conjunto de intereses involucrados en la crisis económica del deudor, intereses generales, económicos, sociales, «difusos», pero que pueden concretarse en la «conservación de la empresa», en el mantenimiento del empleo o en la protección de los puestos de trabajo. Puede entenderse que esta «socialización» de la crisis no debe traspasarse al concurso, que ésa no es su finalidad, sino la satisfacción de los acreedores. O puede mantenerse una tesis contraria, haciendo del concurso un escenario de composición de todos esos intereses, públicos y privados, generales y particulares, a través del fortalecimiento de los poderes del Juez, de la participación del Ministerio Fiscal, de la presencia de la Administración pública, del peso de los trabajadores como tales y no sólo como acreedores.

Esta última era la orientación dominante en el Derecho comparado al momento de redactarse el Anteproyecto de 1983 (v. mis artículos «El Derecho Concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma», en *La Reforma de la Legislación Mercantil*, Madrid, 1979, págs. 315-352; «Los sistemas económicos y las soluciones jurídicas al estado de crisis empresarial», en *La Reforma del Derecho de Quiebra*, Madrid, 1982, págs. 99-116; «La evolución del Derecho de Quiebra y el Consejo de Europa», en *Liber Amicorum*, homenaje al Prof. PÉREZ MONTERO, Oviedo, 1985, págs. 1.048-1.056.

Es cierto que el movimiento de reforma del Derecho Concursal acusa actualmente oscilaciones importantes en otros ordenamientos y en la esfera internacional. La Ley francesa de 25 de enero de 1985 ha sido modificada por Ley de 10 de junio de 1994; el Título 11 del Código de los EE.UU., tras la redacción de 6 de noviembre de 1978, ha sido repetidamente modificado (en 1984, 1986, 1988, 1990, 1992 Y 1994); en el Reino Unido se promulgó, en 1986, la Ley inglesa de quiebra; en Portugal, por Decreto-Ley de 23 de abril de 1993, se aprobó el Código de los Procesos Especiales de Recuperación de empresas y de quiebra; en 5 de octubre de 1994, se aprobó la Ordenanza alemana de

insolvencia, con un largo período de vacatio, para entrar en vigor el 1 de enero de 1999; en 20 de julio de 1995, se sancionó la Ley argentina núm. 24522 sobre concursos y quiebras (que regula el «concurso preventivo» y la «quiebra»).

De otra parte, la UE ha culminado el Proyecto de Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia (Bruselas, 25 de septiembre de 1995) y UNCITRAL está tratando actualmente en un Grupo de Trabajo especial de la insolvencia transfronteriza (v. mi artículo «El tema de la insolvencia en la agenda de UNCITRAL», RDBB, XV, 1996, págs. 411-433).

La crisis económica mundial removió las aguas del Derecho concursal; pero cuesta trabajo identificar los «Criterios» del Ministerio de Justicia e Interior, de 1994, con las nuevas orientaciones, en las que no cabe apreciar un abandono del concurso-saneamiento en aras de la liquidación. El parágrafo 1 de la *InsO* alemana parece bien expresivo, cuando define la finalidad del procedimiento de insolvencia en la satisfacción colectiva de los acreedores del deudor común «mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, Q mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferente, especialmente dirigida a la conservación de la empresa».

Con ser cierto el cambio de legislación y de principios inspiradores en el ámbito del Derecho comparado, no veo que pueda afirmarse que los «Criterios» de la reforma española responden a las nuevas concepciones de las más avanzadas legislaciones. Por el contrario, más parece una regresión a posiciones anteriores que una adscripción a las de vanguardia. Puede resultar extraño, pero puede probarse que el Anteproyecto de 1983, concebido bajo el Gobierno de UCD, era más «progresista» y «socializador» que los «Criterios» formulados bajo el Gobierno socialista.

La dualidad de procedimientos y de presupuestos objetivos de los «Criterios» está más cercana al sistema del C. de c. de 1885 que a la propia Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y al Anteproyecto de 1959, en el que ciertamente se inspiran con

frecuencia aquellos. El núm. 3 de los Criterios señala la diferencia entre «previsible situación de iliquidez» e «insolvencia» del deudor; pero no define ésta, sino que la «presume en algunos casos» («endeudamiento excesivo; sobreseimientos sectoriales o cuantitativos; embargo de los principales activos»).

El C. de c. de 1885 separó los dos procedimientos concursales propios de los comerciantes, pero no estableció una «simetría» de los respectivos presupuestos. Frente al «sobreseimiento» general propio de la quiebra, el Código, en su versión original, permitía la solicitud de suspensión de pagos en tres supuestos diversos:

- 1.º Activo superior al pasivo («bienes suficientes para cubrir sus deudas») con «previsión» de la imposibilidad de efectuar el pago a las fechas de vencimiento de sus obligaciones.
- 2.º Carencia de recursos para satisfacer las deudas en su integridad (art. 870).
- 3.º La falta de satisfacción de una deuda, siempre que se solicite el estado de suspensión dentro de las 48 horas siguientes al vencimiento (art. 871).

Se configuró así por el legislador de 1885 un «expediente de convenio preventivo», diverso al procedimiento de suspensión de pagos contenido en el Proyecto de 1882, que, conforme al modelo belga de 1851, se basaba en un balance equilibrado y se resolvía en la concesión de una espera.

Los abusos del sistema motivaron la reforma de la Ley de 10 de junio de 1897, que vuelve al sistema de solvencia (activo superior al pasivo), iliquidez o falta de medios de pago («previsión de la imposibilidad» de pagar a las fechas de vencimiento) y solución exclusiva en un convenio de «espera», remedio específico a situaciones transitorias o temporales.

Pero la Ley de Suspensión de pagos, de 26 de julio de 1922, vino a complicar el «sistema» del C. de c. al introducir situaciones como la «insolvencia definitiva» y convertir el «expediente» en una especie de quiebra voluntaria, flexible, benévola para el deudor y con un fin «convencional» pero

polivalente (todo cabe en un convenio: espera, quita, liquidación, continuación, cesión ...). En una flexibilidad en la que caben hasta los abusos, la suspensión de pagos se ha convertido en el cajón de sastre del Derecho concursal español, que relega la quiebra a una posición extrema y residual (v. mi artículo «La Suspensión de Pagos y la Quiebra en el Código de Comercio», en Centenario del Código de Comercio, Madrid, 1985, págs. 343-387).

Volvemos con los «Criterios» al presupuesto de la suspensión de pagos de 1897, en cuanto a la «previsible situación de iliquidez» (núm. 3), si bien la «finalidad» que para este procedimiento se proclama es «la consecución de un convenio de continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor común con la colectividad de los acreedores», con exclusión expresa de los «esencialmente liquidatorios» y de los de cesión de bienes (núm. 6), que contrasta con la finalidad del concurso (núm. 8), «principalmente» liquidatoria.

Resulta así que el diseño de los «Criterios» se centra más en el abandono del sistema del Anteproyecto de 1983 que en la construcción de uno nuevo. La labor constructiva ha sido mérito de la propuesta de Anteproyecto, más que de sus «Criterios básicos».

3. La Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995

El método seguido por la Sección 2.3 de la C.G.C., tras recibir del Ministro los «Criterios», fue encomendar a un Vocal, el Prof. Rojo, la redacción de un texto articulado de propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, para su estudio por una Ponencia especial de revisión, integrada por los Catedráticos de Derecho Mercantil de Sevilla, Profs. JIMÉNEZ SÁNCHEZ y OLIVENCIA, Y su posterior estudio y debate en el seno de la Sección.

Presentado por el Ponente-redactor, Prof. ROJO, el texto articulado, con fecha 12 de diciembre de 1995, las prisas

electorales determinaron la publicación, en febrero de 1996, del folleto de «Materiales», cit., antes del informe de la Ponencia revisora, lo que, por contrario a los hábitos de la C.G.C., provocó quejas en el seno de la Sección. Se ha difundido así un trabajo en fase muy prematura de elaboración y se ha anticipado la crítica pública a la interna de la c.G.c..

En cuanto al sistema, se fija para el concurso el presupuesto objetivo de la insolvencia, identificada con «insuficiencia de bienes propios o falta de crédito», que determina imposibilidad de cumplir puntualmente las obligaciones. La determinación de lo que sea «insuficiencia», con criterios contables, y las presunciones (arts. 2 y 3) no dejan de suscitar dudas.

Pero la relación ha de establecerse con la suspensión de pagos, que la Propuesta relega al Título XIV del Anteproyecto, quizás como argumento sistemático de que no se concibe como expediente preventivo del concurso, sino como beneficio de deudores de buena fe y solvencia («seriedad», dice la E. de M., ap. III.1).

Característica de este expediente es la «desjudicialización». El deudor se constituye en estado de suspensión de pagos mediante acta notarial (art. 272), a la que ha de unir copiosa documentación, que habrá de ser calificada por el Registrador (art. 276), para su ulterior comunicación al Juez (al «competente para la declaración de concurso»), quien conocerá de las impugnaciones (arts. 279 y 280), de la solicitud de nombramiento de interventor, en su caso (art. 281), de la aprobación del convenio (que se tramita por adhesión ante el Registrador mercantil, arto 284-289) y de la oposición a la aprobación (Art. 289).

Pero me van a permitir que no pase de la descripción al referirme a la Propuesta, que, como es lógico, aprovecha del Anteproyecto de 1983 amplios materiales y, en ocasiones, se separa de la literalidad de los «Criterios» (cfr. p. ej., el punto 51 de los Criterios y el arto 281 del texto, en orden a la designación de interventores).

Más imaginativa y creativa que los «Criterios», la Propuesta ofrece base para impulsar una nueva fase de la interrumpida reforma. El Presidente de la Sección 2.ª de la C.G.C. ha escrito recientemente («Breves Reflexiones sobre la Reforma del Derecho Concursal», en *Homenaje a CHICO y ORTIZ*, Madrid, 1995, págs. 1015-1324) que nuestro Derecho concursal permanece «como un malogrado o desgraciado islote en el panorama jurídico-mercantil español», tan modernizado en el resto de las materias tradicionalmente calificadas como mercantiles, a excepción, quizás, de las marítimas.

Pero es que la reforma concursal no sólo exige una depurada técnica jurídica, acorde con la complejidad y la «universalidad» de la materia, sino, después, una decidida voluntad política para convertirla en norma vigente. No hay banco de prueba de la protección jurídica de los intereses ni tabla de los valores que constituyen bienes jurídicos objeto de esa protección, como el concurso. Es tema de decisión, más que de composición. Por eso, la asechanza de los intereses que se temen postergables por el legislador es una permanente realidad, que abre frentes de poderes fácticos, de gremios, de corporaciones, de profesionales, de sectores económicos, sociales, financieros, empresariales, sindicales.

La Ministra de Justicia ha dispuesto ya la constitución de una Sección especial para la Reforma Concursal, que se integrará por seis miembros de la Sección de Derecho Mercantil, tres de la de Civil y otros tres de la de Procesal, designados por la Ministra a propuesta de las diferentes Secciones. La de la Sección 2.8 está prevista para el 15 de octubre próximo.

Vale la pena seguir intentando que los representantes de la soberanía popular se pongan de acuerdo, ante todo, en romper una peligrosa inercia, y, después, en las bases para levantar un sistema concursal justo.

Perdonen este nuevo sermón de quien, como un fraile protestante, lleva cuatro décadas predicando la reforma.

LAS PIEZAS DE CAZA Y SU PROPIEDAD

FRANCISCO CUENCA ANAYA

Ponencia presentada en la
Sesión Privada de la Academia
de día 2 de mayo de 1997

1. CONCEPTO Y ENUMERACIÓN DE PIEZAS DE CAZA

Antes de la vigente Ley, la norma era que se podían cazar todos los animales cuya caza no estuviese expresamente prohibida.

La Ley de Caza 10-1-1879 prohibía la caza de aves insectívoras. (Artículo 17.3.).

La Ley 19-IX-1896, declara insectívoras «las aves de rapiña nocturnas, los tordos de torre y los demás pájaros de menor tamaño».

La Ley de Caza de 16- V-1902 reitera la prohibición de cazar aves insectívoras (Artículo 17).

El Convenio de París de 19 de marzo de 1902, ratificado por España el 6 de diciembre de 1905, y modificado el 9 de enero de 1954, prohíbe cazar «los pájaros útiles a la agricultura, especialmente los insectívoros, y más especialmente aún los pájaros enumerados en la lista número uno del presente Convenio ... » Peor suerte corren los «pájaros perniciosos», entre los que enumera el Convenio muchas aves hoy protegidas, como rapaces diurnas y nocturnas, garzas, avetoros, patosierra, cuervos de mar y colimbos.

Hoy la regla general es que sólo pueden cazarse las especies que se declaren expresamente como piezas de caza. La competencia para establecer la lista de especies cazables, como ha dejado claro la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/95, corresponde a las Comunidades Autónomas. Estas listas son muy diferentes.

Las diferencias entre la lista de especies cazables del Estado y de las Comunidades Autónomas, en principio, se explica por la diversidad geográfica, causa de una correlativa diversidad biológica; por ejemplo, en Andalucía o en La Mancha, no hay rebecos. Pero a veces las diferencias entre las listas carecen de justificación: nada explica que el mirlo se pueda cazar sólo en la Comunidad Valenciana y en el País Vasco, o el arrendajo, en Cataluña.

A mi juicio, deben reducirse las listas de especies cazables en atención a estas consideraciones:

- 1.^a Algunas de las incluidas carecen de valor cinegético; sólo quien confunda cazar con pegar tiros puede disfrutar matando gaviotas, aves que vuelan confiadas, lentamente, y cuya carne no es comestible.
- 2.^a Algunas especies de aves declaradas cazables se confunden con otras, cuya caza no está permitida. No es lo mismo identificar un ave observándola sin prisa, con la ayuda de prismáticos y de alguna guía de campo, que hacerlo en los pocos segundos que dura su paso ante el cazador; ni el más experto puede en ese breve tiempo distinguir un zorzal común, cuya caza está prohibida en Asturias, de un malvís; la focha común de la focha cornuda, en peligro de extinción; alguna de las seis especies de gaviotas catalogadas como de interés general, de las tres que pueden cazarse. Y lo mismo ocurre con las aves acuáticas - ánades, patos, porrones, tarros, cercetas, serretas entre las cuales unas pueden cazarse y otras están protegidas. y si resulta difícil identificar los ejemplares machos y adultos, mayor dificultad tiene hacerlo cuando se trata de hembras o inmaduros.

En esta materia no caben posturas maximalistas, intransigentes: ni prohibir la caza por el riesgo remoto de que pueda morir algún ave protegidas, ni permitir la sin más, considerando esas muertes accidentes inevitables. Como siempre que existen intereses contrapuestos, las Administraciones públicas deben buscar soluciones razonables que, claro está, no pueden satisfacer a todos.

Si para justificar el Estado de las Autonomías se invoca la inmediatividad de las Comunidades Autónomas con sus recursos, con sus gentes, procede que estas Comunidades estudien con seriedad la ubicación y hábitos de las poblaciones de aves, en especial de las acuáticas, y en las Órdenes de Veda establezcan las

limitaciones o prohibiciones pertinentes, de modo que la muerte de algún ejemplar no cazable o protegido sea, en verdad, un accidente y no algo que entre en la rutina de cada día. En este sentido es de elogiar lo reducido de la lista de especies cazables de Extremadura, sobre todo de las acuáticas; y ello, pese a la abundancia de estas aves en sus pantanos.

De todas formas, de poco sirven las previsiones legales si no avanza el sentido de responsabilidad en los cazadores; son ellos quienes deben respetar una jerarquía de valores, y abstenerse de disparar cuando no saben con certeza lo que tienen sobre el punto de mira.

Por mi parte, prefiero que se limite el número de especies que puedo cazar a la tristeza de abatir, aunque sea por error, alguno de los ejemplares que sobreviven de especies protegidas.

En cuanto al concepto de piezas de caza predomina en las leyes un sentido pragmático, pues en general consideran piezas de caza las declaradas expresamente piezas de caza. Esto nos lleva a examinar el rango de la norma por la que se pueda declarar una especie como cazable.

Encontramos soluciones distintas en las Leyes de Caza:

- La de Navarra, no dice a quien corresponde la declaración.
- Las de Asturias y Galicia se remiten a lo que reglamentariamente se determine.
- Las de Aragón y Castilla y León se remiten a las Ordenes de Veda.
- La de Castilla-La Mancha acepta la «normativa estatal básica».
- La de Extremadura dice que la declaración corresponde a la Agencia del Medio Ambiente.
- La de Murcia enumera las piezas de caza en el Anexo II hace otra enumeración distinta en la Orden de Vedas.
- La de Canarias las enumera en su texto, pudiendo modificarse la lista por Decreto.

Una vez más, diferencias inexplicables.

Estimo:

- 1.º La referencia de la Ley de Castilla-La Mancha a la normativa estatal básica queda sin contenido, porque no existe esa normativa; la que existía ha perdido este carácter tras la STC 102/95.
- 2.º En cuanto a la de Murcia, la Orden de Vedas no puede modificar, como pretende, la Ley.
- 3.º Si tenemos en cuenta el artículo 335 del Código Penal, que considera delito cazar especies cuya caza no esté expresamente autorizada «por las normas específicas en la materia», el rango de esta norma, que va a servir para tipificar un delito, no puede ser una Orden o Resolución, y es dudoso que pueda serlo un Reglamento. La Jurisprudencia en este sentido, según vemos en otro lugar, es reiterada, y además, aplicable también a las sanciones administrativas.

II. PROPIEDAD DE LAS PIEZAS DE CAZA

La polémica sobre la relación entre Derecho de Propiedad y Caza es vieja, y muestra dos facetas relacionadas:

- 1.ª A quién pertenecen, si es que pertenecen a alguien, las piezas de caza antes de ser capturadas.
- 2.ª Cómo y cuándo adquiere el cazador su propiedad.

A. ¿A quién pertenecen las piezas de caza?

1. Doctrina

Encontramos estas construcciones doctrinales:

1. *La caza es de dominio público.*

LÓPEZ RAMÓN se refiere a los intentos de la doctrina francesa e italiana para configurar la fauna salvaje como de dominio público estatal.

A juicio de LAGUNA DE PAZ, la naturaleza demanial no aportaría nada a su efectiva protección.

2. *La caza es patrimonio público.*

Así se considera en algunas leyes de países americanos, como Brasil o Méjico, o más próximos a nuestro entorno, como Francia o Italia. En la Ley italiana de 27 de diciembre de 1977, la fauna salvaje constituye «patrimonio indisponible del Estado»; y según el Código Rural francés, «constituye patrimonio común de la nación».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3-10-79, se refiere a la riqueza cinegética diciendo que «constituye un auténtico bien público, integrante -aunque esté acotado privadamente- del patrimonio nacional, que destaca la Ley de 1970, cuya Exposición de Motivos proclama como fin primordial de la nueva normativa, el de «procurar que el aprovechamiento de esta importante riqueza, proporcione las máximas ventajas compatibles con su adecuada conservación y su deseable fomento» ... ». Pero la frase que considera a la caza «un auténtico bien público» no puede sacarse del contexto de la Sentencia, que es precisamente reconocer que el derecho al aprovechamiento de la riqueza corresponde al titular del coto, y es «valuable, tasable e inventariable»; y que las piezas de caza *son res nullius*.

3. *La caza es «res communes omnium».*

Se intenta recuperar esta categoría de cosas del Derecho romano, útil para destacar que la fauna salvaje y todos los recursos que integran el Medio Ambiente, deben ser Patrimonio de la Humanidad, susceptible de ser disfrutados por todos.

El Parlamento Europeo, en sesión de 21 de febrero de 1975, consideró a las aves migratorias como «res communis».

En opinión de LAGUNA DE PAZ «la calificación de la fauna silvestre como «res communes omnium» no traería consigo mayores ventajas. Este concepto resulta vidrioso en el propio Derecho romano y, desde luego, no encuentra fácil acomodo en nuestro Ordenamiento jurídico interno, que ha visto crecer al dominio público como categoría jurídica».

Para LÓPEZ RAMÓN sustituir *res nullius* por *res communis* es un simple cambio de etiqueta.

4. La caza es «*fructus fundi*».

Tesis defendida por SÁNCHEZ GASCÓN: «Las llamadas piezas de caza -quedan, claro es, excluidas las especies protegidas en tanto lo sean, en la actualidad no son otra cosa que frutos naturales por tratarse, sin duda, de producciones espontáneas de la tierra o, incluso y dadas las circunstancias, frutos industriales como producidos a beneficio del cultivo o del trabajo». Matiza esta opinión en el sentido de que se refiere «a los acotados en general y, muy especialmente, a los acotados cercados que son la inmensa mayoría de los existentes en España». La condición de la caza como *fructus fundi* es criticada por LÓPEZ RAMÓN; Estima que «la más completa sistematización de las intervenciones públicas encaminadas a consolidar la imagen de la caza como *fructus fundi*, tiene lugar en la vigente Ley de Caza de 4 de abril de 1970». « ... En nuestra opinión, es justamente esa mediación pública que supone el acto de acotamiento el aspecto que más claramente pone de relieve la relación entre caza y propiedad privada de nuestro Ordenamiento. No sólo se configura la caza como *fructus fundi*, sino que incluso, como ya hemos señalado, se hace intervenir a los poderes públicos para garantizar ese contenido patrimonial». Tampoco LAGUNA DE PAZ se muestra partidario de esta tesis.

5. La caza es «*res nullius*».

LÓPEZ RAMÓN acepta ese carácter, pero sólo en cuanto a las relaciones privadas, «sin incidencia alguna en las potestades limitadoras que las leyes pueden otorgar a la Administración Pública». « ... Únicamente para adquirir la propiedad del animal cazado o pescado tiene trascendencia el concepto de *res nullius*. En modo alguno puede admitirse, por esta vía un acondicionamiento de principio al ejercicio de las potestades que las leyes confieren a los poderes públicos en materia de caza y pesca.

A PANTALEÓN PRIETO le parece indudable «que no sólo las piezas de caza que se encuentran en los terrenos de aprovechamiento cinegético común, sino también las que se encuentran en los cotos privados de caza (y en los locales y los sociales, y en los demás terrenos sometidos a régimen cinegético especial) son animales carentes de dueño que se adquieren por *ocupación*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 610 del Código y 22,1, de la L.C.».

LAGUNA DE PAZ, sin reservas, considera la caza como *res nullius*: «Enlazando con la tradición romanista y en la línea de los Derechos francés y alemán, la configuración jurídica que me parece más adecuada para las piezas de caza es su consideración como *res nullius*» « ... La clave de este planteamiento se encuentra en la disociación entre el derecho a cazar, por un lado, y el derecho sobre las piezas de caza, por otro ... El titular del derecho de aprovechamiento cinegético no tiene ningún derecho real sobre las piezas de caza, salvo que él mismo las haya cobrado. Su propiedad (derecho real) se adquiere por la ocupación, como es propio de su naturaleza de *res nullius*». Esta postura es la más difundida en la doctrina, hasta el punto de que algunos autores ni siquiera plantean el problema, que dan por resuelto.

SÁNCHEZ GASCÓN discrepa radicalmente de esta doctrina dominante: «La adquisición de la propiedad de las piezas de caza por ocupación se justificó partiendo de una realidad primitiva en la que los animales salvajes, *como hecho natural*, no jurídico, carecían de dueño en el sentido de que vagaban

libremente sin encontrarse sometidos a la voluntad humana por terrenos que, generalmente, tampoco tenían dueño ... Hoy, obvio es decirlo, las circunstancias son muy diferentes: todos los terrenos tienen un propietario; los propietarios de cotos de caza los «explotan», es decir, actúan sobre la caza con criterios comerciales de forma que les reporte un beneficio; y, finalmente, la libertad de las piezas de caza es sólo relativa en cuanto está manipulada por el propietario del fundo, y más próxima a la de una ganadería extensiva que a la de auténticos animales fieros o salvajes».

El Derecho positivo, en general, ampara esta tesis:

- Artículo 610 del Código Civil: «Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas».
- Artículo 22.1 de la Ley de caza: «Cuando la acción de cazar se ajuste a las prescripciones de esta Ley, el cazador adquiere la propiedad de las piezas de caza mediante la ocupación. Se entenderán ocupadas las piezas de caza desde el momento de su muerte o captura».
- Artículo 50.1 de la Ley de caza: «Todo delito, falta o infracción administrativa de caza llevará consigo el decomiso de la caza, viva o muerta, que fuere ocupada. A la caza viva se le dará el destino que se señale reglamentariamente de acuerdo con las circunstancias que concurran en el hecho; tratándose de caza muerta se entregará, mediante recibo, en un centro benéfico local y, en su defecto, a la alcaldía que corresponda con idénticos fines». Este destino demuestra que las piezas de caza son *nullius*; si fueran propiedad del titular del coto, él sería el destinatario de lo decomisado.
- La Legislación Penal. Cazar, apropiarse de una pieza, no es hurto o robo, como lo sería si perteneciese al titular del

aprovechamiento. Esto es así; pero nos preguntamos si debe ser así. No parece razonable que si una persona entra en un cercado donde el titular de un coto tiene ovejas, mata una y se la lleva, exista hurto o robo, y si entra en la cerca contigua, mata un venado y se lo lleva, sea sólo infracción administrativa.

Mantener, contra viento y marea, la categoría de *res nullius*, conduce a estos resultados, a mi juicio, sin sentido.

2. Jurisprudencia

La Jurisprudencia apoya la consideración de las piezas de caza como *res nullius*; con frecuencia las sentencias parten de esto como de un hecho más, que ni siquiera ponen en duda. Cito dos sentencias muy representativas:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 3-10-79: « .. las piezas venatorias, son consideradas nullius, y su propiedad se adquiere por ocupación, a la manera como actualmente se regula en los arts. 22 y siguientes de la Ley de Caza de cuatro abril 1970, encuadrados justamente bajo el título de «adquisición de la propiedad de la caza ... ».
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 22-1-98: «Precisamente, porque las piezas de caza son una res nullius cuya propiedad se adquiere mediante ocupación y no un bien accesorio a la propiedad de los terrenos por los que libremente transitan, el titular de predios susceptibles de aprovechamiento cinegético queda sometido por la Ley a una doble condición para el ejercicio de la caza sobre los mismos ... ».

B. Adquisición de las piezas de caza

Habría que separar dos cuestiones: regla general y normas para delimitar los supuestos dudosos:

a) Regla general:

La claridad de los artículos 610 del Código Civil y 22 de la Ley de Caza, justifican la práctica unanimidad de Doctrina y Jurisprudencia en que la propiedad de las piezas de caza

se adquiere por ocupación. El esquema lógico es impecable: por la ocupación se adquieren los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño; es así que las piezas de caza son apropiables por su naturaleza y carecen de dueño; luego las piezas de caza se adquieren por ocupación.

Pero este esquema, válido para otros tiempos, no lo es en la actualidad, como enseguida veremos.

b) Adquisición en supuestos dudosos:

Hay casos en los que no es fácil saber si concurren, o en quien concurren, los requisitos de corpus y animus que la doctrina tradicional exige para que tenga lugar la ocupación. El más claro es el de la pieza herida por más de un cazador, o herida por uno y cobrada por otro. Después veremos como resuelve esta cuestión la Ley de Caza y la de las Comunidades Autónomas.

C. Mi opinión

La expondré respecto a las dos cuestiones tratadas, que se relacionan íntimamente: a quien pertenecen las piezas de caza y adquisición de su propiedad.

a) A quien pertenecen las piezas de caza

La adscripción de la fauna cinegética a alguna de las categorías mencionadas, a la vista de nuestro Derecho positivo, es difícil y, en cualquier caso, estéril en sus resultados.

1. La consideración de la caza como de dominio público no encaja en nuestro Ordenamiento jurídico, porque la fauna silvestre no está afectada al uso público ni al fomento de la riqueza nacional, notas que son inherentes al dominio público.
2. Considerar la fauna «patrimonio de la Humanidad», *res communis* o algo semejante, de ninguna manera le

supone una mejor protección; por ahora, la Humanidad no tiene órganos que promulguen leyes, y menos aún, que garanticen su cumplimiento.

3. La consideración de la caza como patrimonio público, que manifiesta expresamente la Ley de Caza de Asturias y está presente en la de Extremadura, no es más que una enfática declaración, teñida de resabios ideológicos, que no agrega nada a la protección de la fauna ni tiene trascendencia práctica alguna.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 22 de enero de 1998 es hostil a esta postura y obliga a interpretar la Ley extremeña en el sentido de que no contiene una publicación de la caza, y que el derecho al aprovechamiento cinegético pertenece a los titulares de los terrenos acotados.

4. En cuanto a la consideración de la caza como *fructus fundi*, su principal defensor, SÁNCHEZ GASCÓN, advierte que lo que dice se refiere en especial a fincas de caza mayor cercadas.

En efecto, difícilmente se puede sostener que no sean propiedad del titular del coto los venados comprados e introducidos en una cerca para ser cazados. Pero en otros casos no es tan clara la vinculación de la caza a la finca.

Así:

- En los terrenos de aprovechamiento común.
- En los animales nacidos en una finca que pasan a otras.
- En las aves migratorias.

Sobre todo para éstas no tienen aplicación los argumentos en favor de la consideración de la caza como fruto natural o industrial del fundo.

5. En cuanto a si la caza es «res nullius», anticipo mi postura: esta categoría no sirve para explicar las relaciones jurídicas que entraña la actividad cinegética. Para fundamentar esta opinión, lejana a la dominante, voy a exponer unos ejemplos:

- 1.º El titular de un coto de caza mayor, para reforzar la población natural, compra diez venados, los paga, y los lleva a su finca. Nadie pondrá en duda que le pertenecen. Pero cuando los libera en una mancha cercada que piensa montear dentro de unos días, según la tesis tradicional, convierte a los animales propios en *res derelictae*; es decir, por el hecho de colocarlos en situación de cumplir su destino específico, ser cazados, que es la razón por la que los adquirió, debe renunciar a su propiedad, transformarlos en cosa de nadie, *res nullius*.
- 2.º Compró perdices, las pago, son mías. Para cazarlas el día de mañana, las suelto en mi finca, las cuido, les doy de comer y beber, las vigilo: resulta que estoy cuidando, alimentando y guardando piezas que no son de nadie, *nullius*.
- 3.º En el corazón de mi finca nacen perdices, conejos, que nunca rebasan sus linderos; también han brotado espontáneamente jaras, encinas y pinos; éstos, frutos naturales, me pertenecen, aquéllos no, son *nullius*.
- 4.º Un jabalí sale del coto de caza mayor y es atropellado por un vehículo que sufre daños; debe responder de ello el titular, aunque la pieza sea *res nullius*, lo que no es razonable si el animal no es mío.

Para explicar la realidad que hay detrás de estos ejemplos, no aporta nada la categoría *res nullius*, útil en otros tiempos para justificar la adquisición de las cosas por ocupación, en un contexto en el que lo importante de la caza era el animal capturado. Pero hoy, en general, salvo en algunos ejemplares de caza mayor, de los que interesa el trofeo, la propiedad de las piezas importa poco, lo que importa es la jornada de caza.

Por otra parte, no es correcto aplicar, sin matices, la consideración de *res nullius* a todas las especies cinegéticas; no es comparable un gamo confinado en una cerca de la que no puede salir que la tórtola nacida en Polonia, invernante en Senegal y que sobrevuela un coto durante cinco minutos. Evidentemente, a las

aves migratorias les cuadra mejor lo de «*res nullius*», que a la caza mayor.

b) Adquisición de las piezas de caza

Vuelvo a utilizar dos ejemplos:

1.º Ojeo de perdices.

Si en la jornada de caza se van a dar cuatro batidas o puertas, sabemos que al concluir cada una de estas, el cazador entregará las perdices cobradas que se reunirán finalmente en un fondo común.

La caza cobrada puede quedar íntegramente para el titular del coto, o para las escopetas, o repartirse entre uno y otras en una determinada proporción, o que cada cazador se lleve unas cuantas perdices y quedar el resto para la propiedad; y cabe también que se pueda optar entre llevarse la caza o dejarla, descontando del precio del puesto su valor. En el supuesto de que el cazador se lleve algunas perdices, no serán precisamente las que ha matado.

Todas estas variantes y algunas más que podríamos citar repercuten directamente en la propiedad de las piezas de caza, pero no afectan para nada a la naturaleza de la acción de cazar.

Haciendo el juego a quienes ven al Derecho más que como instrumento vivo para resolver conflictos de intereses como campo teórico y especulativo, haré unas consideraciones sobre el tema del ojeo de perdices.

Aceptado que adquiera por ocupación las perdices cobradas, éstas pierden su individualidad al confundirse en un solo montón; la aportación a este fondo no es igualitaria, porque es diferente el número de perdices que abate cada cazador. Al final de la jornada, como es costumbre inveterada, el botín se divide a partes iguales, de modo que tenemos:

1. Cada cazador mata un número de perdices: adquiere su propiedad por ocupación.
2. Las entrega, como hacen todos, formándose un fondo común.
3. El número de perdices que cada uno cobra es distinto al de las que cobran los demás. (Circunstancia que, dicho sea de paso, los que matan pocas atribuyen a la mala suerte que han tenido en el sorteo, y los que matan muchas a su excelente puntería).
4. Al final de la jornada, el fondo se reparte entre todos los cazadores por partes iguales.
5. Las perdices que recibo no son las que maté.

Si se quiere, el examen de la naturaleza jurídica de los actos y negocios que expongo, da para mucho.

- a) El conjunto de perdices muertas, antes de su reparto, podría ser una comunidad de bienes de tipo romano, en la que participa cada cazador con una cuota proporcional al número de perdices que aportó; pero también podría ser otra cosa, téngase en cuenta la dificultad de separar «comunidad de bienes» y «sociedad», mayor todavía después de las recientes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que niegan personalidad jurídica a las sociedades no inscritas en algún Registro público.
- b) El hecho de recibir más o menos perdices de las aportadas no se explica bien desde la perspectiva de la extinción de la comunidad, porque según el artículo 393 del Código Civil, «el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas»; y conforme al artículo 406, «serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia». Así que podría existir una donación hecha por

los que más perdices han cobrado a los que han cobrado menos.

- c) Recibir perdices que no son las que cada uno mató puede explicarse de distinta forma según cual sea la naturaleza jurídica del fondo común; y depende también de que las perdices se consideren bienes fungibles, o no.

Si entramos en el régimen fiscal, habría que ver si la aportación a la comunidad y su extinción son actos sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y si procede pagar también por los excesos de adjudicación ... Muchas de las discusiones, a veces seculares, sobre la naturaleza jurídica de tal institución o contrato, no llevan a ningún resultado práctico. Son útiles cuando se trata de estudiar figuras imprecisas, cuyo análisis permite reconducirlas a otras que cuentan con regulación específica en el Derecho positivo; pero no cuando al final de la polémica, si es que la polémica tiene final, adscribimos la figura dudosa a una categoría que también es imprecisa y sin regulación concreta.

Un ejemplo representativo es la controversia sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales; para muchos se trata de una propiedad germánica o en mano común. Pero resulta que tampoco se sabe muy bien en que consiste ese tipo de comunidad, aunque sí sabemos que no está regulada ni en el Código Civil ni en ninguna otra Ley, por lo que la solución sirve de poco.

2.º Caza mayor.

Por regla general, en las monterías el trofeo es lo que interesa al montera, y las reses cobradas, la carne, queda para el propietario o el organizador.

En otras modalidades de caza, como «ganchos» o batidas, puede repartirse la caza entre los participantes, venderse y destinarse lo obtenido al presupuesto de la Sociedad de

Cazadores, dejarse para algún establecimiento benéfico, etc.

Con estos ejemplos quiero demostrar que la adquisición de las piezas de caza no es lo importante de la acción de cazar.

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto es hora de afirmar que carece de interés práctico la polémica sobre si la fauna cinegética es *res communis*, *fructus fundi* o *res nullius*. Ninguna de estas clases de cosas, por si sola, puede abarcar la totalidad de la caza; la naturaleza del terreno -coto privado, espacio protegido, terreno libre- y de la pieza ,ave migratoria, especie sedentaria y mayor o menor movilidad de ésta- son datos esenciales para adscribir la fauna cinegética a una de dichas categorías.

Seguir, de acuerdo con la Doctrina dominante y la Jurisprudencia la tesis de la *res nullius*, no conduce a nada.

En efecto, no hay en nuestro ordenamiento jurídico un régimen específico de esa clase de cosas; si atendemos a lo que los textos clásicos y su interpretación doctrinal nos dicen, nota esencial de las cosas que no son de nadie es que pueden ser ocupadas por todos. Pero hoy, salvo en los escasos terrenos libres que subsisten, las piezas de caza no pueden ocuparse por cualquiera, por lo que no sirve de nada decir que son *nullius*.

LAGUNA DE PAZ encuentra la clave de todo esto en la distinción entre el derecho a cazar y el derecho sobre las piezas de caza: «La clave de este planteamiento se encuentra en la disociación entre el derecho a cazar, por un lado, y el derecho sobre las piezas de caza, por otro. El primero corresponde a las personas que -en razón de la propiedad o de un derecho público subjetivo- están habilitadas para practicar la caza en un terreno determinado. Cuestión distinta es la propiedad de las piezas de caza. El titular del derecho de aprovechamiento cinegético no tiene ningún derecho real sobre las piezas de caza, salvo que él

mismo las haya cobrado. Su propiedad (derecho real) se adquiere por la ocupación, como es propio de su naturaleza de *res nullius*».

Esta postura, generalizada en la doctrina, y que es también la de la S.T.S. de 3-10-79, no me convence. Para mí no tiene sentido una riqueza cinegética privativa, cuyo aprovechamiento corresponde al titular del coto, y que al mismo tiempo las piezas de caza, componentes de esa riqueza, sean «*nullius*».

La médula de la cuestión no está en la naturaleza de las piezas de caza, sino en la acción de cazar; lo que importa al cazador es cazar, y no, salvo excepciones, lo cazado. Pero la acción de cazar, por sí sola, no siempre atribuye la propiedad de lo cazado.

Si se caza en terrenos de aprovechamiento común, no hay relación alguna entre propietarios de las fincas y cazadores, por lo que sí se puede hablar de que se adquiere por ocupación la pieza de caza.

Tratándose de cotos de caza, el aprovechamiento cinegético corresponde a su titular y la adquisición de las piezas de caza dependerá de los usos y costumbres y de lo pactado.

La facultad de acotar, a su vez deriva de la propiedad de la finca; bien entendido que estamos hablando de propiedad en el sentido que nuestra Constitución demanda.

Interpretar, desde la Constitución, la situación jurídica que supone la titularidad de un coto, como conjunto de facultades y derechos -entre ellos el del aprovechamiento cinegético-, pero también de deberes cuyo cumplimiento exige el respeto a valores superiores, como los medioambientales, ofrece marco legal más flexible y rico en posibilidades que la adscripción de la fauna cinegética a categorías estereotipadas y sin contenido positivo.

El estudio de las relaciones que se dan entre el titular del coto y las Administraciones públicas de una parte, y de otra, entre dicho titular y los que adquieren el derecho a cazar, puede constituir campo atractivo para la Doctrina jurídica.

III. LAS AVES MIGRATORIAS COMO PIEZAS DE CAZA

Si examinamos las listas que nos ofrecen el Estado y las Comunidades Autónomas de aves que pueden cazarse, vemos que la mayoría son migratorias; zorzales, palomas torcaces, tórtolas, pueden haber nacido en el Norte, el Centro o el Este de Europa, y pasar el invierno en el Sur, o en África.

Como quiera que estas aves viven en diversos países y atraviesan otros en sus vuelos migratorios, la caza y todo lo relacionado con la conservación de sus especies no puede quedar al arbitrio de cada Estado y menos de las Comunidades Autónomas; interesan a la Comunidad Internacional, de ahí la existencia de Directivas Europeas y Tratados de mayor ámbito espacial, como el de Berna, de 19 de septiembre de 1979.

A. Convenio de Berna

El Convenio de Berna fue ratificado por España el 13 de mayo de 1986; se refiere a la fauna y flora silvestres en general, pero pone especial acento en las especies migratorias. Así:

1. Su preámbulo considera que «debería establecerse una cooperación internacional con el fin de proteger concretamente las especies migratorias».
2. Según el artículo 1.2: «Se concede una especial atención a las especies amenazadas de extinción y vulnerables, incluidas las especies migratorias».
3. El artículo 4.3 establece: «Las Partes contratantes se obligan a conceder una atención especial a la protección de las zonas que sean importantes para las especies migratorias enumeradas en los anejos II y III, y que estén situadas convenientemente, con respecto a las rutas de migración, como áreas para pasar el invierno, para reagruparse, alimentarse, reproducirse o efectuar la muda».
4. El capítulo IV se refiere a las disposiciones particulares relativas a las especies migratorias, y su único artículo, el lo, dice:

«1. Además de las medidas indicadas en los artículos 4, 6, 7 Y 8, las Partes contratantes se obligan a coordinar sus esfuerzos para la conservación de las especies migratorias enumeradas en los anejos 1 y 2, Y cuya área de distribución se extienda por sus territorios.

2. Las Partes contratantes adoptarán medidas con el fin de asegurarse de que los periodos de cierre u otras medidas reglamentarias de explotación establecidas en virtud del párrafo 3.a), del artículo 7 corresponden adecuadamente a las necesarias de las especies migratorias enumeradas en el anejo 3».

B. Directiva 79/409

La Directiva 79/409 obedece a los mismos criterios proteccionistas que el Convenio de Berna. Su objeto es la conservación de las aves silvestres, pero contiene reglas específicas para las migratorias. Así:

1. En el preámbulo se dice: «Considerando que las especies de aves que viven normalmente en estado salvaje en el territorio europeo de los Estados miembros son en gran parte especies migratorias; que dichas especies constituyen un patrimonio común y que la protección eficaz de las aves constituye un problema medioambiental típicamente transfronterizo que implica unas responsabilidades comunes ... ».
2. En el mismo preámbulo hay otras referencias (considerandos 9 y 14).
3. El artículo 4 obliga a los Estados a proteger especialmente las zonas de reproducción, muda, invernada o descanso de aves migratorias.
4. El artículo 7, número 4, permite la caza de aves migratorias pero limitando su ejercicio: «Los Estados miembros se asegurarán de que la práctica de caza incluyendo, en su caso, la cetrería, tal como se desprenda de la aplicación de las disposiciones nacionales en vigor, respete los principios de una utilización razonable y de una regulación equilibrada desde el punto de vista

ecológico de las especies de aves afectadas, y que esta práctica sea compatible, en lo que se refiere a la población de las especies, en particular a las especies migratorias con las disposiciones que se desprenden del artículo 2. Velarán, en particular porque las especies a las que se aplica la legislación de caza no sean cazadas durante la época de anidar ni durante los distintos estados de reproducción y de crianza. Cuando se trate de especies migratorias, velarán en particular porque las especies a las que se aplica la legislación de caza no sean cazadas durante su periodo de reproducción ni durante su trayecto de regreso hacia su lugar de nidificación. Los Estados miembros transmitirán a la Comisión todas las informaciones oportunas relativas a la aplicación práctica de su legislación de caza».

La preocupación internacional por las aves migratorias está más que justificada, la disminución, en las últimas décadas en sus poblaciones ha sido extraordinaria.

En la actualidad concurren circunstancias que agravan el problema; me refiero a la elevación del nivel de vida de los países del Este de Europa y del Norte de África que, de una parte, favorece el acceso a la caza de mayor número de personas y de otra permite una organización empresarial que facilita cazar en sus territorios a cazadores foráneos.

C. El cumplimiento de Tratados y Directivas

El Tratado y la Directiva que hemos examinado son fundamentales para la protección de la fauna en general y de las aves migratorias en particular. Es evidente que serían inútiles si no se garantiza su cumplimiento.

En cuanto a los Tratados internacionales, el artículo 96.1 de la Constitución Española establece que «una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento interno». Y conforme al artículo 1.5 del Código Civil forman parte del

Ordenamiento interno por su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

En cuanto a las Directivas, deben incorporarse al derecho interno, sin perjuicio de su eficacia directa cuando el Estado no lo hace en el plazo establecido o lo hace de forma incorrecta.

Tratados y Directivas tienen como destinatarios los Estados, y éstos son los sujetos responsables de su cumplimiento. La dificultad surge cuando se trata de Estados de estructura compleja, como los Federales o el nuestro, la España de las Autonomías; es doctrina consolidada que los Estados no pueden ampararse en su organización territorial para incumplir sus obligaciones internacionales.

¿Cómo se afronta la cuestión en nuestro Estado cuando un Tratado o Directiva se refiere a materias sobre las que tienen competencia, que puede ser exclusiva, las Comunidades Autónomas? La interpretación literal de algunos artículos de la Constitución podría dar pie a entender que corresponde al Estado la ejecución de los Tratados, y por lo tanto la facultad de promulgar las Leyes necesarias para ello; estos artículos podrían ser el 149.1.3.^a, que atribuye al Estado competencia exclusiva en relaciones internacionales, o el 93, que en su párrafo segundo dice: «Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las Resoluciones emanadas de los Organismos Internacionales o Supranacionales titulares de la cesión».

Pero esa interpretación literal no puede sostenerse; lo que pretende el artículo 149.1.3.^a es reservar las relaciones internacionales al Estado; y la garantía de cumplimiento de Tratados y Resoluciones a que se refiere el artículo 93 no puede confundirse con el cumplimiento mismo.

La interpretación favorable a las Autonomías es la que ha prevalecido en sus Estatutos que, en general, establecen la obligación de los Órganos Autonómicos de tomar las medidas necesarias para la ejecución de Tratados que afecten a materias de competencia de las Comunidades Autónomas; incluso algunos Estatutos, como los de Murria o Aragón, han previsto la ejecución

de los actos normativos de Organizaciones internacionales, como son las Directivas.

El Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre esta cuestión en conflictos de competencia suscitados tanto a propósito de Tratados internacionales como sobre todo de Derecho Comunitario derivado. Rechaza la interpretación literal de los artículos 93 y 149.1.3.^a de la Constitución y afirma reiteradamente, sin lugar a dudas, que la ejecución en España de los Tratados y actos de Organizaciones internacionales corresponde a las Comunidades Autónomas cuando estas son competentes por razón de la materia. (Sentencias 8011993, 213/1994 Y otras).

Claro está que la solución del Tribunal Constitucional a este problema nos remite a otro mayor, hoy sin solución posible. Cuáles «materias» son competencia de las Comunidades Autónomas, de ahí que se invoquen principios, como el de colaboración, para resolver el agrio conflicto entre el Estado y las Comunidades.

Cuestión derivada de ésta es saber qué puede hacer el Estado chupando las Comunidades Autónomas no han incorporado a su derecho el Tratado o Directiva. Soluciones hay en la Constitución, pero políticamente inviables y, si es que se intentan, llevaría demasiado tiempo conseguirlas.

Una, la del artículo 155.1: «Si una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general». La simple lectura del precepto indica que está pensado para casos extremos.

Otra, la de las leyes armonizadoras previstas en el artículo 150.3: «El Estado podrá dictar Leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas

de las Comunidades Autónomas, aún en el caso de materias atribuidas a la competencia de estas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de ésta necesidad». Procedimiento, como puede verse, de tan difícil ejecución como el del artículo 155. 1.

Pero la dificultad del Estado para poner orden dentro de casa no le exonera de su responsabilidad ante la Comunidad internacional o Europa; algo podrá hacer para que se realice aquello de cuya realización responde.

A mi juicio hubiera sido buena solución recurrir, conforme al artículo 149.3 de la Constitución, al valor que el derecho estatal tiene como supletorio del de las Comunidades Autónomas, de modo que si éstas no promulgan las leyes que son precisas para el cumplimiento y desarrollo de los tratados, pudiera hacerlo el Estado; su Derecho estaría vigente, por vía supletoria, hasta que la Comunidad hubiera dictado el suyo propio.

Pero esta solución, que a mí me parece correcta y respetuosa con las competencias autonómicas, no es viable según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en especial Sentencia 20 de marzo de 1997.

Una variante de la cuestión que estamos tratando es la del cumplimiento incorrecto por parte de las autonomías de la normativa internacional asumida por España. No se trata ahora de que las Comunidades no legislen, sino de que sus leyes no respetan Tratados o Directivas. Citaré un caso concreto en el que una Comunidad Autónoma, Región de Murcia, no respeta un tratado ratificado por España, el de Berna de 19 de septiembre de 1979, que además, ha sido incorporado al Derecho comunitario por decisión del Consejo de 3 de diciembre de 1981. En efecto, el Tratado, en su Anejo IV, que se refiere a los medios y métodos de caza prohibidos, cita «armas semiautomáticas o automáticas cuyo cargador pueda contener más de dos cartuchos». y la Ley de la Región de Murcia 7/95, de 21 de abril, en su artículo 26.A).8 prohíbe «las armas semiautomáticas o automáticas cuyo cargador pueda contener más de tres cartuchos».

¿Qué puede hacer el Estado ante casos como éste?

D. Algunas consideraciones

Primera.- Si, como hemos dicho, algunas aves migratorias recorren, en sus desplazamientos, muchos Estados y dentro del territorio español varias Comunidades, debería existir la misma presión cinegética en unos y otras; de nada sirve la mayor protección que puedan tener en un lugar si se relaja en otros. Y son inútiles los Tratados Internacionales, las ampulosas declaraciones de principios, si en la última escala de la pirámide normativa, que en nuestro sistema jurídico son las Ordenes de Vedas que dictan las Comunidades, no se protegen adecuadamente.

Si tenemos en cuenta periodos de caza, días hábiles o cupo de capturas, encontramos enormes diferencias entre las Comunidades Autónomas. Así:

- La tórtola se puede cazar sólo tres días en Barcelona, veinte en Castilla y León y treinta y seis en Guipúzcoa y Vizcaya.
- El zorzal común no se puede cazar en Asturias, y se puede cazar durante más de tres meses en otras Comunidades.
- En cuanto al cupo de capturas, algunas Comunidades lo establecen y otras no. Y cuando se establece varía mucho de unas a otras.

Esta situación es inadmisibile. Las aves migratorias constituyen un patrimonio común que no puede arruinarse con políticas insolidariza. Aunque repugne al sentido común, desde el punto de vista jurídico no es fácil remediar este caos: las Comunidades Autónomas tienen competencial exclusiva en materia de caza y la usan como estiman oportuno.

Tal vez el Estado, invocando el título competencial Medio Ambiente, podría establecer unos criterios, unas líneas básicas que tuvieran que respetar todas las Comunidades; creo que esto tiene

cabida en la Constitución, y así parece entenderlo la Sentencia 102/95 chupando, refiriéndose a las aves migratorias, reconoce la posibilidad de establecer con carácter básico fases de veda y duración mínima de estas. Pero no olvidemos que esta misma Sentencia niega competencia al Estado para concretar las fechas en que esas aves, de regreso a sus lugares de nidificación, no pueden cazarse.

Así pues, veo posible que el Estado promulgase una Ley, con vigencia en todo el territorio nacional, según la cual sólo se pudiera autorizar la caza de las aves migratorias durante un determinado número de días; otra cosa es que, políticamente, sea factible.

Aunque por la vía que indico, o por el autocontrol de las Comunidades Autónomas, se consiguiese reducir la presión cinegética sobre las aves migratorias, queda la duda de si este esfuerzo sería útil, o sólo serviría para aumentar las perchas de los cazadores de Francia, Italia, Senegal o Marruecos.

Segunda.- Algunas Comunidades se remiten a los Planes Técnicos para regular los días hábiles y cupos. A mi juicio, los Planes Técnicos, que pueden servir de algo respecto a la caza mayor son, para la caza menor, letra muerta. En ellos debe figurar el número de capturas y como la Administración puede no aprobarlos si éste resulta excesivo, las cifras que consigna el titular del coto en la casilla correspondiente del impreso reglamentario, son moderadas. Cuando termina la temporada y se comunican los resultados cumpliendo un requisito exigido para poder cazar la siguiente, se da un número de capturas que esté dentro de lo que se aprobó; pero la Administración carece de medios para comprobar si esos datos se ajustan a la realidad. De esta manera el control de los cupos queda al arbitrio del titular del coto, o lo que es igual, no hay control alguno.

Lo mismo cabe decir cuando es el cazador quien está obligado a comunicar el número de capturas.

Así pues, las estadísticas que manejan las Administraciones Públicas en orden al número de piezas de caza muertas, no son fiables. En caza mayor, donde existe control de

las monterías y de buena parte de los recechos, sí se puede saber, aproximadamente, el número de reses cobradas, pero es imposible cuando se trata de caza menor. Pese a esto, que es conocido por todo el mundo, esas estadísticas circulan, y lo hacen a veces como documentos científicos.

La desconfianza que siento hacia este tipo de estadística viene de lejos. Hace 30 años, poco más o menos, publicó el Ministerio de Información y Turismo dos tomos relativos a la caza; uno de ellos contenía reseña minuciosa de las piezas de caza mayor y menor abatidas el año anterior en todas y cada una de las provincias de España. Me sorprendió tal precisión, pues las cifras eran categóricas, no aproximadas; no las recuerdo, pero podrían ser, por ejemplo: Codornices muertas en Álava: 8.402; perdices: 7.166; conejos: 9.040, etc.

Sentí curiosidad por saber de dónde salían estos números, comprobando que los Comandantes de Puesto de la Guardia Civil, por orden de la Superioridad, tenían que mandar un estadillo con el número de piezas cobradas en los términos municipales de su jurisdicción; Naturalmente, los cabos o sargentos de la Benemérita, que conocían bien el terreno en que se movían, no molestaban a sus convecinos con preguntas inútiles y rellenaban, a ojo, el impreso correspondiente. Para mayor credibilidad, no ponían 500 conejos, 100 liebres ó 600 perdices, sino 512, 114 ó 604. La suma de todas estas cifras era la reflejada en el libro.

Las estadísticas de hoy no merecen más credibilidad que las de entonces.

Tercera.- El sistema de cupos, número de capturas permitidas cada día al cazador, es inoperante como medio de proteger las especies migratorias porque:

- a) Atenta contra ese rasgo esencial de la caza que es su aleatoriedad. Un cazador auténtico soportará salir a buscar las palomas torcaces y regresar a su casa un día y otro día sin poder disparar un solo tiro; queda siempre la esperanza de que habrá suerte la próxima vez. Ese día afortunado puede no llegar; pero si llega, a lo mejor el único en toda la temporada, no se le pida que deje el

puesto cuando, quizás en media hora haya cubierto el cupo reglamentario.

- b) Supone penalizar al buen cazador, al que sabe buscar las piezas y abatirlas; su jornada de campo puede quedar reducida casi a nada si su eficacia le lleva a cubrir en minutos el cupo.
- c) Con los medios de que dispone la Administración, es imposible controlar las piezas que cada cazador abate. No es realista pensar que cada uno realice su propio control; si esto pudiera ser, no harían falta ni cupos, ni vedas, ni Ley; precisamente porque la vida social no se desarrolla espontáneamente en la dirección que interesa al bien común, existe el Derecho, y ese elemento esencial de éste, que es la coacción.

Cuarta.- Si se mantiene el sistema de cupos hay que distinguir entre el cazador solitario y el que caza en cuadrilla; en este segundo caso deben computarse conjuntamente las capturas, de modo que si el cupo es diez, uno de sus miembros pueda matar cinco y otro quince.

Quinta.- Rechazado, categóricamente, el hipócrita sistema de cupos, debemos buscar otro que sea eficaz. En mi opinión es el de limitar los días de caza. Así, por ejemplo, si la tórtola puede cazarse en algunas Comunidades veinte días, que se cace quince, diez, cinco, uno o ninguno.

La inmensa mayoría de los cazadores caza sólo en los días permitidos; el furtivo de escopeta es, cuantitativamente, poco significativo; téngase en cuenta que un disparo se oye a larga distancia, de modo que puede localizarse con relativa facilidad a quien lo hace, y más cuando se caza desde puestos fijos.

Sexta.- La presión que sufre la paloma torcaz es insoportable. En general, puede cazarse en la media veda, en todo el periodo de caza menor, y en otro más, anterior o posterior a éste. A veces, todos los días de la semana y sin limitación de capturas. Incluso en La Rioja, se permiten dos cazadores por puesto.

Aliviar esta presión es inexcusable. Como primera medida, debería prohibirse su caza en la media veda. En general, para justificar este periodo, se argumenta que las aves migratorias estivales se van de la Península cuando concluye el verano, y si no se cazan es esta época, no pueden cazarse. Pero esto, que es cierto en lo que se refiere a todas las tórtolas y a buena parte de las codornices, no lo es para las palomas torcaces, que permanecen en nuestros campos en otoño e invierno.

Otra razón para prohibir cazar palomas en esta época es que hay parejas que no han terminado de criar los pichones de la segunda puesta, que se pierden irremisiblemente si mueren los padres.

Séptima.- No debe permitirse la caza de unas especies de zorzales y prohibirse la de otros, como se hace en Asturias, porque en vuelo no es posible diferenciarlos, sus siluetas y forma de volar son semejantes. El zorzal charlo, algo mayor y de vuelo más lento, sí puede reconocerse, pero saber, antes de haberlo cobrado, si la pieza sobre la que se dispara es zorzal común o alirrojo, no puede hacerlo ni el más experto de los cazadores. Téngase en cuenta que no se trata del biólogo que mira con sus prismáticos, sino de alguien que tiene que reconocer la pieza y disparar en un par de segundos.

Lo dicho es para cuando se caza con escopeta; si la caza es con liga o red -filats, paranys-, con la pieza en la mano, puede comprobarse su especie y soltarla si no es de las permitidas.

LA REFORMA DE LA FINANCIACIÓN
AUTONÓMICA PARA EL QUINQUENIO 1997-2001

JAVIER LASARTE ALVAREZ

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
de día 7 de julio de 1997

I. REALIDAD DE LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA

Durante la última década se ha producido un cambio importante en el sector público: la nueva organización territorial del Estado ha dado lugar a una relevante descentralización del gasto, canalizado ahora en un elevado porcentaje a través de las Comunidades Autónomas (CC.AA.). Pero no ha ido acompañada de una auténtica descentralización de los ingresos; las Haciendas autonómicas se alimentan principalmente de transferencias de los Presupuestos del Estado o de tributos cedidos por el mismo, en relación con los que se comportan como gestores que aplican una Ley estatal.

Los ingresos patrimoniales no son significativos. Los tributos propios son difíciles de inventar y a ello se une la resistencia a su creación por parte de las CC.AA., que no quieren incrementar directamente las cargas fiscales de los ciudadanos; prueba de ello es el conocido ejemplo del recargo en el Impuesto sobre la Renta de la Comunidad de Madrid, nunca exigido a pesar de haber sido declarado constitucional por el Alto Tribunal, cuya Sentencia no animó a ninguna otra Comunidad a imponer un recargo similar. Existen múltiples tributos autonómicos; pero, en general, o bien carecen de importancia recaudatoria (algunos de ellos parecen simples figuras testimoniales) o bien se centran casi exclusivamente en el ámbito del juego, donde coinciden con los tributos estatales.

Dada esta realidad, cuando las transferencias estatales no resultan suficientes, las necesidades autonómicas buscan la solución del endeudamiento, que ha conocido un fuerte incremento, particularmente hasta 1992; aquí encontramos una normativa básica insuficiente, una evidente falta de coordinación que debió ejercerse de manera distinta a través del Consejo de Política Fiscal y Financiera y una fuente de recursos que, salvo contados casos, se traduce en un perjuicio inmediato para las propias CC.AA., a causa de las cargas financieras y del

aligeramiento de la responsabilidad estatal en la financiación autonómica cuando ve que ese camino es recorrido con facilidad.

Todo ello es conocido. Esa asimetría (término preferido por los técnicos) entre ingresos y gastos es objeto de reiteradas denuncias. En mi opinión, y a pesar de que no comparto algunas de sus tesis, el mejor análisis sobre estas cuestiones es el llamado *Libro Blanco (Informe sobre el actual sistema de financiación autonómica y sus problemas*, redactado por un grupo de expertos a petición del citado Consejo y publicado por el Instituto de Estudios Fiscales en 1995); a él me remito.

2. RAZONES PARA LA REFORMA

Tendríamos, no obstante, que preguntamos si es necesario proceder a esa reforma o si algún tipo de prudencia política o financiera aconseja mantener la situación por aquello de que el remedio puede ser peor que la enfermedad. A mi parecer, la respuesta es clara: hay que proceder a la reforma.

La premisa política es la siguiente: cualquiera que sea nuestra opinión sobre el asunto, el hecho es que las elecciones del pasado marzo no han otorgado la mayoría parlamentaria a ningún partido político, y que ello ha obligado al PP a suscribir los llamados «acuerdos de gobernabilidad» con CC, PNV y CiU en los que figura el compromiso de llevar a cabo esa reforma, precisando el último de esos acuerdos su contenido principal. A partir de esta premisa, el primer argumento es que el 31 de diciembre acaba el quinquenio 1992-1996, con la consiguiente necesidad de plantearse el método de financiación para el quinquenio 1997-2001; podría decidirse la prórroga automática del anterior, pero ni ésta es la voluntad política, ni las virtudes del sistema inducen a su mantenimiento. El segundo se ha convertido en un inevitable lugar común de la política económica y financiera: las exigencias de Maastricht. Si nos vemos obligados a reducir la deuda pública total y el déficit anual (lo que a su vez incidirá en el tipo de interés y en el nivel de inflación) tenemos que proceder de inmediato a un estricto control financiero, lo que,

entre otras cosas, induce a establecer una cierta simetría entre gastos e ingresos como vía de corresponsabilidad fiscal, que es un eficaz límite en una democracia para el crecimiento excesivo de cualquier Hacienda.

Cada una de estas razones podrían ser objeto de un análisis crítico y de alegaciones suficientes para matizar el alcance de la reforma y su aplicación en el tiempo. Pero, como he dicho, la voluntad política de llevarla adelante para el nuevo quinquenio parece firme y expresada en la forma correcta en una democracia: a través de un apoyo parlamentario mayoritario, que, ciertamente, sería más positivo para el país cuanto mayor grado de aceptación lograra en las fuerzas políticas. Pero la oposición parlamentaria minoritaria no restará un ápice de legitimidad política o jurídica a la reforma que, aprobada por Ley, sólo podría ser rechazada por otra Ley o por una sentencia del Tribunal Constitucional.

3. POSIBLES LÍNEAS DE ACTUACIÓN

Cosa distinta es el contenido de esa reforma, según los proyectos ya aprobados por el Congreso. La idea política básica es muy simple: atribuir a las CC.AA., mayor responsabilidad o compromiso en la exigencia de tributos a los ciudadanos, lo cual fortalecerá su autonomía y servirá de control para su demanda de fondos que adopta variadas y fatigosas formas de continuas reivindicaciones frente al Estado. Pero, en cambio, su articulación técnica es compleja. En teoría, podría parecer que caben múltiples soluciones; pero el espacio fiscal actual permite poco margen de maniobra. Rechazada la creación de nuevos tributos con suficiente capacidad recaudatoria (¿cuáles podrían ser?), considerada la falta de medios del Estado y de los Entes Locales, obligados a defender sus fuentes de ingresos, admitida la falta de flexibilidad de los actuales tributos cedidos y su relativa significación en los ingresos de las CC.AA., ¿qué se puede hacer dentro de nuestro orden constitucional y que resulte efectivo en el plano financiero?

Dejando aparte múltiples propuestas típicas de un país de desbordante imaginación (admiro a los arbitristas), las soluciones

están bastante limitadas. De nuevo me remito al *Libro Blanco*, que es buena guía incluso aunque no se compartan todas sus conclusiones. Parece evidente que hay que pensar en ceder a las CC.AA., parte del IRPF, el IVA en su fase minorista, o los Impuestos Especiales. Todas estas soluciones tienen ventajas y defectos. Posiblemente la más problemática sea la cesión de un «IVA minorista» por sus dificultades de articulación y por el estricto control sobre este tributo de la Unión Europea. Tampoco es fácil, aunque es factible (y así lo demuestra el último pacto con el PNV) la cesión de los Impuestos Especiales, concebidos como tributos de fabricación (salvo el que recae sobre determinados medios de transporte), lo que obliga a calcular su incidencia sobre los consumos de cada Comunidad, pues de no ser así unas repercutirían cargas tributarias sobre otras. Tales cálculos son laboriosos, aunque pueden llevarse a cabo con los datos actualmente disponibles con un grado aceptable de fiabilidad.

4. CESIÓN PARCIAL DEL IRPF Y DE POTESTADES NORMATIVAS SOBRE TRIBUTOS CEDIDOS

El Gobierno ha decidido por ello, en primer lugar, actuar por la vía del IRPF, que es ya objeto de una distribución territorializada del 15% de su recaudación desde el acuerdo de 1993; aquí la gran novedad consiste en que el Estado reduce su tarifa y permite a las CC.AA., la creación por Ley de su propia tarifa en el margen reducido por el Estado (15% ahora y 30% en el futuro), con incremento o disminución del 20% del mismo, permitiendo la fijación de tramos, mínimo exento y algunas deducciones. El IRPF se convierte así en un «tributo compartido». Ciertamente, aumentará su complejidad, y podrán crearse disparidades en el reducido margen indicado. Otra novedad consiste en la atribución de ciertas potestades normativas en los tributos cedidos, también sobre fijación de la tarifa o tipo de gravamen (son más amplias en el caso de los tributos sobre el juego).

Las razones que han inducido a esta reforma parecen evidentes: visibilidad de estos tributos por parte de los contribuyentes y consiguiente corresponsabilidad real, nivel de recaudación, en particular del IRPF autonómico, y fortalecimiento de la autonomía financiera. Sin embargo, también hay problemas manifiestos que son objeto de un encendido debate político; si todas las CC.AA., decidieran ejercer su potestad normativa, podríamos llegar a encontrar en el país con diecinueve modelos de declaración del IRPF con cierto grado de disparidad (quince CC.AA., de régimen general, Navarra y tres territorios históricos del País Vasco), que podrían llegar a veintiuno con las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Y un fenómeno paralelo, aunque más limitado y con menor complejidad para el contribuyente, sucedería en el ámbito de los actuales tributos cedidos. En primer, se denuncia que esas potestades normativas pueden crear disparidades fiscales entre los territorios; evidentemente esto es así, aunque se han establecido límites máximos o mínimos que reducirán esas diferencias. Estas disparidades no son deseables, y pudiera ser que si alcanzan determinado grado fueran objeto incluso de un juicio de constitucionalidad.

Pero conviene no olvidar la propia estructura de nuestro Estado. Unidad no es uniformidad; las CC.AA. están ahí por obra de la Constitución, con potestades legislativas en la creación de tributos. Escandalizarse ahora porque puedan surgir ciertas diferencias en el IRPF, cuando existe una sentencia constitucional que ampara los recargos autonómicos en ese tributo, resulta poco convincente; como también lo es descalificar la atribución de potestades normativas en los tributos cedidos, frecuentemente reclamadas, aunque haya que vigilar que sus consecuencias sean compatibles con la Constitución.

5. SOBRE LOS EFECTOS FINANCIEROS DE LA CESIÓN PARCIAL DEL IRPF

El segundo problema, tal vez de mayor trascendencia política, consiste en los posibles efectos financieros de la cesión parcial del IRPF en las distintas CC.AA., puesto que percibirán mayor o menor cantidad de ingresos por este concepto en función de su riqueza, que condiciona directamente las declaraciones. Esto es así, pero no sólo así. Si utilizamos 1997 como año base, el importe del IRPF autonómico deberá deducirse de las participaciones en los tributos del Estado (PIE) que percibe cada Comunidad, por tanto, a mayor recaudación por IRPF menor PIE, y viceversa. En números relativos, ambos ingresos sumarán 100 para todas las CC.AA., y conviene recordar que las PIE también están garantizadas por la Constitución. Razonar sobre el IRPF, sin contar con el juego de las PIE, es demasiado simplista. No se puede vincular la autonomía financiera sólo a una de las fuentes de ingresos amparadas por la Constitución.

¿De dónde pueden surgir esas diferencias tan reiteradamente denunciadas? Sólo de un factor: el distinto grado de evolución futura del IRPF autonómico y de las PIE. Si unos y otros ingresos no crecen al mismo ritmo surgirá en efecto una disparidad. Puesto que se ha acordado que las PIE crezcan conforme al Índice llamado «ITAE» (que mide la evolución de los impuestos directos e indirectos del Estado, menos los cedibles, las cuotas de la Seguridad Social y la aportación al desempleo), mientras que, lógicamente, el IRPF autonómico evolucionará conforme a su propio comportamiento. Luego, suele decirse, si todo va como hasta ahora (aunque no se han publicado los datos de 1995), el IRPF crecerá más que las PIE, y habrá una ventaja para las CC.AA., más ricas; a lo que habría que añadir que si las cosas no van bien, y la recaudación baja, éstas sufrirán un mayor perjuicio. Convendría centrar el conflicto exactamente en esos márgenes, teniendo en cuenta además el distinto Índice de crecimiento de la recaudación por IRPF en las diversas CC.AA., que, curiosamente, ya tenor de lo sucedido en el período 1987-1994, es inferior a la media en zonas como Madrid y Barcelona, y superior en Extremadura, Galicia, Castilla-La Mancha y Andalucía.

¿Debemos admitir esta posible disparidad o hemos de corregirla?

Una vez más será conveniente mantenerse en un término medio. Llevar a cabo esa reforma para luego corregir totalmente sus resultados carecería de sentido. Que la autonomía financiera permita un margen de mayores ingresos a las CC.AA. más ricas, está en la propia lógica del sistema y su expresión más nítida serían los teóricos recargos sobre el IRPF admitidos por el Tribunal Constitucional.

Pero las disparidades serían inadmisibles si alcanzan determinado nivel y rompen la lógica constitucional de la igualdad territorial. El Consejo de Política Fiscal y Financiera ha aprobado por ello algunos mecanismos de corrección (el llamado Fondo de Garantía): 1.º La recaudación del IRPF autonómico no podrá evolucionar por debajo del PIE nominal o ser inferior para cada Comunidad al 90% de la evolución del IRPF 2.º El crecimiento de los recursos de la Comunidad Autónoma (PIE, tributos cedidos e IRPF) no podrá ser inferior al 90% del crecimiento conjunto de las CC.AA. 3.º La financiación per cápita de cada Comunidad no podrá ser inferior al 90% de la media de las CC.AA.

Por tanto, es cierto que podrán existir diferencias, pero también lo es que se intenta el control de las mismas a través de estas medidas, que pretenden además garantizar un nivel de financiación a las CC.AA.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Quedaría por último preguntarse si hubieran podido buscarse otras vías de corresponsabilidad fiscal. Es posible. En mi opinión, la propuesta más convincente que convendría analizar es la cesión de los Impuestos Especiales en función de los consumos de cada Comunidad, lo que sería además muy oportuno después del acuerdo alcanzado con el PNV.

Una advertencia importante: las posibles disparidades tributarias no deben ser presentadas como un problema básico de igualdad territorial, porque éste no es un objetivo encomendado al

sistema tributario sino al Fondo de Compensación Interterritorial y a las asignaciones para nivelación de servicios según el artículo 158 de la Constitución. Pero el Fondo no ha cumplido debidamente sus funciones, y las asignaciones presupuestarias no se han puesto en marcha. La reforma del Fondo queda pendiente; las asignaciones han recibido un primer impulso por el último acuerdo del Consejo, encomendadas a un grupo de estudio y respaldadas por una primera consignación presupuestaria de 10.000 millones de pesetas; insuficientes, es cierto, pero abren una vía constitucional para corregir disparidades territoriales. Estos son los auténticos instrumentos de solidaridad interterritorial sobre los que hay que hablar con mayor detenimiento.

Cuando se aprueba la Constitución de 1978 casi el 90% del gasto público está centralizado en el Estado; la actuación de los Entes Locales se circunscribe, por tanto, al 10%-12% restante. A comienzo de la década de los 80 se repite con frecuencia que, una vez constituidas las CC.AA., sería necesario evolucionar hacia un modelo de sector público en que el Estado contrayese su gasto hasta un 50%, alcanzando dichas CC.AA. el 25% y, consiguientemente, situando también a los entes locales en este mismo nivel. A la vista de la nueva distribución de competencias llevada a cabo por el texto constitucional, y de las reformas sobre las competencias municipales y provinciales, en particular, éste parecía un objetivo político y financiero razonable, que encontraba especial apoyo en la Federación Española de Municipios y Provincias y en las incipientes administraciones preautonómicas.

Actualmente, completado ya el mapa autonómico, aunque no las transferencias, la realidad es que las CC.AA. casi se han situado en ese nivel, mientras que los Entes Locales sólo han conseguido elevar ese porcentaje hasta un 14%, aproximadamente. Todo parece indicar que si se completan las transferencias en materia de sanidad y educación, dos grandes capítulos de elevado coste, el protagonismo en el sector público de las CC.AA., podría elevarse a un nivel cercano al 30% del mismo o incluso a un nivel ligeramente superior. En un período

aproximado de quince años las CC.AA., entidades territoriales de nueva creación por obra de la CE, habrán pasado a canalizar la tercera parte de la actividad financiera pública. Sin embargo, sus responsabilidades fiscales directas, es decir, sus propios tributos, dejando al margen los cedidos por el Estado de los que hasta ahora son sólo gestoras, apenas producen una recaudación que alcanza al 3%-5% de sus ingresos, en términos generales, Esta es la asimetría antes señalada que es, a fin de cuentas, la causa última de la reforma y nos indica el sentido de la misma.

Lo que en todo caso conviene decir con claridad es que, aunque hubieran sido posibles otras soluciones, la reforma es necesaria y ajustada a la realidad y que, entre las que podían adoptarse, se han adoptado decisiones políticas que encuentran fundamento en razonamientos técnicos y que son una proyección del sistema actual. Ello no quiere decir que no vayan a plantearse algunos problemas o que las normas aprobadas no sean susceptibles de mejora, en particular los mecanismos de garantía. Ni en la descalificación del nuevo sistema ni en su alabanza son convenientes las posturas radicales. En cambio, sí sería muy positivo que las fuerzas políticas centraran el debate en sus justos términos e intentaran orientar esa reforma de la manera menos conflictiva posible, prestando particular atención, como premisa a la realidad financiera actual de las CC.AA. y como garantía de resultado, a los mecanismos equilibradores que deben articular la solidaridad territorial.

ADDENDA SOBRE CEUTA y MELILLA

A. Análisis de sus estatutos de autonomía

Las Ciudades de Ceuta y Melilla han sido dotadas recientemente de sendos Estatutos de Autonomía, aprobados por las Leyes Orgánicas 1/1995 y 2/1995, de idéntico contenido. Los preámbulos de estas normas invocan como fundamento el artículo 144.b) de la Constitución, precepto incluido en el Título VIII dentro del capítulo regulador de las Comunidades Autónomas,

según el cual las Cortes Generales, cuando existan *motivos de interés nacional*, podrán dotar de tales Estatutos a territorios no integrados en la organización provincial; ese es el caso de las ciudades citadas, cuya ubicación geopolítica justifica, en nuestra opinión, el otorgamiento de un régimen propio conforme a dicha previsión constitucional. En este punto no es necesario insistir, porque la Constitución hace expresa referencia a Ceuta y Melilla en su disposición transitoria quinta, estableciendo que *podrán constituirse en Comunidades Autónomas* si así lo deciden por mayoría absoluta sus respectivos Ayuntamientos y lo autorizan las Cortes mediante Ley orgánica conforme al artículo 144.

Estamos, pues, en presencia de dos ciudades que se constituyen formalmente como nuevas Comunidades Autónomas, aunque los citados textos legales evitan esta calificación, de modo que en ningún momento aparecen designadas como tales, si bien sus preámbulos explican que acceden a su régimen particular *integrándose y completando el sistema autonómico*. Pero es evidente que sus respectivos Estatutos contienen normas peculiares con importantes diferencias de las que son características de estos entes territoriales. Puesto que sólo nos interesa conocer su incidencia en el contenido del poder tributario de Ceuta y Melilla, vamos a referirnos con brevedad a tales diferencias en cuanto sean significativas para el estudio de este tema.

Ambas ciudades disponen de una Asamblea como órgano representativo de las mismas, compuesto por veinticinco miembros elegidos directamente por los ciudadanos. A diferencia de los demás parlamentos autonómicos, estas Asambleas no tienen *potestad legislativa* propiamente dicha; no pueden dictar normas con rango formal de Ley. Se trata de órganos a los que se atribuye el ejercicio de la potestad normativa reconocida por los Estatutos; pero como uno y otro texto precisan más adelante al regular el desarrollo de las competencias asumidas, esa facultad debe ser entendida sólo como *potestad normativa reglamentaria* (artículo 21.2). Conforme a las previsiones constitucionales sobre órganos de las Comunidades Autónomas, un territorio podrá constituirse

como tal sin disponer de cámara legislativa (con la consiguiente reducción de sus competencias reales) dado que el artículo 152.1 sólo la exige en los Estatutos que hayan sido aprobados por la vía del artículo 151. Sin embargo, como ya ha quedado expuesto, el proceso unificador de las instituciones autonómicas ha generalizado la existencia de esas Asambleas, de manera que sólo las citadas ciudades carecen de las mismas a pesar de haber sido dotadas de Estatutos de Autonomía.

La consecuencia inmediata de esta ordenación institucional es muy simple: Ceuta y Melilla no pueden crear tributos, no disponen de poder tributario en sentido estricto puesto que sus Estatutos no reconocen facultades legislativas de las Asambleas y, como es sabido, los tributos deben ser establecidos mediante una ley. Desde este punto de vista tendrían que ser caracterizadas como Comunidades Autónomas atípicas, de régimen singular, con facultades de este ámbito similares a las atribuidas a los Entes Locales en cuanto quedan limitadas al ejercicio de la potestad reglamentaria.

Esta conclusión se fundamenta con claridad en sus propios Estatutos. Ambos asignan a las Asambleas *la determinación y ordenación de los recursos propios de carácter tributario en los términos establecidos en el presente Estatuto* (artículo 12.1.j). Pero más adelante, al regular el régimen económico y financiero, se citan los tributos como primera fuente de ingresos en los siguientes términos:

«Los rendimientos de sus propios tributos, que serán previstos en la legislación del Estado para los municipios y provincias y en la disposición adicional segunda del presente Estatuto» (artículo 36.1.º).

Esta disposición adicional establece que subsistirá el actual régimen económico-fiscal de Ceuta y Melilla, con las adaptaciones que sean necesarias a causa de la pertenencia de España en la Unión Europea. La norma dejar bien claro que la actualización de este régimen se llevará a cabo mediante *Ley del Estado*. Ese carácter tienen las disposiciones que regulan las

particularidades tributarias de ambos territorios, entre las que destaca la Ley 8/1991 que aprueba el Arbitrio sobre la Producción e Importación.

Así pues, estas ciudades no disponen de potestad legislativa y, en consecuencia, no pueden crear tributos propios (entendiendo estos términos en su sentido más amplio, que abarca incluso los recargos sobre tributos estatales). Los que aparecen designados como tales deben ser establecidos por ley estatal y atribuidos por la misma a los Entes Locales en general o a Ceuta y Melilla en particular, que sólo son titulares de potestad reglamentaria conforme a sus normas estatutarias y las disposiciones sobre régimen local; pueden incluso beneficiarse, como las Comunidades Autónomas, de la cesión de tributos estatales (artículo 36.9.º) puesto que tal cesión no implica potestad normativa sobre los mismos, como ya hemos dicho. Pero insistimos en que no tienen potestad legislativa. De ahí que sus Estatutos dispongan que el establecimiento y ordenación general de los tributos se llevará a cabo *mediante acuerdo plenario de la Asamblea* (artículo 39) lo que equivale a la competencia en ese ámbito de los plenos de los Entes Locales.

Una lectura apresurada de los Estatutos comentados podría inducir a pensar que los órganos institucionales de estas ciudades son similares a los de cualquier Comunidad Autónoma, que tienen parecidas competencias y que se financian con los mismos recursos. Estos últimos aparecen enumerados en términos muy amplios (artículo 36) incluyendo ingresos característicos de las Comunidades Autónomas, tales como las asignaciones presupuestarias para garantizar un nivel mínimo de servicios o las transferencias del Fondo de Compensación Interterritorial (aunque en principio también pueden recibir estas ayudas las provincias y los territorios no integrados en las mismas según dispone el artículo 16 de la Ley Orgánica 8/1980); se llega a prever que Ceuta y Melilla disfrutarán de cualquier recurso atribuido a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales. Pero si se examinan estos preceptos puede comprobarse que ninguna de esas fuentes de financiación presupone o implica la atribución de

potestad legislativa, puesto que derivan de leyes estatales o específicas o de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Nada hay pues que modifique o limite la conclusión anterior: Ceuta y Melilla no pueden crear tributos porque no disponen de facultad legislativa.

Nos encontramos, por tanto, ante Estatutos de Autonomía que encuentran su fundamento en preceptos constitucionales que permiten la institucionalización de dichas ciudades como Comunidades Autónomas. Pero estos Estatutos, al margen de su lenguaje, han configurado unos entes territoriales con características propias, que en el ámbito financiero tienen las competencias y recursos típicos de un Ente Local, aunque se añadan a estos últimos algunas fuentes de ingresos de las Comunidades Autónomas regulados por la legislación estatal. Este planteamiento no sólo está presente en los preceptos relativos a la financiación. Recordemos, por ejemplo, que los miembros de la Asamblea son elegidos conforme a las normas electorales locales y ostentan, además, la condición de concejales, y que su presidente es al mismo tiempo alcalde de la ciudad; o que se asumen competencias asignadas a las Comunidades Autónomas por el artículo 148 de la Constitución, pero sin disponer sobre tales materias de la potestad legislativa que es propia de los parlamentos autonómicos.

Tal vez se deba a esta contradictoria configuración del régimen de Ceuta y Melilla el hecho de que sus Estatutos eviten cuidadosamente los términos *Comunidad Autónoma*, que no aparecen ni una sola vez a pesar de la invocación del artículo 144.b) del texto constitucional (a cuya disposición adicional quinta tampoco hay referencia alguna) y que se insista tanto en el término *ciudad*, lo que sin duda responde a la realidad de las cosas y nos induce a pensar en el régimen de las *Ciudades Estado* de Bremen y Hamburgo, como han recordado con acierto algunos autores. Tal vez esos preceptos de la Constitución se habrían redactado de manera distinta si se hubiera tenido en 1978 una concepción más precisa de las Comunidades Autónomas, de su significación política, jurídica y administrativa como tales entes

territoriales, así como de la institucionalización de las mismas que se llevaría después a cabo por los Estatutos de Autonomía. Ciertamente, no era necesario encauzar por la vía autonómica formal los Estatutos de ambas ciudades para otorgarles un régimen conveniente. Pero el hecho es que la Constitución contiene las normas citadas que obligan al legislador ordinario, y que sólo la amplitud y ambigüedad del Título VIII permite pensar que se han respetado formalmente las prescripciones constitucionales al dotar de ese régimen particular a ambas ciudades.

Por último, debemos destacar una norma de los Estatutos comentados que puede tener especial significación en el ámbito tributario. Dice así el artículo 13:

«La Asamblea de Ceuta/Melilla podrá solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de Ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa».

Esta norma recoge literalmente lo dispuesto en el artículo 87.2 de la Constitución que, después de atribuir la iniciativa legislativa al Gobierno, Congreso y Senado, reconoce esta facultad a las Asambleas de las Comunidades Autónomas en general, como es sabido; insistimos, no obstante, en que este precepto otorga a estas ciudades un importante protagonismo en la elaboración de leyes estatales que vayan a afectarles, lo cual puede tener especial trascendencia a efectos de la regulación de su régimen económico y fiscal conforme a la previsión de la disposición adicional segunda de sus Estatutos; merece ser destacada por la particularidad del régimen tributario de ambas ciudades y por el hecho de que resulte aplicable a las mismas a pesar de las notorias diferencias entre sus Asambleas y las cámaras autonómicas.

Como conclusión, hemos de insistir en que Ceuta y Melilla no pueden crear tributos propios porque sus Asambleas carecen de potestades legislativas; disponen, o pueden disponer, de los ingresos fiscales que la legislación estatal atribuye a los Entes

Locales, así como de algunas fuentes de financiación propias de las Comunidades Autónomas, como los impuestos cedidos. Pero dichas ciudades ostentan sólo potestades reglamentarias, debiendo ser en todo caso una ley del Estado la norma que proceda a la creación y asignación de tales tributos. Por supuesto, pueden asumir la gestión de estos ingresos conforme a la normativa reguladora de la Hacienda local o, en su caso, de la Ley estatal de cesión. La única particularidad que debe ser señalada por su posible incidencia en la regulación en su especial régimen económico y fiscal consiste en la posibilidad de elevar ante el Congreso una proposición de ley y asumir ante el mismo su defensa mediante una delegación de las Asambleas.

B. Sobre la aplicación del nuevo sistema de financiación a las ciudades de Ceuta y Melilla

Una vez sentada la conclusión anterior, debemos preguntarnos por la posibilidad de que las repetidas Ciudades Autónomas se acojan al nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas para el quinquenio 1997-2001 y, en consecuencia, si cabe que cuenten entre sus ingresos con tributos estatales cedidos, en las nuevas condiciones de cesión a que ha dado lugar la reciente reforma de la financiación autonómica, que es el tema que ahora nos interesa.

El acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 23 de septiembre de 1996 responde a la primera pregunta, pues contiene en sus números octavo y noveno el siguiente texto:

«Aplicación del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común a la Ciudad Autónoma de Ceuta/Melilla.

El Consejo, previa deliberación de sus miembros, acuerda que el Modelo del sistema de financiación que se aprueba en el Acuerdo Primero de esta sesión sea de aplicación a la Ciudad Autónoma de Ceuta/Melilla, una vez que se hayan traspasado a la misma los servicios del Estado cuyo coste acumulado, en valores del año base del quinquenio 1997-2001, permita ir asignándole sucesivamente los mecanismos de financiación de dicho Modelo, de acuerdo con lo establecido al respecto en su Estatuto de Autonomía y observando sus especialidades económicas y fiscales. Hasta que no se cumpla

la condición anteriormente expresada se aplicará el sistema transitorio regulado en la Disposición transitoria primera de la LOFCA».

Por tanto, queda claro que ambas Ciudades podrán acceder al nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen general, una vez que los referidos servicios hayan sido traspasados, sin que sea posible en este momento arriesgar ninguna previsión sobre la fecha en que se dará por cumplida esa condición. Por ahora, ese futuro régimen ha tenido como resultado inmediato la modificación del artículo 3.1 de la LOFCA, con el fin de permitir que Ceuta y Melilla estén representadas en el Consejo de Política Fiscal y Financiera por sus respectivos Consejeros de Hacienda, según la nueva redacción dada a ese precepto por la Ley Orgánica 3/1996. Además, esta misma norma ha incluido en la LOFCA una nueva disposición adicional quinta, según la cual, la actividad financiera y tributaria de estas Ciudades *se regulará teniendo en cuenta su peculiar régimen económico y fiscal*. Abiertas, pues, las puertas del Consejo y prevista esa futura regulación específica, y dada la declaración contenida en el Acuerdo antes transcrito, parece evidente que en el momento actual se ha adoptado la decisión política de que accedan efectivamente al modelo de financiación autonómica de este quinquenio.

Sin embargo, la respuesta a la segunda pregunta es problemática.

Como ha quedado expuesto, una pieza básica de este sistema es la cesión a las Comunidades Autónomas de diversas *competencias normativas* (ésta es la expresión del actual artículo 19.2 de la LOFCA) en relación con los tributos cedidos, contando entre ellos, claro está, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Para la asunción de esas *competencias normativas* sin provocar problemas de constitucionalidad de las disposiciones que las hagan efectivas, no podemos olvidar un dato básico: las Asambleas autonómicas disponen de facultades legislativas que se extienden al ámbito tributario, conforme a lo previsto en la Constitución (artículos 133.2, 156 Y 157) que ejercerán conforme

a los límites establecidos en el texto constitucional y de acuerdo con la LOFCA y los respectivos Estatutos de Autonomía. Pero las Ciudades de Ceuta y Melilla, según antes hemos analizado, no disponen de tales facultades, de modo que la cesión de las repetidas competencias habrá de hacerse teniendo en cuenta esta indiscutible realidad para evitar dudas sobre la constitucionalidad de sus disposiciones por una posible infracción del principio de legalidad tributaria, en particular conforme a lo declarado sobre el tema por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, referidos específicamente algunos de ellos al ámbito de las Entidades Locales.

Como es sabido, la cesión a las Comunidades Autónomas tras la reforma de la LOFCA ha sido instrumentada por la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, y, posteriormente, por un conjunto de leyes estatales (todas ellas de fecha 4 de agosto de 1997) para cada una de las Comunidades Autónomas. No nos corresponde en este momento analizar si esa Ley 14/1996 regula las condiciones de cesión en forma tal que no planteara problema el hecho de que se ampararan en la misma normas específicas de cesión para Ceuta y Melilla. Nos limitamos a advertir que el tema debe ser estudiado desde esta perspectiva, y que de no resultar plenamente satisfactorio el análisis habría que dictar una nueva Ley de cesión para ambas Ciudades, o habría que tener en cuenta esta cuestión a la hora de promulgar la norma a la que se refiere la disposición adicional quinta de la LOFCA.

INVESTIDURA INSTITUCIONAL DE JUECES
y MAGISTRADOS

JOAQUÍN SALVADOR RUIZ PÉREZ

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
de día 3 de noviembre de 1997

La Administración de Justicia en nuestra Patria, había merecido siempre una alta consideración y la confianza del pueblo. Si fue tildada de complicada y lenta, se alabó por estable y sólida y por su nunca desmentida tradición de prudencia y honestidad. Escasa siempre de medios materiales, la calidad del elemento humano que la servía, suplió y venció todas las dificultades.

En nuestro tiempo, se apela con terquedad a la necesidad de potenciar la legitimación democrática del Juez y la recuperación de su papel histórico como referente esencial del Estado de Derecho.

Para centrar estas reflexiones en tiempo y circunstancias, hay que significar que el propósito de legitimación se produce cuando se ha llevado ya a la práctica la intención depuradora que animaba la prematura jubilación establecida, así como el ensanchamiento de los poderes del Ejecutivo con la designación de jueces en régimen de provisión temporal; de jueces y magistrados que acceden sin oposición, si son juristas de reconocido prestigio, entendiéndose este dato con una muy particular versión; y de magistrados suplentes y jueces sustitutos que ejercen sus funciones sin carácter de profesionalidad y que gozan sólo de una *inamovilidad temporal*, curiosa situación que tiene su fin cuando el Consejo General del Poder Judicial decreta el cese de los inamovibles, si aprecia que no atienden diligentemente sus propios deberes, a tenor de lo dispuesto en el arto 9 del Acuerdo de dicho Consejo, de 15 de julio de 1987, y sin necesidad de formular ningún expediente ni de oír al que va a ser cesado.

Esta política ha contravenido, tanto en su función depuradora como en el parcheo del Escalafón, no sólo preceptos constitucionales, también normas de nuestro ordenamiento y principios fundamentales recogidos en la Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia, pronunciados en Montreal, concretamente en los artículos 2.20, que previene que el nombramiento de jueces temporales es incompatible con la

independencia judicial, 2.22 y 2.40, que establecen la censura de la jubilación anticipada y que la administración de los Tribunales corresponde a los propios jueces.

Ciertamente, lo que interesaba al Gobierno era encontrar jueces distintos, porque ya no servían los escalafonados. Y así accede a las tareas judiciales personal inexperto y carente de motivación, que no presenta para el Ejecutivo la incomodidad de unos profesionales maduros y preparados, que han consagrado toda una vida a este menester.

En este tiempo, se han revelado ya actitudes que aconsejan la necesidad de renovar o actualizar la estructura de la organización, con el argumento de que una decisión política sobre la justicia, ha de tener muy en cuenta qué clase de justicia necesita el estado, porque la judicatura debe adecuarse a su régimen político ya que no es un valor en sí misma, sino un valor relativo dependiente de otros valores y debe conectar con la política gubernamental y parlamentaria y ajustarse a «la política coyunturalista», (Adolfo CARRETERO. «Algunos aspectos de la crisis de la Justicia». *Actualidad y Derecho*, núm. 24, junio de 1988. Madrid. Págs. 337, 338 y 339).

Con modestia, pero muy decididamente, niego que la Justicia deba ser democrática, ni tenga necesidad de adecuarse a ningún régimen político. Aunque el poder judicial, por constituir una de las vías de ejercicio del poder soberano precise de un respaldo que lo legitime como ocurre con los otros poderes del Estado, el ejercicio del quehacer judicial no necesita ningún soporte democrático, porque la Justicia no emana del pueblo. La Justicia, en sí misma, es un valor que no ha creado el pueblo ni sus representantes, ya que se trata de un valor superior del ordenamiento jurídico, como lo es la igualdad y el pluralismo político. Estos valores, proclamados en el artículo 1.1 de la Constitución Española, han sido queridos por el pueblo, pero no creados por él. Tienen el rango de superiores y están situados por encima de la voluntad popular y en todo caso deben ser reconocidos y aplicados. La actitud democrática debe corresponderse con todas las manifestaciones sociales y políticas,

pero resulta extraña atribuirle a cualquier valor superior. La democracia, precisamente, está en la vigencia, efectividad y respeto de estos valores superiores. La justicia es un valor de valores con rango de superioridad y siempre ha de ser observada.

El ejercicio de la función de administrar justicia carece de carácter político, como carece de representatividad. Otro entendimiento, desmantelaría la esencia misma de la función judicial, sujetándola a las variables políticas de cada momento histórico.

La justicia no representa a nadie, como tampoco puede ser democrática ni antidemocrática. Con la atribución e cualquier apellido, dejaría de ser justicia. La Justicia sólo puede ser justa, pero éste no puede ser su apellido, porque sería una redundancia. En la moderna doctrina constitucional, la democracia es un concepto eminentemente político, aplicable tan sólo a las formas y modos de gobierno del grupo social, concepto que no puede ser sin graves riesgos, trasplantando al mundo del Derecho en el que los valores de seguridad y justicia priman sobre todos los demás. Y aunque se haya opinado -nunca podremos saber hasta donde puede llegar el llamado progresismo-, que la seguridad jurídica es un signo del mundo burgués, no es posible imaginar a una sociedad encaminada al progreso, sin la plena vigencia de este principio.

El sentido integrador de la Justicia, en la Literalidad que corresponde al término integrar, como componer un todo, resulta obvio y se cumple siempre, porque el juzgador al resolver el conflicto de que conoce, con estricta sujeción a la legalidad, está promoviendo una decisiva acción de composición integrada en la sociedad y en el Estado.

La Justicia no excluye tampoco esta patética aventura de todos los tiempos que es la libertad. La libertad vive siempre en estado de tensión con el poder. A los derechos del ciudadano se oponen las intenciones políticas del Estado, en una dialéctica necesaria pero difícil (Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE. «Curso de Sociología del Derecho». *Editorial revista de Derecho Privado*. Madrid, 1965. Pág. 179). Justicia y Libertad constituyen

los grandes pilares donde han de asentarse el orden y la paz social. En las tensiones que se producen entre el individuo y la sociedad, es donde el papel de la Justicia cobra toda su importancia. La libertad no puede sobrevivir sin la Justicia. Precisamente la legitimación del poder político está radicada en su disposición a reconocer en todas las esferas de su actuación, el control ejercitado por la Administración de Justicia con absoluta independencia. De aquí que nunca pueda renunciarse a la división de poderes, ni resulte tampoco propio de un talante democrático convocar a las exequias de MONTESQUIEU.

* * *

A mi entender resulta necesario rechazar el sistema de nombramiento del órgano de gobierno de los jueces, por parte de otros poderes constitucionales, porque con ello se introduce la posibilidad de ejercitar un control político susceptible de interferir la función judicial. La piedra angular del ordenamiento la constituye los derechos y libertades del ciudadano, que excluyen terminantemente la razón del Estado. En esta situación, la Justicia siempre queda confiada al Juez.

La investidura que resulta del dictado constitucional, emplaza debidamente al Juez en la relación Sociedad-Estado y sostiene la legitimación de los administradores de justicia, en tanto que los principios constitucionales son el reflejo fiel de la soberanía popular. Otro tratamiento de la cuestión, supone confundir la legitimación con la representatividad. El Juez no representa a nadie, en cuanto que ejerce una actividad que le obliga a la elaboración de mandatos individualizados y concretos para la solución de los conflictos que son llevados a su conocimiento, con sumisión exclusiva a la Ley emanada del pueblo, a través de sus legítimos representantes. El Juez está desligado del electorado, porque de otra manera dañaría su imparcialidad e independencia, y no necesita tampoco integrar en su conjunto la proporcionalidad numérica de las diferentes opciones políticas. El Juez es un operador jurídico de carácter

técnico, no político, aunque realice una función que es sostén y fundamento de los avatares políticos, encaminada a promover la pacífica convivencia social. Su actuación se produce a través del proceso regido por unos principios que ofrecen al ciudadano una posición equilibrada para la defensa de sus derechos e intereses. Finalmente, la Justicia se administra en nombre del Rey que tampoco representa a ningún electorado, porque es sustancia y esencia misma del propio Estado. Así podríamos proclamar también que la Justicia es un valor superior y que los Jueces y Magistrados, sin representar a nadie, constituyen la esencia misma y la sustancia del Estado de Derecho.

En la base de esta legitimación institucional está la inclusión de su órgano de gobierno en el que participan doce de sus miembros nombrados entre Jueces y Magistrados. Sin embargo, el texto definitivo de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, acaba atribuyendo a las Cámaras el nombramiento de la totalidad de los miembros del Consejo, con lo que se consuma el aspecto más profundo y expresivo de la reforma socialista de la Justicia que sólo se propuso reducir al máximo su independencia, tan recelosamente acogida en el seno del Gobierno. El propio Tribunal Constitucional no pudo dejar de reconocer los riesgos que representaba el nuevo sistema, pero esta apreciación no fue escoltada por ningún pronunciamiento decisorio que le otorgara efectividad práctica, dejándola en el limbo de las articulaciones puramente retóricas.

Como advirtió el Profesor OLLERO TASSARA, el Consejo General del Poder Judicial en su nueva versión, dejó de aparecer como uno de los Poderes del Estado, para convertirse en *amigable componedor* entre el ejecutivo y la Administración de Justicia. Y pudo apreciarse que la política del Consejo incluyó la pretensión, explícitamente solicitada desde la Fiscalía General del Estado, de que *el principio de legalidad debe alcanzar también el acatamiento de la línea de actuación política aprobada en las urnas y que en las zonas de índice opcional que representa el ordenamiento jurídico en lo relativo a intereses públicos el Gobierno es el legitimado para realizar las opciones que hayan*

de hacerse valer ante la Justicia con carácter prioritario. (Andrés OLLERO TASSARA. «La Justicia: el cambio del cambio». En el volumen *Diez cuestiones del panorama español*. Ediciones Encuentro, S.A. Madrid, 1987. Págs. 164 y 167).

También se arguye que al Poder Judicial no se le dona como servicio público, porque es un Poder; pero tampoco se le reconoce la categoría de Poder, porque desde el Gobierno estaba pensado como servicio público. Se produce así *un deliberado equívoco que pretende convertirse nada menos que en motivo conductor de la reforma de la Justicia.* (Federico Carlos SÁINZ DE ROBLES. «Es necesario el Poder Judicial». Tapia Publicaciones para *El mundo del Derecho*. Año VII, núm. 38. Madrid, 1988. Pág. 5).

* * *

La función del Juez consiste esencialmente en el mantenimiento del orden político y en la decisión de que prevalezca dentro del mismo la Justicia. El orden que se propone está caracterizado por un balance equilibrado entre el poder gubernamental -representado en el Estado actual por una burocracia superpotente-, y la libertad del individuo. De otra manera: equilibrio entre razón de Estado y la Justicia. (Véase DIETER SIMON. «La independencia del Juez». Editorial Ariel, Barcelona, 1985. Págs. 115 y 116). Lo más específico de esta función lo constituye el paso, mediante el proceso y, sobre todo, en la resolución que lo termina, del mandato genérico de la Ley al individualizado de la sentencia. Sucede que ni el principio general ni el hecho particular están dados de antemano inequívocamente, como situaciones predeterminadas. El ajuste que hay que producir en el ejercicio judicial, supone siempre una labor creadora que vivifica y realiza la normativa vigente.

Al Juez de nuestro tiempo le corresponde así una labor de auténtica creación del Derecho. El Juez tiene necesidad de asumir la responsabilidad de humanizar y vitalizar la Ley, rellenando con criterio de igualdad y Justicia que detrae de la Constitución, las

fórmulas en blanco de la normativa. Como ha observado Mauro CAPPELLETTI, ya han perdido credibilidad las anticuadas tesis que defendían la naturaleza mecánica, pasiva, simplemente cognitiva y no creativa de su actividad. Puede ser -afirma cautelosamente el citado Profesor-, que el problema quede reducido a una mera graduación cuantitativa del nivel de creatividad. (Mauro CAPPELLETTI. «El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo». Separata de la *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 4, enero-abril 1982. Págs. 11 y 12). Los Jueces no pueden prescindir de una cierta actividad creativa, si quieren desempeñar con eficacia su propia función. El Juez cuando juzga, dice el derecho ante el caso concreto, lo que supone, en definitiva una cuota de actividad en la creación del Derecho. Se ha reclamado del Juez que no sea un fugitivo de la realidad, como ha dicho la Suprema Corte de Justicia Argentina, y que acepte un roll en el desafío social. La Justicia de nuestra época, después de las modernas Constituciones, ha de ser muy creativa, para evitar que resulte irrelevante. (Enrique VESCOVI. «La Independencia de la Magistratura en la evolución actual del Derecho». *VII Congreso Internacional de Derecho Procesal*. Würzburg, 1983. Pág. 17).

Se trata también de precisar si esta actividad cuenta con la cobertura de una legitimidad institucional. Puede pensarse que situado en esa selva invasora de Leyes y Reglamentos -*orgía legiferante* la ha llamado CAPPELLETTI-, quede poco espacio para la creación jurisprudencial del Derecho. Pero la realidad es otra cosa: El papel creador del Juez, debe incrementarse paralelamente al crecimiento de la actividad legislativa y reglamentaria. En las sucesivas oleadas de impregnación y dirección de la vida social, propias del Estado moderno, está el origen de la multiplicación normativa que es el sino que con mayor viveza puede advertirse, tanto en su racionalidad interna como en su proyección exterior. Y debe significarse que la invasión normativa afecta siempre a la calidad e las reglas puestas

en circulación. De otra parte, resulta también obvio que en la división y equilibrio de poderes, propias del Estado democrático, cuando se presencia una mayor, más intensa y más significada intervención de los otros poderes, el judicial debe acrecentar también su ámbito de actividad y diligencia. En otro caso, se rompería el equilibrio y frente a un poder político prepotente, el judicial quedaría reducido y debilitado.

El orden político que se propone, ha de caracterizarse por un balance equilibrado entre los poderes del Estado. Reconocer la contribución del Juez a la creación del Derecho, no supone tampoco convertirlo en legislador. Es sólo admitir algo más simple, menos complicado y nada perturbador para el orden jurídico: es, sencillamente, comprobar que existe también una fuente del Derecho que es la Sentencia del Juez (Carlos DE LA VEGA VENAYAS. «Introducción al Derecho Judicial». Editorial Montecorvo. Madrid, 1970. Pág. 82). El Juez realiza una función creadora que ancla directamente en la Constitución. Una creación, si se quiere, subsidiaria, pero de primer orden, a juicio en SÁINZ DE ROBLES. (Federico Carlos SÁINZ DE ROBLES. «¿Existe el Poder Judicial?». Tapia. Publicación para *El mundo del Derecho*. Madrid, Año VII, Núm. 37. Pág. 4).

El pronunciamiento del Juez o Tribunal, cuando se ha producido con observancia de todas las previsiones legales, alcanza valor definitivo e inequívoco y se convierte, cuando es firme, en verdad intachable, tanto en el orden jurídico cuanto en el terreno social. Representa a la vez la verdad y la legalidad en lo que ha resuelto para un caso particular. Vale como si el legislador lo hubiese mandado para aquel caso.

La importancia de este poder creador queda reforzada por el incremento que alcanzaron los medios de comunicación. El eco de las resoluciones judiciales, antes limitado al círculo de las personas afectadas o, a lo sumo, al de una localidad o región, ha sido muy ampliamente rebasado, adquiriendo resonancia nacional y aun internacional, de tal manera, que no es raro que la opinión mundial se interese en muchas ocasiones. La importancia de este

hecho contribuye notablemente a reforzar el principio de publicidad, de tanta importancia en las actuaciones judiciales.

* * *

Lo que verdaderamente legitima al Juez, es la independencia de su actuación, conseguida desde el principio a través de un sistema de selección que ofreciendo igualdad de oportunidades para los aspirantes, está fundado en criterios rigurosamente objetivos que contemplan sólo la capacidad técnica que garantiza la aptitud para el ejercicio profesional. En los procedimientos irreprochables de sus nombramientos, con exclusiva supeditación a la Ley, sin intervención del ejecutivo. En el control de su actividad que abarca la comprobación estricta y rigurosa de sus responsabilidades de todo orden, como contrapartida de su independencia. Se trata de un sistema de garantías que protegen al Juez de las presiones de otros poderes, de aquéllas que pudieran originarse en otros estamentos sociales y políticos y de las que fueran producto en caso concretos y determinados del propio entorno familiar y social. Se trata de la inamovilidad, incompatibilidades muy rigurosas, apoliticidad, posibilidades de abstención y recusación y la revisión que representa el recurso de amparo en materia constitucional.

El Juez que no es miembro del Legislativo, no es diputado. Tampoco es funcionario, porque no pertenece al Ejecutivo. Posee relación de servicio con el Estado, como los diputados o funcionarios, pero sólo orgánicamente. No está relacionado más que con el Derecho, a cuyo través, busca y ejerce la Justicia. Su legitimación está en el rol de imparcialidad y de independencia con el que ejercita su función, exclusivamente dependiente de la Ley y del Derecho. El Derecho, como regulador de las relaciones de la comunidad, es un producto social; y la Leyes un producto legislativo y está legitimada también por el pueblo.

El Juez carece de poder político, porque sólo tiene jurisdicción, es decir, potestad para declarar el Derecho y aplicarlo, no a cualquier caso, sino a aquel que llega a su

conocimiento. No tiene poder ni afirma su identidad ni sus propias convicciones. Sólo enjuicia un caso concreto, que tampoco elige, sino que accede a su conocimiento por la voluntad de un ciudadano, que tampoco determina qué Juez debe resolverlo, a que esto corresponde precisarlo a la Ley. Aleja su yo y su identidad para no desviar su atención del mandato normativo y del ordenamiento en su conjunto, porque antes que a sí mismo y a sus propias convicciones, está sujeto a la Ley. Tratar de transferir los sistemas rectores de la vida política al mundo de la aplicación del Derecho, entraña un grave riesgo social y el inmediata peligro de la inseguridad y la justicia. El derecho es la única perspectiva del Juez que sólo gobierna, como se ha expresado, un caso concreto, el que llega a su jurisdicción, siempre dentro de los términos y en la vía procesal que ha sido escogida por las partes. Y su resolución no va más allá de este caso, porque el pronunciamiento que formula no puede alcanzar ni generalizarse a otros supuestos.

La función legislativa, así como la ejecutiva, actúan en distintos planos y con diferente perspectiva que la judicial. Aquéllas son siempre de futuro y necesarias; la judicial, en cambio, es típicamente eventual. Las primeras son previsoras en su generalidad y abstracción, mientras que la última se produce de presente, cuando se concreta el conflicto y es llevado a la jurisdicción. El Juez no regula anticipadamente la convivencia social, sino que sólo trata de resolver los conflictos derivados de esta convivencia.

La participación ciudadana en la Administración de Justicia, está bien definida: La produce el propio sujeto que ejercita su derecho a iniciar y continuar el proceso hasta obtener una resolución definitiva. El derecho a exigir la prestación jurisdiccional, es el poder más fuerte y más intenso que posee el ciudadano frente al Estado. El ciudadano no puede exigir del órgano legislativo una Ley, aunque pueda ejercitar su derecho de petición; ni tampoco forzar una decisión política de Ejecutivo. Sí puede exigir de un Tribunal de Justicia, de cualquier orden, una Sentencia conforme a Derecho, incluso impugnando una decisión del Gobierno.

En la actividad jurisdiccional, el ciudadano actúa como verdadero protagonista, más que en ningún otro Poder, ya que el Juez procede sólo a su instancia, a través de su iniciativa, en el procedimiento que él mismo ha escogido y sobre un pronunciamiento que concretamente ha solicitado. El Juez queda colocado en una situación de tercero entre partes una vez que es provocada su actuación, y la participación popular encuentra de esta manera la más directa y potenciada expresión.

Así ha podido decirse con toda razón que la independencia del Juez y su legitimación también, están residenciadas, precisamente, en este carácter participativo que instrumenta el protagonismo del ciudadano, relegando al Juez a un condición de tercero *-tertius super partes-*, sujeto a la iniciativa de las partes y sometido al respeto de la contradicción. (Mauro CAPPELLETTI. «Riflessioni sulla creativitá della Giurisprudenza nal tempo presente». *Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civile*. Milano, 1982. Pág. 789). Su misión se reduce a establecer de qué parte está la Ley en un conflicto, aunque una de ellas sea el gobierno y, como ya hemos dicho, a integrar la norma general y el hecho particular, con lo que siempre estará actualizando el proceso legislativo.

La actuación de los Jueces se realiza nada más que en el proceso, en el que imperan unos principios (publicidad, contradicción, igualdad entre las partes, etc.), que ofrecen a todos los ciudadanos una posición equilibrada para defender sus derechos. Si la Leyes elaborada por los legítimos representantes del puesto elegidos democráticamente, los órganos judiciales sometidos sólo a la normativa legal, no precisan otra legitimación que la derivada de este sometimiento.

Lo que caracteriza la función judicial y su diferencia con la legislativa y la administrativa, es la presencia de las llamadas en todos los tiempos, garantías de la justicia natural que consisten ante todo, en el hecho de que el Juez actúa sólo a instancia de parte en calidad de tercero imparcial. Estas garantías alcanzan también al proceso judicial que siempre está regido por el principio de la contradicción, en cuya virtud, las partes cuentan

con una posibilidad adecuada de defensa, sin que el Juez pueda actuar fuera de estos esquemas procesales, ni sus decisiones sean pronunciadas en abstracto, sino en situaciones concretas y reales llegadas a su jurisdicción. El proceso jurisdiccional por ser el más participativo, es también el más democrático y legitimado de todos los procesos públicos. Así lo enseña cualquier análisis socio-político de la realidad sobre la que opera la actividad judicial.

En refuerzo de lo expresado hay que señalar que las partes acudirán al Juez predeterminado legalmente, sin posibilidad de elegirlo, así como tampoco el Juez puede arrogarse al conocimiento de un asunto, sino sólo aquél que le es atribuido competencialmente. Nada más decide sobre una relación o conflicto que ni es suyo ni ha elegido, ni tampoco le es atribuido por deseo de alguna de las partes.

El punto de partida de la legitimación del Juez no puede ser otro que la propia Constitución. En la medida en que los principios constitucionales son un fiel reflejo de la soberanía popular, la Justicia ejercida por Jueces y Tribunales está inspirada en los principios y valores proclamados por el pueblo. La autoridad del Juez en una sociedad democrática, no puede descansar sobre ningún carisma que garantice la bondad y acierto de sus resoluciones o en el respaldo popular que hubiera alcanzado su nombramiento. Está sólo en los principios constitucionales refrendados por la sociedad entera. La sumisión a la Ley y su independencia es, en definitiva lo que la sociedad reclama del oficio judicial.

Una investidura correctamente entendida ampliará la fortaleza del Juez para dar a cada uno lo suyo, sin temor ni otro interés que no sea la sumisión a la Ley. Esta concepción evitará una Magistratura desmayada o indiferente, verdadera calamidad para el pueblo que tiene que soportarla.

LA TUTELA CAUTELAR EN LA
NORMATIVA VIGENTE Y EL
BORRADOR-ANTEPROYECTO DE REFORMA DE
LA L.E.C., PUBLICADO POR EL MINISTERIO DE
JUSTICIA EN ABRIL DE 1997

BERNARDO-JOSÉ BOTELLO GÓMEZ

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
de día 12 de enero de 1998

Por la rotación impuesta entre los Académicos Numerarios que pertenecemos a esta Corporación, me corresponde hoy hacer unas reflexiones en voz alta sobre un tema jurídico que he creído de interés.

Todos los Iltres. compañeros que me han precedido en actuaciones semejantes, se han ocupado con su habitual maestría, de cuestiones relacionadas con sus distintas especialidades.

Al considerarme uno más de los llamados Abogados Generalistas -según la magistral definición que, en su discurso de ingreso en esta Casa, expuso nuestro entrañable D. Juan MOYA GARCÍA-, he pensado que mi disertación pudiera discurrir comentando algo sobre una Institución procesal que ciertamente ocupa mi tiempo con especial frecuencia y que quizás por ello y por su trascendencia me apasiona y, además inquieta, al creer que todavía no está debidamente regulada en nuestro Derecho positivo. Se trata de la TUTELA CAUTELAR.

Por este motivo vaya distraer unos momentos vuestra atención, con un tema que titulo así:

La TUTELA CAUTELAR en la normativa vigente y el Borrador de proyecto de Reforma de la L.E.C., publicado por el Ministerio de Justicia en abril de 1997.

1. GÉNERIS LEGISLATIVA DEL VIGENTE ART. 1.428 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La tutela cautelar, como derivación de la judicial efectiva, es una construcción jurisprudencial moderna, al ser posterior a nuestra Constitución promulgada el 27 de diciembre de 1978. Sin embargo, es altamente gratificante comprobar que nuestros expertos legisladores del siglo pasado tuvieron el acierto de intuirlo al establecer, por primera vez en nuestro ordenamiento procesal, el artículo 1.428 que, con su redacción originaria, ha estado vigente más de cien años hasta su reforma, ciertamente poco afortunada, por Ley 34/1984 de 6 de agosto.

Aquel art. 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Ci vil de 1881, significó el atisbo de una forma de tutela cautelar indeterminada, de la que hasta aquel momento no existía precedente alguno.

Su aspecto más negativo fue que limitaba su ámbito de actuación a los tres primeros supuestos del siguiente artículo 1.429, es decir a los títulos que llevaban aparejada ejecución: la escritura pública; el documento privado reconocido bajo juramente y la confesión prestada ante Juez competente.

También la circunscribía a las obligaciones de hacer, de no hacer o de entregar cosas específicas, excluyendo las reclamaciones dinerarias para las que dedicó las normas del artículo 1.400 y siguientes concordantes, hoy todavía vigentes.

Sin embargo nuestro ya hoy consolidado principio de la *apariencia del buen derecho*, fue precursoramente acogido por aquellos eminentes juristas cuando al referirse a esos tres supuestos, le agregaron la siguiente matización: *en los que aparezcan con claridad una obligación de ...* Es decir, *la apariencia* que intuyeron obligaba al Juez a adoptar alguna medida cautelar.

Es curioso que hasta el año 1984, o sea hasta cien años después, aquel singular precepto no sufriera modificación alguna.

Fue la Ley 34/1984 de 6 de agosto la que alteró la sistemática de aquellas llamadas «medidas cautelares», para acercarlas tímidamente a la modernidad procesal que ya entonces mantenía nuestra doctrina patria -CARRERAS, ORTELS, RAMOS, PRIETO CASTRO, SERRA DOMÍNGUEZ, Y RAMOS MÉNDEZ, entre otros-, ciertamente desatendida, un tanto, por nuestro legislador.

En base de esa reforma de 1984, las principales modificaciones que se introdujeron en aquel originario artículo 1.428, fueron las siguientes:

- * La supresión, para decretar la medida, del requisito del título ejecutivo que, prácticamente, había motivado el desuso de esta Institución y que fue sustituida por la

exigencia de *un principio de prueba por escrito*, tampoco plenamente satisfactoria.

- * La de su párrafo 2.º que frente a la necesidad anterior de un *previo y bastante afianzamiento*, si el solicitante no *tuviera solvencia notoria y suficiente* impuso la prestación de fianza *a excepción de la persona*, lo que en ciertos supuestos puede resultar anticonstitucional, como comentaremos después.
- * La tercera modificación puntualizó algo necesario: fijó el plazo preclusivo para entablar la demanda, cuando la medida era solicitada antes de su presentación.
- * Los siguientes párrafos 5.º y 6.º llenaron el vacío procesal antes existente y desarrollaron el que hoy pudiéramos denominar *juicio cautelar*, con sus posibilidades de oposición, regulación de la comparecencia, recursos, y resolución de los incidentes que puedan surgir en torno a la medida acordada.

Si tuviéramos que hacer una calificación jurídica de ese todavía vigente artículo 1.428, resaltaríamos su carácter instrumental, ya que está concebido en función de la existencia de un proceso principal. Y ello, porque aunque la medida puede adoptarse antes de la interposición de la demanda, su mantenimiento está supeditado a la exigencia de su posterior presentación. Abunda en esa calificación, el que la extinción de la medida está implícita en la finalización del procedimiento y, especialmente, su significativa frase de que *se decretarán ... las que fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere*, lo que evidencia la relación íntima entre la medida y su función de aseguramiento de la Resolución que se dicte.

El Legislador de 1984, siguiendo en esto la construcción de nuestros procesalistas, concibió la medida cautelar para evitar los peligros que se derivan de la dilatada tramitación del proceso.

Esta misma inquietud, y por igual razón, la mantuvo en Leyes posteriores, como la de 11/1986 de 20 de marzo de Patentes

-arts. 133 y 134-; 22/1987 de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual -art. 126-, 32/1988 de 10 de noviembre sobre Marcas, y en la 31/91 de 10 de enero de Competencia Desleal. En todas ellas con matizaciones que unas veces la perfecciona -como en la 31/91 de 10 de enero que en su artículo 25.2 de carácter de tramitación preferente a la petición de estas medidas- y otras la desnaturaliza, al establecer en el arto 139.3 de la de Patentes que las decretadas quedarán sin efecto cuando la sentencia de primera instancia no fuera favorable-, prevención ésta que, por arriesgada, no está prevista en el arto 1.428.

Aunque posteriormente la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en trascendente Resolución que a continuación comentaré, estableció un cambio auténticamente radical en este concepto de la *tutela cautelar*, sorprende que cuando se promulgó la Ley de 20-4-1992 con el sugestivo título de *Medidas urgentes de Reforma procesal*, no adaptara a este artículo 1.428 aquella nueva filosofía jurisprudencial. Nuestro legislador se olvidó entonces de la misma y mantuvo este impreciso e inconcreto artículo, al igual que hizo con la vetusta normativa del embargo preventivo y su obsoleta exigencia de tener que acreditar *existe motivo racional para creer que -el deudor- ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores*.

II. EL NUEVO CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE LA TUTELA CAUTELAR DESDE 1990

En esta disertación, resulta obligado recordar las orientaciones magistrales de esa reciente doctrina jurisprudencial para contrastadas, no sólo con el todavía vigente artículo 1.428, sino con el Borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil recientemente enviado por el Gobierno de la Nación a Informe del Consejo General del Poder Judicial.

La Sala 3.^a del Tribunal Supremo en Sentencias de 27 de febrero de 1990 (Ar. 1.523) y 21 de marzo de 1990 (Ar. 2.243) inició ya la nueva doctrina sobre la Tutela cautelar. Pero ha sido, fundamentalmente, en su conocido y prestigiado Auto de 20 de

diciembre de 1990 (Ar. 10.412) de la misma Sala 3.a de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.a, en Ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, en el que sus tres Fundamentos de Derecho hace un estudio moderno y actualizado de la misma, hasta entonces totalmente desconocido en nuestro derecho positivo.

Aunque se trata de una Resolución dictada en esa Jurisdicción especial, su doctrina es plenamente aplicable a la normativa civil: así cuida de resaltarlo al decir: ... *porque el ordenamiento jurídico es, o al menos debe ser, un conjunto coherente, esto es, inteligible ...*

Como pecaría de grave omisión si incidiera en la fácil tentación de no recordar algunos de sus Fundamentos, permitidme transcriba de estos al menos los siguientes párrafos:

*Este Tribunal Supremo debe añadir que los estrechos límites del arto 122 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, tiene hoy que entenderse ampliado por el expreso reconocimiento del **derecho a una tutela judicial efectiva** en la propia Constitución (art. 24), derecho que implica, entre otras cosas, **el derecho a una tutela cautelar**. Es necesario recordar también que esta fuerza expansiva del citado arto 24 de la Constitución y su eficacia rompedora a toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos como el de la presunción de validez de los actos de la Administración, viene impuesta hoy por ese **principio general del Derecho Comunitario** a que aluden las conclusiones del Abogado General en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de julio de 1990, **principio que implícitamente hace suyo este Tribunal** y que se resume en que la necesidad de proceso para tener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón ...*

Más adelante agrega:

... y esto subraya la necesidad de examinar cada caso y fallar en razón a la concreta individualidad de cada uno, lo que se advierte prima facie, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal, es **una apariencia, insistimos-, de buen derecho. Esa apariencia, aún siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada •**

... *Nuestro derecho nacional-al margen incluso de su inesquívale inserción en el sistema comunitario-, alberga ya en su seno ese derecho a la tutela cautelar que está inserto en aquél. Lo que visto por su envés, **significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales, de acordar la***

medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal.

Son también palabras de este Auto:

El conjunto normativo descrito manifiesta la existencia en nuestro derecho nacional de un principio general según el cual <<la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón, no debe volverse en contra de quien tiene razón>> formulado precisamente en estos términos en la Sentencia de la Sala 3ª de este Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1990 -artº 1.523- Apelación 626/88- y que aparece ya también en otra Sentencia de la misma Sala de 26.3.1990 -artº 2.243- (Apelación 2.580/86) ...

*Como se ve estas declaraciones del Tribunal supremo de España pueden servir de apoyo también a la tesis del Abogado General que implícitamente acepta el Tribunal de la Comunidad Europea en esta Sentencia Factoritame más arriba citada, y que es posterior en unos meses a estas dos nuestras. **Porque confirman que existe una común sensibilidad jurídica en los países de esa Organización supraestatal a la que pertenecemos**, lo que permite afirmar la coherencia de ese ordenamiento jurídico in fieri que es el comunitario europeo. Y todavía más recientemente otra Sentencia de la misma Sala 3ª de este Tribunal Supremo de España ha insistido en el mencionado principio: la de 4.12.1990 (Apelación 25/88).*

En su Tercero y último fundamento concluye así:

Sólo resta por decir ya ... que mientras no haya Sentencia firme no puede decirse que ha otorgado tutela judicial efectiva y, por tanto, subsiste el derecho a una tutela cautelar que, rebus sic stantibus, debe otorgarse o, en su caso, mantenerse.

Hasta aquí esta trascendental doctrina que ha sido después reiterada por el mismo Tribunal Supremo en sus Autos de 23 de abril de 1991-de la Sala 3ª, Sección 5ª_, y de 16 de julio de 1991-Sala 3ª, Sección 4ª- y luego por el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 29.4.1993 según la cual

la efectividad que se predica en la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos e intereses legítimos, reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro ...

Todo ello demuestra que cuando el 30 de abril de 1992 se promulgó la Ley de Medidas Urgente de Reforma procesal, nuestro legislador no recordó aquella jurisprudencia para aplicarla al ya entonces anticuado artículo 1.428 ni a la normativa cautelar en general. Esto ha traído como consecuencia las divergentes Resoluciones que a diario vienen dictando los Jueces de Instancia al aplicar este desafortunado precepto ..

Para reafirmamos en esta creencia, nos preguntamos: pero ¿es cierto que al concepto de la tutela cautelar dio ese profundo cambio el Auto de 20 de diciembre de 1990? ¿No habrá alguna exageración dialéctica al así decirlo?

De entre la numerosa bibliografía que se ha ocupado de este apasionante problema, permitidme destaque por su autoridad reconocida, la Monografía del Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, titulada *La Batalla por las medidas cautelares*. (Editorial Cívitas).

Más que ofrecer sobre esta cuestión mis opiniones personales -que por esa razón, serían de escaso valor-, voy a incidir otra vez en mi incorregible defecto de transcribir lo que creo trascendente, recordando de sus palabras las que dan contestación afirmativa a esa interrogante. De su magistral Monografía entresaco los siguientes párrafos de su última edición de 1995.

El Tribunal Constitucional Español, poniéndose resueltamente en línea con los demás Tribunales Constitucionales Europeos, y con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, ha incluido así el derecho a una tutela cautelar inmediata, entre los contenidos inesquivables de una tutela judicial efectiva En particular, ha legalizado esas medidas positivas en un llamativo caso en el que la Sala de la Audiencia Territorial de Sevilla las había otorgado y el Tribunal Supremo revocado como supuestamente contraria a los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa. Caso paradigmático como se verá. (Pág. 15).

Con ello puede decirse con rotundidad que el Tribunal Constitucional ha concluido con las última resistencias que por parte de algunos Jueces se oponían aún a la nueva posición abierta por la Sala Tercera del Tribunal Supremo desde 1990. (Pág. 16).

El Auto -se refiere al de 20.12.1990-, hace una especificación interesante de la doctrina de la «apariencia de buen derecho» como base del otorgamiento de las medidas cautelares: que es «una manifestación más, ahora en el campo de las medidas cautelares, de la protección de la apariencia jurídica de la que tantos supuestos pueden invocarse, no sólo en el campo del Derecho privado, sino también en el público ... ». (Pág. 207).

En toda Europa se está generalizando la técnica de habilitar una «justicia provisional» inmediata y rápida, dejando la «justicia definitiva» remitida, ya sin grave daño, y sólo en los casos en que pueda existir un litigio serio y no abusivo, a los largos y dilatados procesos. (Zagrebelki) (pág. 342).

Hasta aquí algunos de los comentarios que a ese Auto de la Sala 3.3 Sección 5.3 de 20.12.1990 y a todo lo relacionado con la tutela cautelar, hace el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA.

III. DE LA NORMATIVA PROCESAL VIGENTE DESPUÉS DE ESTA VINCULANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

A pesar de que la doctrina del Auto del 20.12.1990 ha sido reiterada por esos otros del Tribunal Supremo y Sentencias del Tribunal Constitucional, ya citados, nuestras Leyes procesales se han mantenido insensibles a esta corriente jurisprudencial. La de Enjuiciamiento Civil sigue distinguiendo entre los embargos preventivos y el *aseguramiento de bienes litigiosos*, en cuyo complejo grupo incluye a las demandas en las que se reclamen la propiedad de minas, montes, plantaciones y fábricas, -artº 1.419 al 1.427-, citado como último a nuestro 1.428 dedicado a las obligaciones de hacer, de no hacer o de entregar cosas específicas o indeterminadas.

Esto demuestra que aquella magistral y consolidada doctrina no ha influido para nada hasta ahora en nuestro Legislador.

Si tuviésemos que establecer el contraste entre la normativa vigente y esa jurisprudencia, destacaríamos las siguientes anomalías:

- * Que el actual art. 1.428 no incluye en su ámbito de aplicación a las obligaciones derivadas de las deudas en efectivo o en especie, lo que motiva continúe separadamente la institución del embargo preventivo, aunque en definitiva sea una medida cautelar más.
- * La extrañeza que produce la limitación legal de tener que presentar un principio de prueba *por escrito*, exigencia que hace de mejor condición al acreedor con documento, que al que carezca de él, olvidando el principio general de nuestro ordenamiento según el cual de *cualquier forma que el hombre se obliga queda obligado*.
- * El que la fianza pueda ser de cualquiera de las clases admitidas en derecho *excepto la personal*, exigencia que nos parece anticonstitucional, ya que puede privar de la tutela cautelar al litigante con insuficiencia de recursos a pesar de estar amparado por el artículo 119 de la Constitución Española y por la Ley 1/1996 de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita.
- * Pero de todos esos contrastes quizás el más llamativo sea que este art. 1.428 no precisa con la claridad debida *que el único requisito actual para decretar la cautela tutelar* es que el Juez compruebe que el actor, o el demandado reconviniendo, tienen, disfrutan, ofrecen, acreditan o presentan la *apariencia de buen derecho* que esa jurisprudencia, repito, exige para concederla, ya que el *periculum in mora* desgraciadamente no hay que probarlo, dado que lo sufrimos todos a diario en nuestra práctica forense.

Que esto es así lo proclama ese Auto de 20 de diciembre de 1990 de la Sala 3.^a, Sección 5.^a del Tribunal Supremo, al decir:

El derecho a una tutela cautelar, cuando se aprecia la existencia de una apariencia de buen derecho, se hace entonces manifiesta, y lo que era en principio latente, se hace patente a todos.

¿Aplican en la práctica diaria nuestros Tribunales esa doctrina jurisprudencial? Formulemos la pregunta de esta otra forma: la apariencia de buen derecho ¿es acogida actualmente por los Tribunales como *único requisito* exigible para decretar la tutela, dado que el *periculum in mora* es, de momento, prácticamente imposible de evitar?

La contestación ha de ser rotundamente negativa, y ello por dos razones:

La *primera*, porque nos parece que en la jurisdicción civil, no está todavía suficientemente vulgarizada esa doctrina jurisprudencial que, por ser de la Sala Tercera, es más conocida en el ámbito contencioso administrativo, a pesar de que es igualmente aplicable a las demás.

La *segunda*, porque la redacción que sigue vigente del art. 1.428 es tan divergente con aquella y poco afortunada, que en la práctica motiva contradictorias resoluciones: conocemos piezas separadas en las que antes de la comparecencia se exige al actor la constitución de la fianza, a pesar de lo cual luego se le rechaza la medida; otras en la que por estimar que algún documento presentado preconizaba supuestas incompetencias de jurisdicción, *-después no alegadas por el demandado-*, desestimaron igualmente la tutela; y varias en las que, olvidándose por completo de que la apariencia de buen derecho es el único requisito para su adopción, el Juzgador entró a examinar el fondo del asunto como si estuviera dictando la sentencia definitiva.

Afortunadamente en fecha reciente, el 24 de septiembre de 1997, la Sección Quinta de esta Iltre. Audiencia Provincial de Sevilla, en el Rollo 911/97 ha dictado un Auto del que ha sido Ponente el Iltmo. Sr. D. Julio GARCÍA CASAS en el que, recordando esa doctrina Comunitaria y la de nuestro Tribunal Supremo, proclama el concepto correcto y actual de la tutela cautelar. Desde entonces nos consta que los Juzgados de esta demarcación Judicial, a la vista de la apariencia de buen derecho, vienen decretando con el debido rigor las Medidas adecuadas.

IV. LA TUTELA CAUTELAR EN EL BORRADOR-ANTEPROYECTO DE LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Como el legislador de 1992 desaprovechó la oportunidad que le brindó la Ley de Medidas Urgentes para instaurar el verdadero concepto de la tutela cautelar, ya entonces preconizado por el Tribunal Supremo, nos ha parecido de interés examinar el Borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil que el Ministerio de Justicia ha redactado en abril de 1997 y que el Consejo de Ministros en su reunión del pasado 26 de diciembre ha acordado remitir a Informe del Consejo General del Poder Judicial.

La lectura de sus 825 artículos, nos inspira las siguientes consideraciones:

- * De admiración y respeto a sus redactores por el esfuerzo técnico que representan, intentando superar las muchas lagunas y problemas de nuestra vigente Ley procesal civil.
- * El que la mayoría de sus preceptos, merecen que en éste, o en cualquier otro Foro jurídico especializado, se les dedicasen las jornadas precisas para profundizar en su estudio.
- * Concretar desde ya, que en esta disertación sólo vamos a referimos, y de forma muy resumida, a «Las medidas Cautelares» de las que se ocupa en su Título VI del Libro Tercero, es decir en sus artículos 719 al 750, que son los que tratan de la que nosotros preferimos denominar «TUTELA CAUTELAR», aunque al final y como obligada apostilla, haré unos brevísimos comentarios sobre los dos procedimientos declarativos que este Borrador también preconiza y que están resaltando mucho los medios de comunicación, con la esperanza de que esta Real Academia decida después ocuparse de esta otra cuestión de tan evidente interés práctico.

La pregunta que nos formulamos aquí es la siguiente: ¿acoge el Anteproyecto que comentamos, en sus artículos 719 al 750, con el rigor necesario, la reciente filosofía jurisprudencial de la tutela cautelar?

Abrigamos fundadas dudas sobre ello, especialmente al examinar su artículo 725, que aunque lleva el sugestivo título de *Presupuestos Generales de las Medidas Cautelares. Caución. Humo de buen derecho*, no refleja ciertamente que su *apariencia* sea la única exigencia que debe contrastar el Juez para decretar o no la tutela, dado que el *periculum in mora* es un mal de momento inevitable.

Y lo decimos así al leer con extrañeza que su párrafo primero lo que impone al solicitante es el deber de acreditar que, sin la adopción de la medida, la Sentencia condenatoria que en su día se dicte *sería de imposible o muy difícil ejecución*. Exigencia que nos recuerda algo a la famosa frase de García Goyena del *ocultará o malbaratará sus bienes ...* que tan perturbadora ha sido para decretar la tutela.

Aunque el proyecto supera el requisito anticonstitucional del vigente 1.428 que prohíbe la fianza *personal* y que este Borrador acertadamente sustituye por la que llama *caución*, -cuya clase determinará el Tribunal en función a los hechos y circunstancias del solicitante-, nos parecen complicados los trámites que prevé para viabilizar el ofrecimiento por el demandado de la contra cautela y, especialmente contrarias a la filosofía jurisprudencial, las causas que según el art. 741 pueden esgrimirse para formular oposición a la medida.

En síntesis: en treinta y un artículo el Borrador desarrolla la normativa de lo que hasta ahora se ha materializado con el actual 1.428.

En mi inquietud profesional por el tema, de las diversas y, de seguro, mucho más autorizadas redacciones en la que puede plasmarse esta Institución, pidiendo venia, me permito presentar y someter a esta Real Academia para su estudio la siguiente:

«DE LA TUTELA CAUTELAR»

1. Cuando se presente en juicio un principio de prueba del que aparezca con claridad la existencia de una deuda en metálico o en especie; una obligación de hacer, de no hacer o de entregar cosas determinadas o específicas, el Juez a instancia del actor o del demandado reconviniendo, bajo la responsabilidad de estos, adoptará las medidas cautelares que según las circunstancias, estime necesarias y más idóneas, para asegurar la efectividad de la Sentencia firme que en el juicio recayere.

Estas medidas podrán solicitarse antes de iniciar el proceso, en la demanda o en cualquier momento de aquél, e incluso después de dictada y recurrida la Sentencia definitiva.

Si se solicitara antes de su inicio, la demanda deberá interponerse dentro de los diez días siguientes al de su concesión.

De no cumplirse este último requisito, la medida quedará automáticamente sin efecto, sin que el solicitante pueda instarla de nuevo, siendo de su cuenta todos los daños y perjuicios que pudiera haber causado.

2. Hecha la petición, y formada seguidamente Pieza separada con los particulares precisos, por el medio más rápido, las partes serán citadas a una comparecencia, en la que el Juez oír a las que concurran, admitirá las pruebas pertinentes que propongan, practicándose en los sucesivos ocho días. El demandado en ese acto podrá anunciar su oposición a las medidas solicitadas, o pedir que no se constituyan, ofreciendo prestar la contra-caución que se le fije. Dentro de los tres días siguientes, el Juez, resolverá lo que proceda por medio de Auto.

En ese Auto concretará las medidas que se adopten y fijará la caución o contracautión que habrá de prestar el actor o el demandado-reconviniendo dentro del improrrogable plazo de cinco días, a partir de su notificación. Lo resuelto quedará también sin efecto si no la constituyeren en dicho plazo.

3. Aunque la norma general será proveer a las medidas, previa audiencia del demandado, cuando el actor expresamente lo pida y concurran razones justificadas de urgencia, el Juez podrá acordarlas, sin más trámites, mediante Auto que seguidamente notificará al interesado, y contra el que éste, si le conviniere, podrá a su vez formular oposición.

4. Cuando el solicitante presente un título que tenga aparejada ejecución, se decretará «inaudita parte» la medida cautelar que pida, o la que el Juez considere más idónea, sin exigirle caución de clase alguna.

5. Contra el Auto que deniegue o no conceda la solicitada, el interesado podrá interponer recurso de Apelación.

La parte que se considere perjudicada por la medida, podrá formalizar oposición contra el Auto que la decreta por los trámites del juicio verbal, dentro de los ocho días siguientes al de su notificación, esgrimiendo como causas de oposición, cuantos hechos, a su juicio, nieguen la apariencia del buen derecho o el periculum in mora alegados por el solicitante.

Por iguales normas se sustanciará cualquier otra incidencia que pudiera surgir, una vez constituida la medida.

6. Será Juez competente para adoptarlas, el que lo sea para conocer de la demanda principal.

Si se solicitan durante la substanciación de la segunda instancia o de un recurso de amparo o de casación, lo será el mismo que hubiera conocido de la demanda principal.

7. Cuando las medidas se pidan estando pendiente la formalización judicial de un arbitraje o un proceso arbitral, será Juez competente el del lugar en el que el Laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el de donde las medidas deban producir su eficacia.

Lo mismo se observará cuando el proceso se siga ante un Tribunal extranjero, salvo lo que, al respecto, prevean los Tratados.

8. En los procesos sobre el estado civil el Juez, de oficio, a instancia de parte o, en su caso, del Ministerio Fiscal, podrá acordar las medidas personales que establezcan las Leyes y aquellas otras que sean necesarias en función de las circunstancias y de las peticiones de las partes.

* * *

Hasta aquí la redacción que me permito someteros de las muy diversas que pueden darse al actual artículo 1.428, acogiendo los principios jurisprudenciales vinculantes y el deseo generalizado de que la tutela cautelar pueda servir de auténtico remedio para la agilización de los trámites procesales.

Si esta Real Academia decidiera modificarla aplicando su propio criterio, de seguro el precepto quedaría redactado con la perfección que necesita.

* * *

V. LA ADOPCIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR ADEMÁS DE SER IMPI RATIVA y JUSTA ¿TENDRÁ ALGUNA INFLUENCIA PRÁCTICA EN L AGILIZACIÓN DE LOS TRÁMITES JUDICIALES?

Así lo creemos y por eso somos fervientes entusiastas de esta institución.

El mismo Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, en su antes citada Monografía, dice también:

En un enorme número de casos (yo me permito creer que en la mayoría el proceso se ha convertido en un instrumento de la injusticia, no de la justicia aunque la expresión pueda sonar extrañamente. Es una perversión del sistema procesal sin duda alguna (Obr. Citd. pág. 337).

Para contestar también esa misma interrogante, nos bastará recordar que el Consejo General del Poder Judicial en su reciente *Libro Blanco de la Justicia*, página 155, dice:

g) ¿Cuál es el sentido de las sentencias dictadas en el Juzgado del orden civil? El signo del fallo, de acuerdo con el estudio mencionado, demuestra, con se comprobará, que los pleitos se interponen teniendo razón los actores en la gran mayoría de los casos. El 73% de las Sentencias son totalmente estimatoria el 10% son parcialmente estimatorias; el 6% contienen pronunciamientos, orden procesal, y sólo el 11% son totalmente desestimatorias. En una elemental aproximación a los datos anteriores, aparece meridianamente claro que en más de ocho, de cada diez pleitos, se da la razón al demandante

Esta autorizada encuesta demuestra que para conseguir todos esos fallos favorables, a los actores asistía una indudable apariencia de buen derecho, por lo que de haber solicitado la tutela cautelar, necesariamente debió serles concedida.

Consecuencia presumible de todo ello es también que su adopción de seguro desanimaría a los demandados que, sin razón suficiente a veces mantienen oposiciones sólo con fines dilatorios. En esos casos la medida cautelar sería un remedio eficacísimo para evitar *que el proceso se convierta en un instrumento de la injusticia*, como dice citado Profesor.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Al estar ultimando esta disertación, creo obligado reiterar:

- * Que es tan interesante el anteproyecto de esta Reforma Procesal, que cualquiera de sus Capítulos merecen que en varias Jornadas de este o de otro Foro similar, su contenido se estudie en profundidad.
- * Que, como también antes anuncié, me parece inexcusable hacer una brevísima reflexión sobre los nuevos trámites procedimentales que ese anteproyecto preconiza y a los que se ha dado incluso eco especial en los medios de comunicación.

Me refiero a que en su Libro II, título I, Capítulo I, Sección Primera, y bajo el título *De los procesos declarativos ordinarios*, establece las dos siguientes clases: el que llama *Juicio ordinario* y los que titula Juicios verbales, todos con distintos ámbitos competenciales.

Pero al regular en su artículo 443 ese Juicio Verbal, a su vez establece dos formas: en su apartado 1) la que pudiera llamarse *juicio verbal normal*, y en su apartado 2) el que denomina *juicio verbal mediante demanda sucinta*, al que dedica una regulación completamente distinta al anterior.

Como nos tememos que esta dualidad pueda provocar, de hecho, complicaciones en la práctica, nos permitimos sugerir que ese actual artículo 245 del anteproyecto, que lleva el título de *Clases de procesos declarativos ordinarios*, estableciera los tres siguientes:

1.º *El juicio declarativo ordinario*: mantendría la regulación del vigente menor cuantía con la modificación de que el término de proposición y práctica de prueba fuese de treinta días comunes. Si se propusiera alguna dentro de los últimos cuatro días, la otra parte podría presentar en siguiente plazo similar, los medios que le convenga sobre los mismos hechos o circunstancias.

Por respeto al principio de contradicción, el escrito final llamado hoy *Resumen de pruebas* se redactaría en trámites sucesivos y no simultáneo como ocurre ahora, facultando

al Juez para celebrar después Vista, si la considera necesaria para clarificar algún extremo.

2.º *El juicio de cognición*: con el ámbito competencial amplio que se determine, conservaría su regulación tal como quedó establecida de la última reforma por Ley 34/1984 de 6 de agosto, con las siguientes modificaciones; autorizar la reconvención implícita suprimiendo la actual separada; formular las posiciones de forma directa y verbal al confesante, sin necesidad de pliego; y establecer un trámite final sucesivo, breve y por escrito, a modo de conclusiones.

Este juicio de cognición pudiera servir como proceso-tipo por el que sustanciar buena parte de las actuales controversias, entre ellas y, por ejemplo, las que tengan por causa algún título que lleve aparejada ejecución, siempre que éste por su cuantía, exceda de la que en su día correspondía al juicio verbal.

3.º *El juicio verbal*: pudiera ser la máxima novedad y revolución de esta reforma procesal si sus normas se adaptaran en todo lo necesario, al llamado proceso ordinario laboral regulado por Real Decreto Legislativo de 7 de abril de 1995 que tan óptimos resultados ha dado en esa jurisdicción, facultando incluso al Juez para que en determinados supuestos dictase Sentencia *in voce*.

En favor de este *sui géneris* juicio verbal civil -con las competencias que se decidan-, nos permitimos recordar que casi nunca las críticas que se hacen a las dilaciones indebidas y a los retrasos procedimentales, se refieren a la jurisdicción laboral.

Lo cual quiere decir que ésta ha encontrado un sistema procesal que a pesar de su gran trascendencia social, importancia objetiva y subjetiva de los asuntos que contempla, e incluso del gran número y cuantía de estos, ha conseguido ser inmediata, rápida y aceptable para el justiciable.

Si esto es así, nos preguntamos: ¿por qué no acepta este Anteproyecto de Ley, sus normas procedimentales para el juicio verbal civil?

* * *

Sólo me resta exponer:

- * Mi preocupación adicional por la regulación que se dé a los actos de comunicación, al impulso procesal y, especialmente, a los plazos para dictar las resoluciones que, a veces, motivan los *tiempos muertos entre trámite y trámite* de que nos habla el Tribunal Constitucional, entre otras, en su S.T.C., núm. 185/ 1990 de 15 de noviembre.
- * Y por la normativa que se establezca para los recursos de apelación y casación y la ejecución de las sentencias firmes, hoy con trámites complicados que no resultan agilizados ni en la reciente Ley de 27 de noviembre de 1997 ni en este Anteproyecto.

Pero de todas esas inquietudes, en este momento la que más destaco, es la de la tutela cautelar, al tener la convicción de que si se aplicase siempre con la orientación jurisprudencial ya comentada, sus resultados serían tan satisfactorios que hasta pudiera prescindirse de los que el Proyecto llama «juicios ejecutivos», «juicios cambiarios» y «juicios monitorios», manteniendo sólo los especiales que fueran indispensables en función de sus auténticas exigencias y peculiaridades.

* * *

Como final permitidme estas dos últimas reflexiones:

- * Que a pesar de mi confesado entusiasmo por la tutela cautelar y el proceso que deba instituida, discrepo de la frase del Profesor ESTOUP, Magistrado francés con

gran experiencia en la materia según dice GARCÍA DE ENTERRÍA, para el que *el Honor de la justicia está hoy precisamente en estos juicios cautelares y rápidos* (Obr. cit. pág. 344).

Aunque este remedio procesal desde luego le es muy necesario, el Honor, con mayúscula, de la Justicia, lo tiene ésta plenamente asegurado por su propia existencia.

* Mi total coincidencia con el Ilre. Magistrado, hoy adscrito al Tribunal Constitucional D. Enrique RUIZ VADILLO, que titula así un reciente artículo: *La Administración de Justicia no está enferma. Lo único que necesita son medios adecuados para realizar su importante y difícil tarea.* (Ver La Ley núm. 4.431 de 4-12-1997).

Solidarizado con esta idea, estoy plenamente seguro que si nuestros Tribunales aplicasen así la tutela cautelar, la Justicia, de inmediato, saldría muy favorecida.

Gracias.

Sevilla, 12 enero 1998.

EL ASEDIO INFORMÁTICO A LAS
LIBERTADES

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
de día 2 de febrero de 1998

1. INFORMÁTICA Y LIBERTADES

No es lícito, al menos para juristas, políticos y tecnólogos, aducir sorpresa o desconocimiento de los eventuales peligros implícitos en el uso de las nuevas tecnologías. Desde hace tres décadas, quienes han evaluado el impacto de la informática en las libertades, han alertado sobre esos peligros¹. Para describirlos no hay que recurrir a una retórica apocalíptica, basta la expresión estricta de un atestado.

Desde los años setenta es notorio que bancos de datos del sector público norteamericano, pertenecientes al Pentágono, la ERA o el FBI, procesan informes sobre actitudes individuales y comportamiento político que afectan a millones de ciudadanos. Datos que recabados en función de la defensa nacional o de la seguridad pública han servido, en determinadas ocasiones, para prácticas de control político y discriminación ideológica. La comunidad académica de USA sufrió una conmoción al saber que, durante la etapa de contestación estudiantil, diversas Universidades que contaban con bibliotecas informatizadas proporcionaron a la policía relaciones exhaustivas de las lecturas de aquellos profesores y/o alumnos sospechosos de ser contestatarios o disidentes. Desde hace años las agencias de información comercial y de crédito norteamericano almacenan datos personales que conciernen a cientos de millones de individuos, que tras su adecuada programación, pueden transmitirse a sus clientes en más de 10.000 aspectos diferentes (por edad, profesión, sexo, ingresos, automóvil o vivienda poseídos,

¹ Vid. A.E. PÉREZ LUÑO, *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las N. T. de la información*, Fundesco, Madrid, 1987; id., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colaboración con M. LOSA NO y M.E GUERRERO MATEUS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; id. «La LORTAD y los derechos fundamentales», en *Derechos y Libertades*, 1993, núm. 1, págs. 405-424.

pertenencia a sindicatos, partidos, o sociedades mercantiles, culturales o recreativas ...)².

En Francia el detonante fue un proyecto del Instituto Nacional de Estadística, por el que se pretendía atribuir a cada ciudadano un «número de identificación único» para todas sus relaciones con la administración. La fatal coincidencia, para los propugnadores del sistema, de que sus siglas respondieran a la palabra SAFARI, contribuyó a sensibilizar a partidos políticos, medios de comunicación y ciudadanos ante la amenaza de verse convertidos en las piezas a cobrar en el «safari informático». El proyecto fue finalmente suspendido y supuso una eficaz llamada de atención sobre la peligrosidad de las técnicas de *over-all computer*, o sea, del cruce de ficheros que permiten un control exhaustivo de la población, así como el trazado de un completo perfil de las personas³.

Estas circunstancias pesaron en 1983 en una célebre Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que a instancia de los Verdes, declaró parcialmente inconstitucional la Ley del Censo de Población que obligaba a los ciudadanos germanos a suministrar datos personales para fines estadísticos. En dicha decisión jurisprudencial se reconocía el derecho a la «autodeterminación informativa», hasta entonces invocado por la doctrina jurídica, y concretado en la facultad de todo ciudadano de las sociedades democráticas de determinar: quién, qué, cuándo y con qué motivo puede conocer datos que le conciernen. La doctrina germana ha calificado a la Sentencia sobre la Ley del Censo de Población de «Sermón de la Montaña» en materia de protección de datos personales⁴.

² Cfr. R. T. NIMMER, *The Law of Computer Technology*, Warren, Gorhan & Lamont, New York, 1985, págs. 81 ss.

³ Cfr. el vol. col. *Emergence du droit de l'informatique*, Editions des Parrques, Paris, 1983.

⁴ Vid., E. DENNINGER, «El derecho a la autodeterminación informativa», trad. cast. de A.E. PÉREZ LUÑO, en el vol. col. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*. (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986),

En esa línea de lenguaje metafórico evangélico, entiendo que pudiera apelarse de Sentencia del «Buen Samaritano», la decisión de nuestro Tribunal Constitucional 254/1993 de 20 de julio. En ella el TC reconoce y ampara el derecho de los ciudadanos a conocer los datos personales que les conciernen y se hallan registrados en archivos informatizados administrativos. Esta decisión tuvo como antecedentes las Sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de febrero de 1989 y del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 30 de abril de 1990, que habían desestimado el acceso de un ciudadano a sus datos personales incluidos en archivos automatizados de la Administración del Estado, alegando la falta de desarrollo legislativo del Convenio europeo de protección de datos personales. Frente a esas sucesivas denegaciones del acceso a los datos personales, basadas en una motivación que metafóricamente pudiera calificarse de «farisáica» y «levítica» el TC actuó en este supuesto como un «Buen Samaritano». La del TC se mueve en un doble plano argumentativo: 1) De un lado, acoge la dimensión positiva del derecho a la intimidad como facultad de control sobre los datos relativos a la propia persona. Acepta también expresamente, por vez primera, las nociones de «libertad informática» y *habeas data*, como integrantes de la garantía de la intimidad frente a la informática consagrada en el art. 18.4 CE (FJ 7). Estos conceptos y categorías han sido ampliamente utilizados por la doctrina y jurisprudencia extranjeras en materia de protección de datos personales y estimo que me incumbe una cierta responsabilidad en su difusión en nuestra experiencia jurídica; 2) El otro aspecto nuclear de ese fallo reside en la reafirmación por parte del TC de su doctrina tendente a reconocer la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, en este caso de la libertad informática que dimana del art. 18.4 CE, sin que sea necesaria una *interpositio legislatoris*, es decir, un desarrollo legislativo, para su

plena eficacia (FJ 6). El TC estima que el cumplimiento o no por los poderes públicos de los tratados internacionales, en particular del Convenio europeo de 1981, es independiente para asegurar la protección de los derechos fundamentales establecida en el art. 53.3 de la CE (FJ 5). De lo que implícitamente se infiere que el TC no cuestiona la plena incorporación del Convenio europeo al ordenamiento jurídico español, en virtud del art. 96.1 de la CE, y su plena eficacia; a lo que, por otra parte, también sería de aplicación su propia jurisprudencia impugnatoria de la *interpositio legislatoris* en materia de derechos fundamentales. Tesis que se corrobora por la expresa llamada del TC, apoyándose en el art. 10.2 CE, al Convenio como cauce para configurar el sentido y alcance de la libertad informática consagrada en el art. 18.4 de la CE. En diversas publicaciones de estos últimos años he venido insistiendo en la eficacia inmediata del art. 18.4 CE, así como en la del Convenio europeo, por lo que debo congratularme de que este planteamiento haya hallado acogida en esta decisión del TC⁵.

No huelga advertir que en nuestro propio país existían también antecedentes inquietantes de abusos informáticos en las libertades. Desde hace tiempo las instituciones y personas más receptivas a los riesgos de contaminación informática de las libertades han mostrado su preocupación por la persistencia en archivos policiales, ahora informatizados, de datos relativos a actividades políticas, o conductas «desviadas» realizadas en el régimen anterior; el «caso Curiel» constituye un elocuente testimonio. También se han presentado quejas ante el Defensor del Pueblo por la transmisión incontrolada de historias clínicas,

⁵ Vid. A.E. PÉREZ LUÑO, Libertad informática y leyes de protección de datos personales, cit., págs. 163 ss.; «La incorporación del Convenio Europeo sobre protección de datos personales al ordenamiento jurídico español», en el núm. 17 monográfico de ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, sobre Informática y Derecho, 1989, págs. 27 ss.; id., «Panorama general de la legislación española sobre protección de datos», en el vol. col. Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información. Encuentro 1991, Fundación Cítema, Madrid, 1992, págs. 25 ss.

así como de datos sobre actitudes y circunstancias personales de funcionarios y trabajadores, elaboración de bases de datos incontroladas sobre la solvencia patrimonial y crédito (los célebres censos de morosos e insolventes) ...

En la situación tecnológica propia de la sociedad contemporánea todos los ciudadanos, desde su nacimiento, se hallan expuestos a violaciones de su intimidad perpetradas por determinados abusos de la informática y la telemática. La injerencia del ordenador en las diversas esferas y en el tejido de relaciones que conforman la vida cotidiana se hace cada vez más extendida, más difusa, más implacable. Por ello resulta cada vez más apremiante el reconocimiento del derecho a la libertad informática

2. EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS DE TUTELA DE LA LIBERTAD INFORMÁTICA: LAS «GENERACIONES DE LEYES DE PROTECCIÓN DE DATOS»

Si una de las notas distintivas de los sistemas jurídicos actuales es la de su acelerada e incesante mutación, este rasgo se hace manifiesto con especial intensidad en un sector como el de las relaciones entre la Informática y el Derecho, en el que, constantemente, cada Feria tecnológica abre nuevas proyecciones informáticas al Derecho, o innova bienes informáticos que requieren nuevos procedimientos de tutela jurídica, o da a conocer dispositivos que condenan al anacronismo los medios de protección jurídica anteriormente existentes. Para comprender mejor lo que suponen los avances informáticos, que están operando una auténtica revolución en los sistemas de documentación jurídica, conviene reparar en lo que han supuesto las propias transformaciones tecnológicas. Es sabido que el progreso de la electrónica registra la sucesión de *cuatro generaciones de ordenadores*. La primera se considera que aparece con el ENIAC (*Electronic Numerical Integrator and Calculator*), que fue el primer computador totalmente electrónico,

diseñado en 1946 por John Mauchly y Prosper Eckert y funcionaba mediante 18.000 tubos o válvulas electrónicas. En esta etapa y cinco años más tarde salió al mercado el primer ordenador comercial: el *UNIVAC 1*, construido por la firma *IBM*. La *segunda* generación de ordenadores, que ya usaban transistores, se desarrolló a partir de 1958. Los ordenadores de la *tercera* generación, que empleaban circuitos integrados, se desarrolla entre los años 1965 a 1976. La *cuarta* generación se caracterizó por la aparición de los microprocesadores y por la técnica de integración de circuitos a gran escala (*VLSI, Very Large Scale Integration*). En la actualidad se alude a una *quinta* generación de ordenadores, para denotar las últimas investigaciones sobre computadoras inteligentes simuladoras del comportamiento humano en la formulación de decisiones, solución de problemas y otras actividades de carácter lógico.

A esa evolución generacional de los avances tecnológicos le ha correspondido una evolución también generacional de las libertades. La mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas «generaciones» de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Ese contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la primera generación con una segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho.

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática. En base a ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una *tercera generación* de derechos humanos complementadora de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada «contaminación de las libertades» (*liberties pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías⁶.

Si la informática y las libertades han evolucionado generacionalmente nada tiene de particular que el punto de encuentro entre ambas categorías, es decir, la libertad informática responda, a su vez, a una decantación generacional. En efecto, la experiencia legislativa de estos últimos años registra una sucesiva decantación desde las leyes de la *primera generación*, basadas en la autorización previa de los bancos de datos en una etapa en la que los equipos informáticos eran escasos, voluminosos y fácilmente localizables; a las leyes de la *segunda generación*, cuyo principal objetivo fue la garantía de los datos «sensibles», por su inmediata incidencia en la privacidad o su riesgo para prácticas discriminatorias; y, en la actualidad, a las de la *tercera generación*, que se han hecho cargo de la revolución microinformática con la consiguiente difusión capilar de los bancos de datos. Ello ha hecho prácticamente inviable el control

⁶ Vid. A.E. PÉREZ LUÑO, «*Le generazioni dei diritti umani*», en el vol. col. a cargo de F. RICCOBONO, *Nuovi diritti dell'eta tecnologica*, (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5 e 6 maggio 1989), Giuffrè, Milano, 1991, págs. 139 ss.; «Las generaciones de derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, núm. 10, págs. 203 ss.

previo de los equipos informáticos, sobre el que operaron las normas de la primera generación; al tiempo que la tutela de las informaciones ya no puede quedar circunscrita al factor estático de su *calidad*, según el criterio predominante en la segunda generación de leyes de protección de datos, sino que debe hacerse extensiva a la dinámica de su uso o *funcionalidad*.

La LORTAD parece querer optar por el modelo de las denominadas «Leyes de protección de datos de la *tercera generación*». La Exposición de Motivos de la LORTAD concibe la protección de los bancos de datos personales desde una perspectiva funcional; no se limita a su tutela en cuanto meros depósitos de informaciones, «sino también, y sobre todo, como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados y que son susceptibles, si llegasen a conectarse entre sí, de configurar el perfil personal». Dicho perfil es considerado, en la propia Exposición de Motivos, como la reputación o fama que es expresión del honor y que «puede ser valorado, favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas, como pueden ser la obtención de un empleo, la concesión de un préstamo o la admisión en determinados colectivos». La LORTAD se propone, por tanto, tutelar la calidad de los datos, pero no en sí mismos, sino en *función* de evitar que su informatización permita o propicie actividades discriminatorias. Asimismo refuerza el modelo de tutela dinámica el protagonismo que, como se ha aludido, reviste la actuación de Agencia de protección de datos, que asume las principales competencias en materia de la organización de los mecanismos de tutela⁷.

⁷ Cfr.: CASCAJO CASTRO, J.L., «Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal», en el vol. col. a cargo de J.M. SAUCA, «Problemas actuales de los derechos fundamentales», Universidad Carlos III de Madrid & *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1994, pág. 363 ss.; Lucas MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática y protección de datos personales. Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación de Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 74 ss.; MARTÍN CASALLO, J.J., «Agencia de Protección de

La Directiva 95/46/CE se inscribe también en el ámbito de la leyes de la tercera generación. En este texto se da una importancia decisiva a los «tratamientos» de los datos personales, ante la importancia de las técnicas de transmisión de dichos datos en el marco de la sociedad de la información (Considerandos, 14 y 26). Por ello la Directiva reconoce expresamente el derecho de las personas «a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas o que las afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, etc.» (art. 15). La Directiva denomina a estas prácticas «decisiones individuales automatizadas», que corresponde a lo que la LORTAD califica de «perfiles de personalidad». Al propio tiempo, la importancia que la Directiva otorga a la Autoridad de control y al Grupo de protección refuerzan su opción en favor de un sistema de tutela dinámica de los datos personales.

3. ORGANIZACIÓN DE LA TUTELA

Una vez situados en su ámbito normativo, dentro de la evolución generacional de los sistemas jurídicos de protección de datos personales, conviene perfilar por aproximación sucesiva las respuestas concretas que la LORTAD y la Directiva 95/46/CE ofrecen a las cuestiones básicas planteadas por la organización de sus respectivos medios de tutela.

3.1. Definiciones

En los últimos años ha adquirido notoriedad en la doctrina jurídica norteamericana, especialmente en el ámbito penal y criminológico, la denominada teoría del *labeling approach*, es decir del enfoque a través de etiquetas o rótulos, denominada

Datos: qué es y qué finalidad persigue», en *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 13, 1994, págs. 1-2.

también como «teoría de las definiciones». Se trata de una radicalización de las tesis del análisis del lenguaje jurídico postuladora de que la juridicidad no es una cualidad esencial u ontológica de determinadas conductas o hechos, sino el resultado de un proceso de atribución de tal cualidad. La juridicidad o antijuridicidad, la licitud o ilicitud, la validez o invalidez de los actos jurídicos son categorías de fronteras móviles y oscilantes, que, de ningún modo, pueden considerarse previas a su definición o tipificación como tales. La juridicidad es una etiqueta creada por determinadas instancias formalizadas de control social o poderes jurídicos. Esta tesis tiene a su favor el insistir en la evidencia, muchas veces indebidamente soslayada, de que las definiciones legales no se limitan a describir hechos y/o conductas; porque las entidades lingüísticas que definen están atribuyendo o «creando» consecuencias jurídicas. No huelga advertir que esta tesis descuida el hecho notorio de que las definiciones o etiquetas jurídicas no son fórmulas casuales o arbitrarias, sino que existen factores, causas y condiciones; hechos naturales o sociales, que son el antecedente necesario de esos procesos definitorios o de atribución.

Las definiciones son, en todo caso, ingredientes básicos de todos los textos jurídicos y esa condición se cumple cabalmente en el sistema de tutela previsto por la LORTAD y la Directiva. El artículo 3 de la LORTAD y el artículo 2 de la Directiva tiene como fuente común de inspiración al artículo 2 del Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Se ha producido, no obstante, una sucesiva ampliación de los conceptos definidos.

El texto del Convenio contenía cuatro definiciones básicas:

- a) «datos de carácter personal»: cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable (<<persona concernida»);

- b) «fichero automatizado»: cualquier conjunto de informaciones que sea objeto de un tratamiento automatizado;
- c) «tratamiento automatizado»: operaciones efectuadas en su totalidad o en parte con ayuda de procedimientos automatizados: registro de datos, aplicación a esos datos de operaciones lógicas aritméticas, su modificación, borrado, extracción o difusión;
- d) «controladora del fichero»: persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sea competente con arreglo a la Ley nacional para decidir cuál será la finalidad del fichero automatizado, cuáles categorías de datos de carácter personal deberán registrarse y cuáles operaciones se les aplicarán (art. 2).

La LORTAD reproduce estas cuatro definiciones, con leves modificaciones terminológicas, y las amplía a seis al añadir los conceptos de:

- e) «afectado»: persona física titular de los datos que son objeto del tratamiento;
- f) «procedimiento de disociación»: todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona determinada o determinable (art. 3).

La Directiva, a su vez, amplía hasta ocho las definiciones. Asume al igual que la LORTAD las cuatro categorías definidas por el Convenio, pero no incluye ninguna de las dos adiciones previstas en el texto español y, en su lugar, introduce las definiciones siguientes:

- e) «encargado del tratamiento»: persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento;

- f) «tercero»: persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento;
- g) «destinatario»: persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que reciba comunicación de datos, se trate o no de un tercero. No obstante las autoridades que puedan recibir una comunicación de datos en el marco de una investigación específica no serán considerados destinatarios;
- h) «consentimiento del interesado»: toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen (art. 2).

A parte de estas cuatro innovaciones la Directiva sitúa dentro de la definición de «datos personales» el concepto de «interesado», como ya había hecho el Convenio con la noción de «persona concernida», términos equivalentes al concepto de «afectado» que la LORTAD define en un apartado autónomo.

No se debe resbalar, por entrañar interés, sobre el cambio de orden en las definiciones que la Directiva introduce respecto a los textos del Convenio y la LORTAD. Mientras que en estos el orden definitorio arranca del concepto de «datos de carácter personal», al que le siguen los de «fichero automatizado» y «tratamiento», en la Directiva tras la noción de «datos personales» se varía el orden al definirse primero el concepto de «tratamiento» y luego el de «fichero». Estimo que este orden es más correcto y preciso, puesto que refleja los hitos lógicos del proceso de la utilización de informaciones, desde su fase inicial constituida por los datos personales, a su ulterior elaboración a través de las distintas técnicas de tratamiento y su definitiva ubicación en

ficheros, que son a la postre las unidades que permiten el acceso, la utilización y la transmisión de los datos en ellos registrados.

Otro aspecto al que conviene aludir es que la Directiva, como ya hiciera el Convenio no alude al concepto de «procedimiento de disociación», innovado con poca fortuna por nuestra LORTAD. En efecto, tal como es definida la «disociación» implica una redacción a la inversa del apartado a) del propio artículo 3 de la LORTAD, donde se definen los datos personales: si dato personal es el referido a informaciones de personas físicas identificadas o identificables, dato disociado, impersonal o anónimo será la información personal que no pueda asociarse a persona determinada o determinable. Esta definición introduce una peligrosa técnica legislativa, consistente en una tipificación inversa o negativa de los supuestos. Cuando se considera un atentado contra la seguridad jurídica la profusión y prolijidad legislativa, causa pavor pensar en que, de prosperar el ejemplo de la LORTAD, el legislador se considerara obligado a tipificar negativamente o a la inversa todos los supuestos previstos en el Código penal. ..

3.2. Titularidad de la tutela: personas físicas/personas jurídicas

Mención a parte merece por su trascendencia el estudio de la titularidad de los mecanismos de protección. En este punto, lo mismo el Convenio, que la LORTAD y la Directiva coinciden en limitar a las personas físicas, con exclusión de las jurídicas, la titularidad de la protección. El Convenio, pese a establecer un sistema protector cuya titularidad como regla quedaba circunscrita a las personas físicas, abría la posibilidad de que cada uno de los Estados parte pudiera ampliar su régimen de tutela a las personas y entes colectivos (art. 3.2.b). No obstante, la limitación de la tutela a las personas físicas es la que cuenta con mayor número de precedentes en el Derecho comparado de la protección de datos. Esto se debe a que, inicialmente, esta legislación fue pensada para proteger la intimidad y las libertades individuales, así como a las

dificultades que suponía extender este sistema a las personas jurídicas. Ahora bien, a medida que el proceso de datos se proyecta a las empresas, a las instituciones y asociaciones, se hace cada vez más evidente la conveniencia de no excluir a las personas jurídicas del régimen de protección que impida o repare los daños causados por la utilización indebida de informaciones que les conciernen. En efecto, la defensa de la intimidad y los demás derechos fundamentales no es privativa de los individuos, sino que debe proyectarse a las formaciones sociales en las que los seres humanos desarrollan plenamente su personalidad. De ahí que convergen intereses sociales, jurídicos y políticos en la exigencia de reconocer a las personas colectivas el derecho a la protección de los datos que les conciernan. Todo ello de acuerdo con la tendencia hacia la ampliación de las formas de titularidad que constituye uno de los rasgos caracterizadores de la tercera generación de derechos fundamentales⁸. La LORTAD, al igual que en lo concerniente a los ficheros manuales, preveía en el Proyecto inicial remitido por el Gobierno a las Cortes (Dicho texto fue publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados» núm. 59-1, de 24 de julio de 1991) la posibilidad de extender su sistema de protección, pensado básicamente para las personas físicas, a las jurídicas (Disposición final tercera). No obstante, tras el debate parlamentario, fue suprimida esta posibilidad, que ya no se incluye en el texto definitivamente promulgado de la LORTAD, por lo que, en este punto, pudiera afirmarse que la reforma introducida por las deliberaciones de las Cámaras se ha traducido en una manifiesta *reformatio in peius*. Especial interés reviste, como fórmula para paliar ese régimen restrictivo, el artº 200 del nuevo Código Penal que extiende a las personas jurídicas la tutela penal de la intimidad, cuando se descubren o revelan datos reservados de personas jurídicas sin el consentimiento de sus representantes

⁸ Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, 35 págs. 63 ss.

legales. En este punto el nuevo Código Penal corrige uno de los aspectos más insatisfactorios de la vigente LORTAD. De este modo, se podrá evitar la indefensión de las personas jurídicas ante tratamientos indebidos de sus datos. Pero ello puede determinar que se tramiten por vía penal la defensa de intereses colectivos que hubieran debido tutelarse en la LORTAD, contrariando el principio de «intervención mínima» invocado en su Exposición de Motivos como uno de los principios inspiradores de nuestro nuevo Código Penal.

La Directiva impide también la posibilidad de hacer extensiva a las personas jurídicas el ámbito de su tutela al indicar expresamente que: «las legislaciones relativas a la protección de las personas jurídicas respecto del tratamiento de los datos que las conciernan no son objeto de la presente Directiva» (Considerando 24). Esta restricción se halla confirmada en el art. 1.1 en el que se establece el objeto de la Directiva circunscrito en la protección de los datos de las personas físicas, así como en el art. 2.a en el que se definen los datos personales como informaciones referentes a una persona física identificada o identificable.

3.3. Modelo normativo de tutela: unitario/sectorial

Los sistemas normativos de tutela implican la elección entre un modelo de *Ley única y global* (denominada por la doctrina norteamericana *Omnibus Act*) o por una serie de *leyes particulares sectoriales* para distintos aspectos de la protección de datos personales que requieren una reglamentación peculiar (*sector by sector* en la terminología anglosajona). En este aspecto parece más oportuna una solución mixta, tendente a conjugar una disciplina unitaria con un marco jurídico adaptado a las exigencias de determinados aspectos jurídicos (responsabilidad penal, archivos públicos, datos estadísticos, sanitarios ...) o tecnológicos específicos (telecomunicaciones, videotex, transferencia electrónica de fondos ...).

La LORTAD parece inclinarse por este sistema mixto, pero no resuelve todos los problemas de concordancias,

reiteraciones y antinomias que pueden surgir en este sector de nuestro ordenamiento jurídico. La Ley de protección de datos española coexiste con una serie de leyes sectoriales y dispersas (en materia: civil, penal, tributaria, sanitaria, estadística, o de telecomunicaciones) en cuyo articulado se contienen disposiciones sobre el uso de la informática en relación con los derechos fundamentales. Ello puede dar lugar a solapamientos, reiteraciones y contradicciones (antinomias) que deberán ser previstos y evitados. La LORTAD deroga expresamente, en su Disposición derogatoria, la normativa de tutela civil de la intimidad frente a la informática vigente hasta ahora de forma transitoria. También contiene una remisión a la legislación estadística (art. 2.3.d) y sanitaria de protección de datos (arts. 8 y 11.2.f). Pero no se plantea la articulación del régimen de sanciones administrativas previstas en la LORTAD con las sanciones penales que para las infracciones informáticas más graves a la intimidad se prevén en el nuevo Código Penal. Tampoco existe, por citar otro ejemplo, alusión expresa a las disposiciones sobre protección de datos personales contenidas en la Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones (arts. 2.2 y 5.4).

La LORTAD debería establecer, por imperativos de seguridad jurídica, una ordenación armonizadora de todas las reglamentaciones sectoriales y dispersas existentes en nuestro ordenamiento en materia de protección de datos. Este tipo de disposiciones han sido denominadas por Mario G. LOSANO, *normae jugitivae*, «pues encontrándose allí donde no deberían, no son fáciles de hallar, organizando una fuente de problemas legislativos incluso graves»⁹.

⁹ M.G. LOSANO, «Los Proyectos de Ley italianos sobre la protección de los datos personales», en el vol. col., *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), ed. a cargo de A.E. PÉREZ LUÑO, Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987, pág. 279.

La Directiva opta también en este aspecto por un sistema mixto, al que expresamente alude cuando indica: «que los Estados miembros están facultados para garantizar la protección de las personas tanto mediante una Ley general relativa a la protección de las personas respecto del tratamiento de los datos de carácter personal como mediante leyes sectoriales como las relativas a los institutos estadísticos (Considerando 23). La Sección 3.a del Capítulo II de la Directiva se halla dedicada a las categorías especiales de tratamiento. En dicha Sección se incluyen dos artículos: en el art. 8, referido a tratamientos de categorías especiales de datos, se faculta a los Estados miembros para establecer reglamentaciones específicas para datos de carácter laboral, médicos, recavados por organismos sin fin de lucro, relativos a infracciones, condenas penales o medidas de seguridad ... ; mientras que el art. 9 regula el tratamiento de datos personales respecto a la libertad de expresión, facultando a los Estados miembros para establecer las excepciones en el régimen de tutela de los datos personales que resulten necesarias «para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión».

3.4. Ámbito de la tutela: la distinción público/privado

Otra importante alternativa, desde el punto de vista de la organización de la tutela, reside en la opción entre restringir la disciplina de los bancos de datos personales a aquellos que pertenecen al *sector público* o extenderla también a los que operan en el *sector privado*. En este punto conviene recordar la admisión paulatina, en la doctrina y la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales, del principio de su *Drittwirkung*, o sea, de su eficacia ante terceros o en relaciones entre particulares. En la fase correspondiente a los derechos de la primera generación se consideraba que estos sólo eran ejercitables ante los poderes públicos, que tradicionalmente habían sido sus principales violadores. No obstante, en las generaciones sucesivas de derechos fundamentales se amplió su incidencia al plano de las

relaciones privadas, al adquirirse conciencia de que también en ellas pueden surgir situaciones de amenaza y agresión para el disfrute de las libertades. De forma análoga, las leyes de protección de datos de la primera generación tendieron, sobre todo a posibilitar el control de los sistemas automatizados administrativos. Con posterioridad pudo comprobarse que el peligro podía también proceder de los bancos de datos privados (grandes multinacionales, agencias de información y de crédito ...) y que urgía evitar situaciones de impunidad para quienes producían este daño a las libertades y de indefensión de quienes son sus víctimas. Ello hace aconsejable una disciplina de todos los bancos de datos personales, con independencia de su titularidad pública o privada, introduciendo en la reglamentación aquellas salvedades que se estimen convenientes¹⁰.

Estas consideraciones pueden también hacerse extensivas a la conveniencia de que la norma de protección de datos haga llegar sus instrumentos de garantía no sólo a los sistemas automatizados, sino también a los archivos o registros manuales referidos a informaciones personales, introduciendo aquí también las eventuales especificaciones.

La LORTAD acoge estas directrices al conjugar la protección de datos personales recogidos en ficheros públicos y privados, estableciendo un diferente sistema de garantías. Quizás en este punto la principal objeción que pudiera hacerse a la Leyes la patente debilidad del sistema de tutela de los bancos de datos privados respecto a los que operan en el sector público. Mientras que para la creación o modificación de estos últimos se exige una norma general publicada sometida a control jurisdiccional, y se hallan sometidos al control y tutela de los entes u órganos públicos de los que dependen, así como al de los Defensores del Pueblo estatal y, en su caso, autonómicos y al de la Agencia de Protección de Datos; los ficheros privados quedan sólo sometidos a la supervisión de dicha Agencia. Como he indicado las

¹⁰ Vid. A.E. PÉREZ LUÑO, *Manual de informática y derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 57 ss.

agresiones de este sector no son menores que las que provienen del poder, por lo que la diferencia de regímenes de protección no tendría porque traducirse en merma de los instrumentos de garantía frente a los abusos perpetrados desde la esfera de los grandes intereses económicos privados.

La LORTAD acoge la posibilidad de extender la aplicación de su sistema de garantías a los ficheros convencionales (Disposición final segunda); pero, como en tantos otros puntos, deja al arbitrio del Gobierno, previo informe del Director de la Agencia de Protección de Datos, la concreción de ese propósito.

Pudiera pensarse que la Directiva consagra la tendencia a unificar las garantías de la tutela en los sectores público y privado. Esa impresión se hallaría justificada por la inexistencia de regulaciones diferenciadas para cada sector. Asimismo la Directiva al definir al responsable y al encargado de los datos personales no establece, como se ha indicado *supra*, diferencia alguna entre ambos sectores. Pero esta impresión sería engañosa si se tiene presente que la Directiva excluye de forma expresa del ámbito de su tutela a las actividades del sector público no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como las previstas en los Títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea y, en cualquier caso, al tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado en la que se incluyen las políticas de bienestar económico cuando guarden relación con la seguridad del Estado y las actividades del Estado en materia penal (art. 3.2). Se trata precisamente de los aspectos más importantes de tratamientos de datos personales realizados en el sector público que, aunque con numerosas excepciones y límites, si son objeto de regulación por parte de la LORTAD.

3.5. Los ficheros «Robinson»

La falta de una distinción formal entre lo público y lo privado en la Directiva y el consiguiente establecimiento de un

régimen de tutela común, incide, no obstante, en el reforzamiento de las garantías Cívicas previstas en la LORTAD frente a determinadas prácticas de los archivos privados en un sector de creciente e incuestionable importancia.

Un aspecto de la LORTAD que merece consideración a parte es el referido a sus previsiones normativas para prevenir y sancionar los riesgos que, en orden a la intimidad de los datos personales, se derivan de las prácticas abusivas del *correo electrónico* y del *tráfico de datos*. En la *esfera privada*, una vez convertida la información en protagonista del nuevo «sector cuaternario», ahora añadido a los tres sectores económicos tradicionales, se ha desatado la fiebre del acopio de datos. Las sociedades y empresas de hoy miden su dinamismo y empuje por la cantidad y calidad de sus informaciones. La trascendencia económica de la información ha generado un apetito insaciable de obtenerla por cualquier medio y a cualquier precio y es directamente responsable de determinadas prácticas abusivas que hoy, por desgracia, acechan el libre ejercicio de la privacidad en nuestra vida cotidiana.

Para justificar la espiral de datos personales de las agencias de información comercial y financiera se ha llegado incluso a la perversión del lenguaje. Así se alude ahora a los denominados «ficheros Robinson», en los que deberían inscribirse aquellos ciudadanos que no quieran ver perforada su privacidad por la recepción de propaganda no deseada, quedando, de este modo, a salvo del mercado «blanco» o «negro» de archivos de información. Ya el nombre de esos ficheros denuncia parcialidad del juicio. Supone que el ciudadano normal es el que acepta gustoso la contaminación de su vida privada por los intereses consumistas de los mercaderes de publicidad. El ciudadano insólito será aquel que se obstine en salvaguardar su derecho fundamental a la intimidad y se autoconfina en un aislamiento parangonable al sufrido por Robinson en su isla solitaria. Podría objetarse a este torpe mensaje ideológico subliminal que precisamente son las sociedades tecnológicas del presente las que han dado origen al fenómeno de las «muchedumbres solitarias» de

seres gregarios, espectadores inertes y manipulados por y desde mil formas de propaganda. Todavía es más importante aducir que en un Estado de Derecho ningún ciudadano debe verse obligado a inscribirse en un archivo adicional de datos, para que sean respetados sus derechos y libertades. Parecería grotesco que, en una sociedad democrática, el respeto de la dignidad, de la libertad personal o de conciencia, o el secreto de las comunicaciones quedara limitado a aquellos ciudadanos que expresamente lo solicitasen. Por idéntica inferencia, no deben ser los ciudadanos normales que quieren ejercer su derecho constitucional a la intimidad, sino quienes deseen hacer dejación de este derecho, los que se inscriban en listas o ficheros¹¹.

¿Cuál es la respuesta aportada por la LORTAD para poner coto a esta situación? Vaya por delante que tampoco en este punto la Ley se muestra a la altura de las expectativas que su larga y demorada elaboración había generado. En primer lugar, la LORTAD exceptúa del ámbito de su tutela: «A los ficheros de información tecnológica o comercial que reproduzcan datos ya publicados en boletines, diarios o repertorios oficiales» (art. 2.2.c). Asimismo establece que las empresas de recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad o venta directa sólo utilizarán listas informatizadas de nombres y direcciones de personas físicas cuando figuren en documentos accesibles al público, hayan sido facilitados por los afectados u obtenidas con su consentimiento (art. 29.1). Los interesados podrán ser dados de baja en dichos ficheros tras su expresa solicitud (art. 29.2)¹².

Son varias e importantes las objeciones críticas que pueden argumentarse respecto a ese planteamiento normativo. Me limitaré a exponer las dos que me parecen de mayor entidad. La primera se refiere a que esta disciplina contradice, de manera flagrante, el

¹¹ Vid. A.E. PÉREZ LUÑO, *Manual de informática y derecho*, cit., págs. 59 ss.

¹² Cfr. L.M. ARROYO Y ANES, «La cancelación de datos personales en ficheros de titularidad pública en el Proyecto de LORTAD», en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho* (Mérida, septiembre 1992) publicadas en *Informática y Derecho*, 1994, vol. 4, págs. 181-192.

principio fundamental en la protección de datos de la finalidad (consagrado en el art. 4.2 de la propia LORTAD); ya que no es aceptable que informaciones recabadas y publicadas en función de intereses colectivos y sociales puedan ser incontrolada e impunemente utilizadas para fines e intereses privados comerciales y, por tanto, ajenos a aquellos que justificaron su recogida y su publicidad. La segunda a que acoge implícitamente la peligrosa y nociva filosofía subyacente a la práctica de los «ficheros Robinson». La LORTAD invierte la carga de la prueba, al exigir del ciudadano que desea ver salvaguardada su vida privada la actuación expresa tendente a la defensa de su derecho, en lugar de hacerla recaer en las empresas que realizan la actividad, las cuales debieran probar que existe una autorización previa de cuantas personas figuran en sus bases de datos de información comercial. Todo ello, contradice el principio del consentimiento de las personas concernidas proclamado en la LORTAD (art. 6) y entraña el consiguiente riesgo de conculcar la interpretación lógica y sistemática del art. 18 de la Constitución, al implicar un flagrante e injustificado menoscabo del derecho fundamental a la intimidad.

La Directiva puede en este punto considerarse como un sistema de tutela más eficaz que el previsto en la LORTAD. Debe tenerse presente que en ella se establecen especiales cautelas y exigencias de información cuando los datos personales objeto de tratamiento no han sido recabados del propio interesado. Se prevé, a tenor de cuanto dispone el art. 11, que en estos casos los Estados miembros dispondrán que el responsable del tratamiento o su representante deberán comunicar a la persona interesada los datos objetos de registro o, en su caso, el que tales datos vayan a comunicarse a un tercero. A ello hay que añadir el derecho de oposición del interesado, que proclama el art. 14, si bien, tal derecho queda debilitado en cuanto a su ejercicio por la remisión a las legislaciones nacionales, salvo que se trate de tratamientos destinados a la prospección. En este supuesto el interesado puede oponerse, tras previa información, y sin gastos a que sus datos puedan ser comunicados o utilizados. No se especifica en la

Directiva de que tipo de prospecciones se trata, por lo que puede interpretarse que se hallan incluidas en ellas las que tienen como fin la prospección de mercados y todas aquellas realizadas a efectos de publicidad, ventas y otras actividades comerciales.

El sistema de tutela de la Directiva supone una mejora relevante respecto a la prevista en la LORTAD puesto que ésta, en su arto 29 configura una protección a posteriori, es decir, las personas afectadas pueden solicitar la cancelación de sus datos personales una vez que ya están siendo objeto de tratamiento en los ficheros comerciales. A diferencia de ello la Directiva exige la información previa del interesado, al obligar a los responsables de los ficheros a que previamente a su utilización informen de ello a las personas concernidas. Este sistema, por las razones anteriormente expuestas, parece más acorde con el marco adecuado para la protección de los derechos fundamentales.

4. CONCLUSIÓN: LA LORTAD y LA DIRECTIVA COMO ESLABONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMÚN EUROPEO

El constitucionalismo actual registra tendencias que le otorgan una peculiar fisonomía. En el seno de estas orientaciones quizás sean las más significativas las que conciernen a los procesos de comunicación, recepción y unificación constitucional. Entre ellos destacan los actuales empeños dirigidos a la elaboración de un Derecho Constitucional Común Europeo. En aparente paradoja el término «Derecho Constitucional Común Europeo (DCCE)»», supone una expresión nueva de vieja raigambre jurídica. Se trata de una expresión nueva en cuanto ha sido acuñada en fecha reciente por el Profesor Peter Haberle, Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Público en las Universidades de Bayreuth y St. Gallen, pero su modelo inspirador se remonta al *ius commune*. El DCCE se halla integrado por «un conjunto de principios constitucionales «particulares» que resultan «comunes» a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no».

Dichos «principios comunes» proceden de las constituciones de los Estados de Derecho europeos, del Derecho constitucional consuetudinario de esos Estados, así como del «Derecho europeo» surgido de la Comunidad Europea, del Consejo de Europa y de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa. Esos principios integradores del DCCE están destinados a cumplir en el ámbito del Derecho público un papel análogo al desempeñado por el *ius commune* como fundamento de las instituciones del Derecho privado; conformándose como un auténtico *ius commune constitutionale*¹³.

Al DCCE se le asigna como *objetivo o fin* prioritario el contribuir a forjar una Constitución común para Europa. En reiteradas ocasiones, con referencia expresa a la CEE, se ha denunciado que se trata de una organización institucional económica y política que carece de Constitución. El DCCE vendría a colmar esa carencia e incluso a rebasarla, ya que la auspiciada Constitución europea lo sería de toda la Europa cultural y no sólo de la comunitaria. La Constitución europea representaría la casa constitucional común europea (*das gemeinsame europäische Verfassungshaus*), con múltiples alcobas hacia el interior y el exterior, pero con autoconsciencia de que sus cimientos son comunes. La Constitución común europea implicaría la culminación del método comparativo y el fundamento cultural del DCCE. Sería el producto de la estrecha y profunda colaboración, por vía comparativa, de las distintas culturas europeas¹⁴.

La LORTAD y la Directiva representan eslabones de esa cadena jurídica conformadora del sistema constitucional europeo de las libertades. La contribución de estos textos a tutelar los datos personales se enmarca en el proceso conformador del Derecho

¹³ P. HABERLE, «Derecho Constitucional Común Europeo», trad. casto de E. MIKUNDA, en *Revista de Estudios Políticos*, 1993, núm. 79, pág. 11.

¹⁴ Vid. A.E. PÉREZ LUÑO, «El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la concepción de Peter Haberle», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 88, págs. 165 ss.

Constitucional Común Europe, en uno de sus ámbitos mas novedosos y que suscita una creciente sensibilidad cívica. Por más que sabido nunca es inoportuno insistir en que la eficacia de la tutela de las libertades y, por eso, también de la libertad informática, depende tanto de la calidad técnica de los cauces previstos en las normas constitucionales y las leyes que la desarrollan, como de la convicción de los operadores jurídicos y los ciudadanos por hacer de esas normas una experiencia tangible en la vida cotidiana de las sociedades democráticas¹⁵.

¹⁵ Cfr. A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 5.a ed., 1995, págs. 249 ss. y 540 ss.

IDEAS JURÍDICAS DE LOS CLÁSICOS
ESPAÑOLES DE LA EDAD DE ORO

JOSÉ F. ACEDO CASTILLA

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
de día 2 de marzo de 1998

I. RELACIONES ENTRE LITERATURA Y DERECHO

El tema de las relaciones entre la Literatura y el Derecho es un tema ya antiguo, muy complejo y sugestivo, que ha originado una riquísima bibliografía.

COSTA nos legó la *Introducción a un Tratado de Política sacado textualmente de los refraneros, cancioneros y gestas de la Península y El concepto del Derecho en la Poesía popular española*. Heliodoro ROJAS DE LA VEGA escribió *El Juicio crítico de las obras de CALDERÓN desde el punto de vista jurídico*; Tomás CARRERA ARTAU *La Filosofía del Derecho en el Quijote*; José María IZQUIERDO *El Derecho en el teatro español*, ALCALÁ ZAMORA *El Derecho y sus colindancias en el teatro de Don Juan Ruiz de Alarcón* y CASTÁN en la solemne apertura de Tribunales de 1948, abordó estas materias en su Discurso titulado «La vocación jurídica del pueblo español».

A HINOJOSA le debemos *El Derecho en el poema del Cid y Las relaciones entre la Poesía y el Derecho* -tema de su discurso de ingreso en la Real Academia Española-. En la misma Academia, Cristino MARTOS -también en su discurso de recepción- habló sobre *Algunas observaciones que merecieron a nuestros grandes autores dramáticos el Derecho, la Justicia y sus Ministros*.

En la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Manuel TORRES CAMPOS hizo un estudio bibliográfico sobre *Las ideas jurídicas en los dramaturgos clásicos españoles del siglo XVI-XVII*; Diego María CREHUET pronunció una conferencia sobre *La judicatura en La estrella de Sevilla y en Los intereses creados*; PONS y HUMBERT, otra sobre El ideal de justicia en Don Quijote de la Mancha, y José María PEMÁN versó su discurso de ingreso en dicha Academia sobre *La idea de justicia en las letras clásicas españolas*, mientras que en la de Ciencias Morales y Políticas José CASTÁN en su discurso de ingreso habló sobre La equidad y sus tipos históricos.

Esta profusión bibliográfica tiene una sencilla explicación. Y es que en los orígenes de todos los pueblos la Poesía -como dice COROMINAS- presta sus formas, sus imágenes, su lenguaje brillante, y aún en parte su íntima inspiración a los legisladores, que cantan en verdaderos poemas las leyes y costumbres jurídicas de su raza.

La poesía era así totalmente visible en el Derecho, aunque en ocasiones se presentaba en imágenes y se traducía en símbolos. La forma de los fallos judiciales, la formalidad del juramento, la exposición de motivos de algunas leyes, la representación de la Justicia como una mujer con los ojos vendados y la balanza en la mano, la sencilla severidad de la toga, el olor de virtud, ciencia y experiencia que emanaba de la vara de los Jueces, el sello Real-objeto tenido en autoridad y veneración por nuestros Magistrados de Indias-, en cuya virtud los oidores hablaban como si con el Monarca constituyeran una sola y única persona que fuera mística encarnación del Derecho, no hay duda que llevan un germen poético, que corrobora la certera afirmación de VICO de que todo el Derecho romano «fu un serio poema ... e l'antica giurisprudenzia una severa poesía».

II. EL DERECHO EN EL TEATRO ESPAÑOL DE LA EDAD DE ORO

En nuestros monumentos literarios de origen popular - Cantares de gestas, El Romancero y el Teatro-, el Derecho ha sido uno de los temas favoritos, de tal suerte que -como afirma COSTA- «las ideas jurídicas y las ideas políticas constituyen el pensamiento directriz de la Poesía épica popular española», sobre todo de nuestro teatro clásico nacional, no ya por ser la forma artística más apta para tratar de asuntos jurídicos, sino porque nuestros dramaturgos más famosos tuvieron abundantes contactos con el Derecho. Así, RUIZ ALARCÓN fue de profesión Abogado; CALDERÓN cursó Derecho Civil y Canónico en Salamanca; Rojas conocía minuciosamente las Partidas, y MORETO se nos muestra como perito en prácticas procesales.

Ahora bien, ¿qué principios son los que inspiran al Derecho llevado a escena por esos nuestros dramaturgos peritos en Leyes?

Como es sabido, durante los siglos XVI y XVII el Derecho español conserva los valores tradicionales que le transmitió la Edad Media, al punto de que -como escribió Elías DE TEJADA- no hubo rama del Derecho, ni de ninguna de las disciplinas afines que no la gobernasen las ideas de nuestros clásicos. Así, «el tomismo de Domingo DE SOTO hace contrapié al ocanismo de Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA; Francisco SUÁREZ es la antítesis de su hermano de sotana Gabriel VÁZQUEZ; Francisco DE ESPINOSA, en sus *Comentarios sobre las Leyes y Fueros de España*, funda la Historia del Derecho entre nosotros, y mientras que Gerónimo CASTILLO DE BOVADILLA inicia los estudios de la administración pública en su *Política para corregidores y señores de vassallos*, en tiempo de paz y de guerra y para prelados en lo espiritual y temporal, el agustino Fray Gerónimo ROMÁN construía en los tres apretados volúmenes de *Las repúblicas del mundo*, los cimientos del Derecho comparado, con riqueza de materiales y amplitud de conocimientos superiores a los parejos intentos de lean BODIN o de HOAHANNES ALTHAUS».

Esta rica y fecunda aportación de los clásicos españoles a los saberes jurídicos de su tiempo, es poco menos que imposible de sintetizar, dada la policromía de facetas ideológicas que presentan. No obstante ello, los denominadores comunes de sus posturas, -siguiendo a Elías DE TEJADA- podemos compendiarlos en los siguientes:

- A. La idea del Derecho está basada en el objetivismo de la Filosofía escolástica, que, al lado del Derecho positivo y presidiéndolo, pone las normas del Derecho natural. Dentro de esta dirección ética, el concepto del Derecho forme a la tesis de SUÁREZ- está unido indisolublemente a la idea de justicia. La justicia -decía SUÁREZ en *De Legibus*, libro 1, capítulo 9, núm. 2- es la esencia de la

Ley; la Ley injusta no es verdadera Ley; es inválida y no obliga. Esta doctrina, lejos de perder actualidad persiste hoy día en las modernas teorías neoescolásticas en las que el concepto del Derecho queda reducido a la justicia. Así -según LECLERQ---, «el Derecho es simplemente la actuación de la justicia».

B. La defensa del hombre y de la libertad humana dentro del orden trazado por Dios -de la que dimana el reconocimiento de su dignidad insobornable- y la sujeción de todos los titulares del poder político, --comenzando por el Rey- al impero de la justicia y a las exigencias últimas de la Ley Natural y ética.

Esta concepción del hombre tan cristiana y tan española, que hoy se denomina *humanismo teocéntrico o humanismo cristiano*, constituye en nuestra Literatura -como ha escrito Eugenio FRUTOS- el tema central de los Autos Sacramentales de CALDERÓN.

C. Exaltación de la equidad, como correctivo y complemento necesario para la aplicación del Derecho estricto conforme a la Escuela llamada histórico-crítica, que consiste -según CASTÁN- en el arbitrio del buen varón y conciencia del Juez. Esta tendencia que palpita en casi todos nuestros pensadores, es la que nuestro teatro muestra practicada por Alfonso II en *Los Prados de León*; por Alfonso VII en *El mejor Alcalde el Rey*; por Ramiro II en *La campana de Aragón*; por Enrique III en *Peribáñez y en Los novios de Hornachuelos*; por el Rey D. Pedro en *El Infanzón de Illescas* y en *Ganar amigos*; y por Felipe II en *El Alcalde de Zalamea ...*

D. Ideal universalista, consistente --como dijo MAEZTU- en «llevar a todos los pueblos y razas la conciencia de la unidad moral del género humano».

Esta idea de la hermandad universal de los hombres -verdad magnífica del Cristianismo- va a ser el meollo del pensamiento hispánico de la época imperial. Cuando España toma

sobre sus hombros la defensa de la Cristiandad y concibe -según RODRÍGUEZ CASADO la constitución del *Estado Misional*, formula sobre la idea de la *Universitas Christiana* un programa político con validez para el mundo entero. Es entonces, cuando -según Elías DE TEJADA-, la noción de España desaparece y surge la idea de las Españas. De esta suerte, la tradición forjada en un punto del globo se hace solución para todos los pueblos. Sigue siendo *substratum*, el sentido católico de la vida nuestro, pero la forma externa es el conjunto de pueblos comulgantes en ese ideal.

La defensa de esos principios que -según el Profesor COMELLAS- se considera como «misión», como razón de ser de España en el mundo, cuenta con el firme apoyo de la Corona. «España -dice MENÉNDEZ PELAYO- era un pueblo muy monárquico, pero no por amor al principio mismo, ni a la institución real, sino en cuanto el Rey, era el primer Caudillo y el primer soldado de la plebe católica». De aquí que cuando la concepción dinástica de los Austrias se une indisolublemente a la defensa militar del Catolicismo, la devoción por la Realeza se trueca en algo ideal, fantástico e hiperbólico, como lo denota este magnífico soneto de LOPE en la segunda parte de *Los Tellos de Meneses*:

*Gran cosa un Rey: de sólo Dios depende;
el corazón del Rey está en las manos,
de Dios, y en vano, y con juicios vanos,
presume el hombre que él de Dios entiende.
El sol tal vez caliente, y tal ofende,
mas siempre es vida y luz a los humanos,
que en los bosques, los montes, selvas, llanos,
flores y frutos la corona extiende.
Si el Rey es sol y en su virtud no hay falta
pues Dios quiere que el hombre Rey le nombre,
cuyo atributo su grandeza exalta,
sirva a su Rey, después de Dios el hombre
que si no fuera Rey cosa tan alta,
no le tomara Dios para su nombre.*

Sin embargo, este entusiasmo que la institución monárquica inspira a nuestros poetas, estaba subordinado -según PIDAL- a las prescripciones de la conciencia, del amor a la Patria y del honor, «patrimonio divino del alma». Véase a modo de ejemplo cómo el mismo LOPE, en la comedia *Amor, pleito y desafío*, hace que el caballero Padilla, dirigiéndose al Rey, le diga que «pone a su servicio todo cuanto posee en la vida, menos el alma», y CALDERÓN, cuando en *El Alcalde de Zalamea* enfrenta a Pedro Crespo con jerarquías sociales de mayor rango que la suya, proclama en sentenciosa concisión la intangible verdad del concepto cristiano al derecho a la individualidad e independencia, en los conocidos versos:

*Al Rey, la hacienda y la vida
se han de dar, pero el honor
es patrimonio del alma
y el alma sólo es de Dios.*

En reiteradas ocasiones ha sido criticada -incluso por MENÉNDEZ PELAYO- esa obsesión de la defensa del honor en las obras del teatro español de la Edad de Oro. Pero --como escribe RUIZ GIMÉNEZ- «la razón profunda y definitiva que subraya y enaltece la vigencia de ese sentimiento de la honra es la de ser factor fundamental en la defensa del grupo social básico: la familia».

La familia, sin tener la fuerza que en la antigüedad, seguía conservando su constitución patriarcal, manteniendo en todos los estamentos, la rigidez de composición y entrada, propios de una sociedad jerarquizada. Como la nobleza es herencia, así son también herencia los demás estamentos sociales, y la puerta, la única puerta para entrar en ellos, era el matrimonio. De aquí la idea generalizada de que el casamiento había de ser entre iguales, ya que se había de procurar -según dice MARAVALL- que «cada uno siga en el puesto que un orden tradicional heredado le tiene asignado».

De acuerdo con este criterio, CALDERÓN, en *La Francesilla*, dice por boca de Rosendo:

Tres cosas se requieren al que es noble, para la calidad del casamiento, igual, del mismo pueblo y bien nacido.

Y LOPE, abundando en la misma idea -en *El hombre por su palabra*-, resalta el mal resultado que da el casamiento entre desiguales, por lo que repite con frecuencia que «sólo es feliz aquél que permanece en su sitio».

Como toda la estructura social se levantaba sobre el matrimonio, no es extraño que en el drama castellano se le deje en paz, excluyéndolo casi completamente del cuadro de sus escenas. La madre jamás aparece, está oculta en el *santa sanctorum* del hogar; la heroína es habitualmente una hija soltera, huérfana de madre y sujeta a la autoridad del padre o de un hermano celoso guardador de su honra. Si la mujer casada aparece alguna vez, suele ser con los nobles rasgos de la honrada mujer de García del Castañar, o de *La Luna de la sierra*; y si por caso raro se contempla un supuesto desvío moral con infracción de la fe conyugal, inmediatamente viene el castigo tremendo -aun mediando sólo una simple sospecha-, como lo demuestran los dramas calderonianos. *A secreto agravio, secreta venganza, El médico de su honra, El pintor de su deshonor y El mayor monstruo del mundo*.

III. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE NUESTRAS LETRAS CLÁSICAS

Con independencia de las ideas madres, que laten en algunas de nuestras obras clásicas, en las escenas del teatro -como arguye Cristino MARTOS-, suelen hallarse -bajo muy diversas formas huellas y señales de los problemas jurídicos, doctrinas y opiniones que en aquella época comenzaron a plantearse por los tratadistas y a discutirse en las aulas universitarias y en las academias. Así, la necesidad de más de una instancia, la de oírse a ambas partes antes de dictar sentencia, la del derecho de defensa aunque el reo estuviese en rebeldía, los inconvenientes del exceso

de legislación, las corruptelas procesales, el volumen de los pleitos y la tardanza en su tramitación, son temas que se traen a la escena con frecuencia. Sería preciso copiar mucho para citar ejemplos de todos ellos, por lo que nos limitaremos a señalar -entre los que conocemos- algunos de los que más nos han llamado la atención.

Sobre la necesidad de defensa ya lo había recogido el Arcipreste de Hita en el cuento que ocupa las estrofas 312 a 371 del *Libro de Buen Amor*, bajo el título «Aquí fabla del pleyto quel lobo e la raposa ovieron ante Don Ximio, Alcalde de Bugía», el que -según POLAINO- está inspirado en otra fábula de Fedro, llamada *Lupus el vulpes, iudice simio*.

Cuenta el apólogo que La Raposa, subiéndose hasta la chimenea de la casa de Don Cabrón, había hurtado un gallo. El lobo, que la había visto, acude al juez, Don Ximio, a denunciar a la Raposa y pedir la pena de horca. La Raposa por primera providencia alega su derecho según el Fuero Real: «Dadme un abogado que fable por mi vida». Ante ello el Mono les otorga un plazo para que busquen abogados o «boceros». Vuelven a comparecer las partes, llevando cada una a su letrado: el Mastín y el Galgo. El Mastín alega a favor de su cliente la excepción de «reconvención»; no puede oírse al Lobo porque él es también ladrón de ovejas, y además, porque está excomulgado, pues tiene pública barragana, que resulta ser la Mastina, o sea, la propia hembra del abogado. Ahora es la Raposa la que pide horca para el Lobo. El Mono suspende el juicio y lo aplaza hasta después de la Epifanía. En el intermedio, ambas partes y sus abogados intentan el cohecho del Juez.

«Presentaron al Alcalde cual salmón e cual trucha ... ». También le regalan «un vaso y copas». Todo «en poridad», que quiere decir «en secreto». Con ello entramos en el trozo del apólogo de intención moralizante que tanto importaba al Arcipreste, en sus cuadros de costumbres forenses. Contra los regalos a los jueces, legislan por aquella época el «Ordenamiento de Burgos», de 1315, y el de Alcalá, de 1348. Ya las Cortes de Zamora de 1274 habían prohibido a los jueces recibir cosa alguna

«dada o emprestada». Y la Ley segunda de igual título y libro del Fuero Real prescribe también la nulidad de toda sentencia que se dé por precio o regalo. A esta denuncia que de forma satírica formula Juan RUIZ contra la costumbre del «cohecho», pronto se sumará el canciller LÓPEZ DE AYALA, quien en su *Rimado de Palacio*, tronará con seriedad y cólera contra esta corruptela.

Tras la tramitación del juicio que es de tipo penal-acusatorio, el que se tramita conforme a la Ley de «Las Siete Partidas», -pues, aun- que el Código alfonsino no tuvo vigor de Ley hasta pocos años antes de la muerte del andariego Arcipreste, por disposición de «El Ordenamiento de Alcalá» (1348), es lo cierto que desde su redacción (1256) gozaba de gran influencia y prestigio en el pensamiento jurídico de la época y hasta en la jurisprudencia de los tribunales de justicia-, el Juez dicta sentencia por la que absuelve a la Raposa, no sin aconsejarse que se abstenga de robar gallos ni gallinas, sino que se vaya «a la salvajina», o sea, a montar y ejercer sus latrocinios sobre cochinos y jabalíes sin dueño:

«Non apelaron las partes; del juicio son pagados,
porque non pagaron costas nin fueron condenados».

Sólo los abogados protestan porque no ha hecho caso el Juez de sus enredos. Pero Don Ximio -como dice PEMÁN- no le da más valor a sus gritos que «quanto vale una nuez».

Nuestros dramaturgos muestran su preocupación por el empleo habitual -en causas y pleitos- de testigos falsos, verdadera «polilla» que -según MORETA- abundaba en Madrid, donde pululaban los desocupados, los pícaros y los perdidos; por el excesivo volumen de pleitos, lo que se les antoja incomprensible, pues, como dice La Hoz y Mota, discípulo de CALDERÓN, en El Montañés *Juan Pascual*, «¿No es terrible necesidad, envolver una verdad, en diez manos de papel?». Y sobre todo por la excesiva tardanza en su tramitación que, por ser eterna, consume las haciendas de los litigantes y les trae grandes pesadumbres y

desasosiegos. Ante ello TIRSO, en *La Huerta de Juan Fernández*, aconseja que se huya de los «pleitos que son embargo de la hacienda y de la quietud», lo que corrobora LOPE diciendo que «no son buenos ni aun para los gatos», razón por la cual ALARCÓN, en *La crueldad por el honor* -por boca de su gracioso personaje Zaratán-, propone como medio «para que no sean los pleitos peste de quietud y hacienda, pague todas las costas el letrado del que fuere en el pleito condenado; pues temiendo con esto el propio daño, dará al principio el justo desengaño; y las partes con esto, no teniendo quien en causas injustas les defienda, menos pleitos tendrán y más hacienda ... ».

Por último, la independencia judicial -que tiene en nuestra historia el altísimo precedente que representa la institución del Justicia Mayor de Aragón, las pruebas que de ella dieron los Jueces de Aragón en el Proceso de Antonio PÉREZ, y las que dieron también los magistrados de Indias, que con sumo tacto sabían oponer votos suspensivos a soberanas disposiciones, sin que ello pareciera arrogancia o desobediencia-, es tema que aborda LOPE en *La Estrella de Sevilla*.

En efecto, cuando Sancho el Bravo llama a los Alcaldes Mayores de Sevilla, Pedro DE GUZMÁN y Farfán de Ribera, para recomendarles una sentencia favorable al reo -que era nada menos que un caballero tan simpático como Sancho Ortiz de las Roelas-, los Alcaldes, aun reconociendo que su jurisdicción emana de la potestad real, en el ejercicio de sus funciones son independientes. Lo dicen en dos palabras:

*Alcaldes mayores somos
de Sevilla y hoy nos carga
a nuestros hombros, señor
su honor y su confianza.
Estas varas representan
a Vuestra Alteza, y si tratan
mal vuestra planta divina
ofenden a vuestra estampa.
Derechas miran a Dios*

*y si se doblan y bajan
miran al hombre, y del cielo
en torciéndose se apartan.*

Y con la honrada dignidad que siempre ha caracterizado a la Judicatura española, teniendo sólo en cuenta los dictados de su deber, el fallo que pronuncian es mandar cortar la cabeza a Sancho Ortiz de Roelas, en la plaza pública. Como al leer la sentencia el Rey aparentara cólera, Pedro DE GUZMÁN lo objeta:

*Como vasallos nos mandas
mas como Alcaldes Mayores
no pidas injustas causas
que aquello es estar sin ellas
y a questo es estar con varas.*

En materia de Derecho Penal, ALARCÓN, en *La Cueva de Salamanca*, se ocupa del delito de violación, y en *No hay mal que por bien no venga*, del de rebelión. TIRSO, en *La celosa de si misma*, del robo y del hurto; y ROJAS, en *Obligados y ofendidos*, de los de injurias y calumnias.

Sin embargo, es CERVANTES quien, desde un punto de vista totalmente filosófico, aborda con mayor extensión -tal vez por haber conocido la cárcel- los temas de criminología y Ley penal. En *El casamiento engañoso* reseña un caso de contagio venéreo y de robo entre los cónyuges; glosa, en *La española inglesa*, un conato de envenenamiento; los delitos de rapto y estupro, en *La fuerza de la sangre*; los sexuales, en *Las dos doncellas*; y el abandono de niños, en *Los trabajos de Persiles y Segismunda*. y después de anotar y agotar el repertorio de las conductas antisociales, hace una crítica profunda de la penología de su época. La razón de ello resulta obvia. CERVANTES, el entendimiento que más hondo ha penetrado en el alma de nuestra nación -a juicio de GANIVET-, percibió cual ningún otro, el dualismo en que se debate el sentido jurídico del pueblo español:

el amor por la justicia pura y su actitud de rebeldía contra la justicia positiva de los códigos y tribunales; la primera la encarnó en Don Quijote y la segunda en Sancho Panza. Los únicos fallos judiciales, prudentes y equilibrados, que en el Quijote se contienen son los que Sancho dictó durante el gobierno de su ínsula; en cambio, los de Don Quijote son aparentemente absurdos por lo mismo que son de justicia trascendental; unas veces peca por carta de más y otras por carta de menos; todas sus aventuras se enderezan a mantener la justicia ideal en el mundo, aun a trueque de despreciar y romper la Ley positiva, con lo que en definitiva sigue las huellas de todas nuestras grandes figuras representativas, del romance, la novela o el teatro; el Cid o Bernardo del Carpio, que por realizar una más alta justicia se colocan fuera de la Ley. Pedro Crespo o Peribáñez, que matan respectivamente al capitán o al comendador de Ocaña, rompiendo con ello la Ley positiva, que no les autoriza para tales ejecuciones, pero complaciendo a una justicia más alta, que luego, en la última escena de uno y otro drama, es aprobada por el Rey, que dice a Peribáñez: «Esto justicia se llama». y le dice a Pedro Crespo: «Bien dado el garrote está; que errar lo menos no importa, si acertó lo principal».

Así se explica -como escribió PEMÁN-la popularidad de todas aquellas figuras históricas, que acertaron lo principal y erraron lo menos; los Reyes Católicos, con su administración de justicia llana y patriarcal, con su dictadura económica en la anulación y redención de juras; Cisneros, con sus rápidas y expeditivas justicias y sus legendarios poderes. De aquí -añadese sentido jurídico medio de la masa, que desea siempre, como CERVANTES, la justicia realizada «más a juicio de buen varón que por Ley alguna». Cuando cuatro españoles se reúnen en torno a la mesa de un café para «arreglar el mundo», proponen inevitablemente soluciones rápidas y efectivas, que desbordan siempre las normas constituidas y que se resumen muy a menudo en el anhelo mesiánico del «cirujano de hierro», como dijo COSTA, que venga a arreglarlo todo; a «metemos a todos en cintura». Nuestro pueblo no ama las liturgias legales; ama las grandes personalidades redentoras.

IV. EL REY JUSTICIERO

En el ámbito del Derecho Político, nuestros dramaturgos, en especial ALARCÓN, y LOPE, se muestran influidos por la teoría del legitimismo monárquico sobrenaturalista, residuo del Divus Caesar que apareció en la Edad Media en los Manifiestos Gibelinos de los Federicos, de donde la tomó Jacobo de Inglaterra y la sostuvo en Francia Luis XIV apoyado por BOSSUET en su *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture Sainte*, donde se sostiene que «el poder de los reyes viene de Dios ... Los reyes son lugartenientes de Dios sobre la Tierra, por lo que su persona es sagrada. Atentar contra ellos constituye un sacrilegio y honrarlos es honrar a Dios mismo» ... Mas esta concepción cesarista, propia de los regímenes absolutos, no tuvo aceptación en nuestra patria, ni en los hechos, ni en las doctrinas políticas.

Frente a la tesis monárquica sobrenaturalista, los escolásticos españoles sostuvieron por el contrario, que «el sujeto titular del poder político por derecho natural, es la misma comunidad civil», considerada como comunidad orgánica y no como amasijo numérico, cual cuerpo místico, y no por masas de hombres sueltos entre sí, Los escolásticos españoles -como escribe GALÁN-" no niegan que haya habido reyes de derecho divino. Reyes de derecho divino los hubo ciertamente, en los casos excepcionales que constan históricamente por las Sagradas Escrituras. Pero fuera de estos casos, ningún monarca ni gobernante puede decirse instituido por la voluntad de Dios. Y aunque con frecuencia los escolásticos españoles se refieren expresamente al principio *por me reges regnant* contenido en el *Liber proverbialium* y sobre el cual se han apoyado en todo tiempo las teorías de derecho divino, los juristas de la Escuela española interpretan tal principio en el sentido de que no otra cosa quiere decir sino que Dios, como autor del orden natural, confirió a la comunidad política el poder de gobernarse a si misma, el que ésta puede transmitir a alguno o algunos, si lo estima conveniente, para ser más prudentemente gobernada. Esta es la interpretación -

concluye GALÁN- que del famoso pasaje bíblico dan por ejemplo Domingo DE SOTO (*De justia et iure*), -una de las mayores autoridades de la Escuela-, y Diego DE COVARRUBIAS (*Practicarum quaestionum Liber unus*), que trató también estos problemas con extraordinaria lucidez.

Cimentada la monarquía sobre esas bases, el elemento que la levantó y sostuvo -como escribió Saavedra Fajardo- fue la inviolable observancia de la justicia y el rigor con que obligaron siempre los reyes a que fuese respetada. Ya en la legislación visigoda -recuerda CASTÁN- aparece como idea predominante la de que «el Rey y la potestad pública han sido instituidos en beneficio del pueblo y no para procurar su propio provecho». En el título preliminar del *Liber Iudiciorum* se inserta el célebre aforismo de Las Etimologías de San Isidoro: *Rex eris si recte facias; si non fadas, non eris*. Y en el Código de las Partidas (leyes 1.^a y 4.^a, Tít. 1 de la Partida 1) la justicia es el elemento esencial del concepto de la Ley.

Esta idea de que la justicia es el fundamento de la autoridad de los monarcas y por ende la tarea y la obligación más destacada de la realeza, será uno de los temas favoritos de nuestro teatro de la Edad de Oro.

Así LOPE, en su comedia *El pleito por la honra*, dice:

*Si de los cristianos reyes
es el tributo mayor
guardar justicia a los suyos
justicia le pido yo.*

Y TIRSO, en *La prudencia en la mujer*, hace que la reina Doña María dé a su hijo esta inmortal enseñanza:

*El culto de vuestra Ley
Fernando encargaros quiero
que éste es el móvil primero
que ha de llevar tras si el Rey.*

La tesis política que se traduce en este pensamiento es tan fecunda en consecuencias y de tal trascendencia, como que en esta idea está basada -según CASTÁN- la teoría y práctica del Estado de Derecho. Porque el Rey contaba ciertamente con el respeto, el amor y la lealtad inquebrantable de sus súbditos, pero en concepto de primer magistrado y mientras *hiciera Derecho*. Mas roto el derecho por el Rey, incidía en ilegitimidad de ejercicio y, en tal evento, los vasallos se juzgaban libres de toda obediencia. Ello explica que el poco sospechoso LOPE -cantor de los reyes y de la realeza- proclame en La mayor victoria que:

*Si el Rey manda
cosas que son contra Ley
deja entonces de ser Rey
y en vez de mandar demanda.*

Este principio que -como vimos- ya estaba consignado en el título preliminar del Fuero Juzgo, lo recogerá también CALDERÓN en *La vida es sueño*, cuando dice:

*En lo que no es justa Ley
no has de obedecer al Rey.*

Con lo que se insiste una vez más en el dogma -de inexcusable observancia- de la sumisión del Rey a la Ley, ya que -como afirma Elías DE TEJADA- en la concepción tradicional, el monarca reina y gobierna, pero dentro de los límites impuestos por las leyes fundamentales. Impera, si, porque es Rey; pero impera dentro de leyes bien precisas.

Esta temática la llevarán nuestros dramaturgos a sus últimas consecuencias aireando en escenas ---con base a ejemplos históricos-, supuestos en los que, si en el ejercicio de sus deberes y facultades la Corona o sus oficiales excedieran los preceptos legales o no respondieran a su cometido, se les retiraba la obediencia, se les advertía o se les enjuiciaba. Así, LOPE de Vega en su *Peribáñez, Fuenteovejuna* y *El mejor Alcalde el Rey* o

CALDERÓN en *El Alcalde de Zalamea*, pueden escribir páginas tajantes contra cualquier arbitrariedad de los gobernantes y apelar en tal evento al indeclinable derecho de resistencia pasiva de los súbditos, que era en definitiva el criterio mantenido por nuestros preceptistas como el P. Juan DE MARIANA Y Don Francisco DE QUEVEDO.

Siendo el Rey «cabeça del Reyno» (Partida II, Ley 6.^a), de *cuya potesta* dimanaba toda jurisdicción, su principal officium era el tutelar la justicia. «Propio de los reyes -decía Avilés- es hacer juicios y administrar justicia, liberando a los débiles de manos de los calumniadores, así como a los menores y viudas que fácilmente son oprimidos por los poderosos». Y como «el Rey -- escribía SANTAMARÍA debe hazer por si las cosas que pueda y le tocan de oficio», en servicio a esa genérica obligación, desde la época visigoda -apunta GARCÍA GALLO- el monarca recorre constantemente el reino rodeado de su *palatium o audiencia* -que actúa como Consejo asesor para administrar justicia. Más tarde, bajo la monarquía castellana, Minguijón nos da numerosos testimonios de la asiduidad con que los reyes atendían a la función judicial y el interés con que el pueblo solicitaba que así se hiciera. Y en la época imperial-recuerda CASTÁN-, cómo los reyes seguían prestigiando la justicia, ya por su ejercicio personal -- como es el caso significativo de Isabel la Católica, cuando recorría a caballo los extremos de su reino para presidir los juicios de la Santa Hermandad-, ya por el celo con que atendían a la creación y dignificación de los organismos judiciales en sus diversos grados, no sólo en España, sino también en las Indias, donde las Audiencias gozaban de altísimos privilegios.

El administrar justicia e imponer el respeto al orden y a la Ley era la empresa que inequívocamente el Rey estaba llamado a hacer, pues -como escribía el P. NIEREMBERG- «la potestad que dan las gentes a su Rey, el respeto que le tienen, los tributos que le pagan, no es para que un hombre viva autorizado, rico, relajado y servido, sino porque es tan excesivo el beneficio que perciben o esperan recibir del oficio *Real*, guardándole justicia, defendiéndoles y amparándoles, que en agradecimiento y paga, le

dan todo respeto, sumisión y amor». De estos sentimientos poetizados en el teatro es de donde surge la figura del Rey justiciero, especie de providencia menor en las últimas escenas de nuestros dramas, que resuelve el conflicto premiando a los buenos y castigando a los malos. Así -según TIRSO:

*Haciendo Justicia pasa
un Rey de mortal a eterno.*

Y cómo ha de ser la suya una justicia amplia, moral, abierta a todos, como quiere ALARCÓN:

*Los oídos y las puertas
ha de tener siempre abiertos
un Rey que justicia guarde.*

El servicio a la justicia exige que el delito -por encima de cualquier consideración- no quede jamás impune, pues --como decía ALARCÓN- «es más conveniente castigar a un delincuente que salvar a un reino entero». Pero es ROJAS quien en este punto llega más lejos que ninguno. En su comedia *No ay ser padre siendo Rey*, elogia el rigor de la justicia, en la línea del famoso «heroísmo del Barroco», en cuya filosofía -como apunta V ÁCLAC- el conflicto entre el interés público y el interés privado, entre el deber real y el amor paterno -a nivel de una virtud sobrenatural- ha de resolverse a favor del primero.

Mas nuestros dramaturgos -por regla general- no siguen este criterio rigorista, por lo que las sentencias del Rey aparecen dosificadas por la *equidad*, cuando no por la aplicación de la gracia, con lo que se acomodan a esa «anomalía de nuestro espíritu» -que señalaba GANIVET y recoge IZQUIERDO- entre la aspiración a una justicia pura y trascendente y la piedad excesiva que pone en salvar al caldo, tanto o más empeño que se puso en derribarlo. «En España -decía GANIVET- castigamos con solemnidad y con rigor, para satisfacer nuestros deseos de justicia, y luego indultamos a los condenados para satisfacer

nuestros deseos de perdón». Y es que «el perdón -como comenta DE BUEN- tiene entre nosotros una encarnación teologal. A Don Juan Tenorio, sumo pecador español, se lo disputan en el drama de Zorrilla la sombra del comendador, símbolo de Justicia vindicativa, y la sombra de Doña Inés, símbolo de amor puro y de la piedad. Y el amor y la piedad valen más para Dios que los crímenes y pecados de Don Juan» ... «El perdón -añade DE BUEN- es la oferta y el pedimento que hace a Dios el cristiano en su Padrenuestro de cada día. Y la enseñanza moral que encierra esa oración, rezada durante tantos siglos, se ha entrometido tan hondo en las entretelas hispánicas, que hoy es patrimonio común de los cristianos y de los calificados de descreídos. De tal suerte es así, que si de quien no sabe perdonar no puede afirmarse que es un buen cristiano, menos cabe decirse que es un auténtico español».

Pero -como señala CASTÁN- aunque el pensamiento español de todas las épocas esté dominado por la idea muy arraigada de que la justicia ha de ir siempre unida a la piedad, la misericordia y el perdón, no podemos desconocer los daños a que pueden conducir los excesos de pietismo. SÉNECA -en su tratado *De la clemencia*- escribía que «no conviene perdonar a ciegas, pues, donde falta diferencia entre buenos y malos, se siguen confusiones y plagas de vicios». No hay que tener tal clemencia que alcance a todos por igual, ni que no alcance a ninguno, pues tanto es crueldad perdonar a cualquiera, como no perdonar a nadie.

Al final de la introducción a su magnífica monografía, *El Derecho en el Teatro Español* decía José María IZQUIERDO: «Estas páginas no tienen el interés de la actualidad palpitante que afana y preocupa ... Acaso también tengan el defecto de no servir para nada». De igual modo concluiríamos nosotros, sí no recordáramos que Don Juan VALERA -cuando discutía con Campoamor sobre la inutilidad de la Metafísica y de la Poesía- sostenía que «precisamente, en esto de no servir para nada práctico radicaba el más alto ideal».

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN: Ganar amigos, III, 58.
- ARCO, Ricardo del: *La Sociedad española en las obra dramáticas de Lope de Vega*. Escelicer, S.L. Madrid, 1942, pág. 423.
- AVILÉS: «Expositio capitum seu legum praetorum». Citada por José GARCÍA MARÍN en *La burocracia castellana bajo los Austrias*. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976, pág. 40.
- BUENO, Francisco: «Homenaje a los Magistrados de Indias». *Archivo Hispalense*, 2.^a época, núm. 16, Sevilla, 1956, pág. 257.
- CASTÁN, José: «La equidad y sus tipos históricos». Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en 4 de Junio de 1950. *Apud. Revista Gral. de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XIX, 2.^a época, junio 1950, pág. 735.
- CASTÁN, José: «La vocación jurídica del pueblo español». Discurso en la solemne apertura de Tribunales celebrada en 15 de septiembre de 1948. *Apud. Revista Gral. de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XIV, 2.^a época, pág. 377.
- CASTÁN, José: «Idea de la justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español». Discurso en la solemne apertura de Tribunales en 16 de septiembre de 1946. *Apud. Revista Gral. de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XII, 2.^a época, pág. 241.
- CATHREIN, Victor (S. J.): *Filosofía del Derecho*. Madrid. Hijos de Reus, 1916, pág. 157.
- COMELLAS, José Luis: *Historia de España Moderna y Contemporánea*. Madrid, Rialp, 1967, pág. 192.
- COROMINA y MONTAÑA, Pedro: «Las ideas Jurídicas en el Poema del Cid». *Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 97. Madrid, 1900, pág. 63.
- COSTA, Joaquín: *Introducción a un Tratado de política*

- sacado textualmente de los refraneros, romances y gestas de la Península*. Madrid, 1881, pág. 13.
- COSTA, Joaquín: «Representación Política del Cid en la epopeya española». Apud. *Estudios Jurídicos y Políticos*. Madrid, 1884, pág. 86.
- CREHUET, Diego María: «La Judicatura en La Estrella de Sevilla». Conferencia pronunciada en la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* el 5 de febrero de 1916. Tipografía Jaime Ratis, Madrid, 1916, págs. 27-28.
- DEMÓFILO DE BUEN: «Justicia de D. Quijote y Sancho». *Rev. Univ. de Panamá*, 2.º semestre 1944, págs. 60 y ss.
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco: *Tratado de Filosofía del Derecho*, tomo 11. Sevilla, 1977, pág. 470.
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco. «Acerca de una posible Historia del Pensamiento político español». *Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia*, 1941, T. 1, 2.ª época, pág. 435.
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco: *La Monarquía Tradicional*. Rialp, Madrid, 1954, pág. 159.
- FERNÁNDEZ DE LA MORA, Gonzalo: *Maquiavelo visto por los tratadistas Políticos españoles de la Contra reforma*. Arbor, T. XIII, núms. 43-44, julio-agosto 1949, págs. 417-449.
- FRUTOS, Eugenio: «La Filosofía del Barroco y el Pensamiento de Calderón». *Revista Universidad de Buenos Aires*, julio-septiembre 1951, pág. 177.
- GALÁN, Eustaquio: «Esquema histórico-sistemático de la teoría de la Escuela española del Siglo de Oro, acerca de la esencia, origen, finalidad y legitimidad titular por Derecho Natural del poder político». *Revista Gral. de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XXV, 2.ª época. Madrid, 1953, págs. 59 y 71.
- GANIVET, Ángel: *Idearium Español*. Colección Austral, Espasa-Calpe, Argentina, 4.ª

- edición. Buenos Aires, 1949, pág. 58.
- GARCÍA GALLO, Alfonso: *Curso de Historia del Derecho Español*, tomo 1. Madrid, 1946, pág. 98.
- HINOJOSA, Eduardo de: «Relaciones entre la poesía y el derecho». *Discurso de Recepción en la Real Academia Española*, 1904, pág. 30.
- IZQUIERDO, José María: *El Derecho en el Teatro español. Obras completas*, volumen IV. Sevilla, 1923, pág. 20.
- LECLERQ, Jacques: «Le fondement du Droit et le Societé». *Apud. Leçons de Droit Naturel*, 1926, págs. 161 y ss.
- LOPE DE VEGA: *La Gatomaquia*. VI.
- MAEZTU, Ramiro de: «Defensa de la Hispanidad». *Cultura Española*, 4." Edición. Madrid, 1941, pág. 116.
- MARAVALL, José Antonio. *La cultura del Barroco*. Ed. Ariel, Espuglas de Llobregat (Barcelona), 1975, pág. 276.
- MARQUÉS DE PIDAL: «La epopeya y el drama nacional». Discurso de recepción en la Real Academia Española el día 3 de marzo de 1895. *Apud. Discursos leídos en las recepciones públicas de la R.A.E. Serie 2.^a, tomo IV*. Madrid, 1948, pág. 109.
- MARTOS, Cristino: «Algunas observaciones que merecieron a nuestros grandes autores dramáticos del derecho, la Justicia y sus ministros». Discurso de ingreso en la R.A.E., en *Memorias de esta Academia*, T. VII. Madrid, 1896, pág. 428.
- MENÉNDEZ PELAYO, Marcelino: «Estudio crítico sobre Calderón». *Apud. Estudios y discursos de crítica histórica y literaria*. Ob. completas. Edición nacional del C.S.I.C. Santander, 1941, pág. 326.
- MENÉNDEZ PELAYO, Marcelino: «El sentimiento del honor en el teatro de Calderón». *Apud. Estudios y discursos de crítica histórica y literaria*. Ob. cit., pág. 377.

- MINGUIJON, Salvador: «Historia del Derecho Español». *Cuaderno XI*. Zaragoza, 1932, pág. 229.
- MORETO, Agustín: *De fuera vendrá*, II, 8 Y *La traición vengada*, II, 3.
- PALACIO ATARD, Vicente: *Derrota, agotamiento, decadencia de España del siglo XVII*. Madrid, Rialp, 1949, págs. 194-195.
- PEMÁN, José María: «La idea de Justicia en las Letras clásicas españolas». *Discurso leído en su recepción pública en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid, 1967, pág. 20.
- PEMÁN, José María: *Cartas a un escéptico ante la Monarquía*. Rialp, 4.^a edición. Madrid, 1956, págs. 222-223.
- POLAINO ORTEGA, Lorenzo: «El Derecho Procesal en el Libro del Buen Amor». *Revista de Derecho Procesal*, Año III, núm. 4, oct-nov. y diciembre de 1947, pág. 592.
- RODRÍGUEZ CASADO, Vicente: *De la Monarquía Española del Barroco*. Escuela de Estudios Hispanoamericanos. Sevilla, 1955, pág. 120.
- RUIZ JIMÉNEZ, Joaquín: *Del ser de España*. Madrid, Aguilar, 1963, pág. 89.
- SAAVEDRA FAJARDO: *Idea de un príncipe político cristiano, representado en cien empresas*, Empresa 22, B.A.E. Rivadeneira, T. XXV, pág. 67.
- TIRSO DE MOLINA: *Cautela contra cautela* I, 9.
- VACLAC GECNY: *Teoría política y Literatura del Barroco*. Atlántida, núm. 11, sep.-oct. 1964, pág. 500.
- VALBUENA BRIONES, Ángel: *Perspectivas críticas de las Obras de Calderón*. Rialp, 1965, pág. 127.
- VICO, Giambattista *De uno universi iuri principio et fine uno*. Opere filosofiche. Edición Ferrari, T. III. Milán, 1852, págs. 146-147, 424-425.

EL ARRENDAMIENTO DE TERRENOS DE
REGADÍO PARA LA PLANTACIÓN Y
APROVECHAMIENTO DE ÁRBOLES FRUTALES Y
LA LEGISLACIÓN SOBRE ARRENDAMIENTOS
RÚSTICOS

IGNACIO CASADO DE CEPEDA

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
de día 1 de abril de 1998

El conocimiento de un objeto es mucho más completo si se le contempla desde diferentes puntos de vista, pues la visión unilateral nos da una imagen plana, mientras que la multilateral nos da la imagen con relieve al añadirle más dimensiones.

Con las instituciones jurídicas y con el Derecho en general, nos ocurre lo mismo. Durante mi vida activa de Registrador de la Propiedad he estudiado y aplicado la legislación de arrendamientos rústicos muchas veces y mi visión parcial del asunto, sólo desde el punto de vista del jurista, me inducía a creer que la orientación social de protección absoluta del arrendatario, que la inspira, era correcta y plenamente justificada.

Desde mi jubilación comparto el estudio del Derecho con la actividad de agricultor y mi entrada en el mundo rural me ha puesto en contacto con las diferentes fincas y su variados cultivos, y con los agricultores, empresarios agrícolas y obreros, con lo que he podido observar los arrendamientos rústicos desde otra posición y he sacado la conclusión de que la orientación de la protección al arrendatario que la inspira, aplicada con carácter general a todo tipo de arrendamientos rústicos, no está plenamente justificada.

Por otra parte, contemplado el Derecho desde el campo de la sociología jurídica, podemos observar que como el Derecho es uno de los elementos constitutivos de la sociedad, y ésta es un organismo vivo en continuo movimiento, la evolución de la sociedad hace evolucionar al Derecho. Esta evolución no siempre coincide con la reforma legislativa, pues a veces, es anterior a ella, siendo causa de la reforma y otras es posterior cuando la reforma tarda en recibirse. La evolución es generalmente progresiva, pero también puede ser regresiva cuando determinadas instituciones o principios que han estado eclipsados vuelven a aparecer.

Concretamente en España la evolución social se ha ido reflejando en la legislación sobre arrendamientos rústicos. Prescindiendo de antecedentes remotos en los que este arrendamiento, o no existió, debido al carácter público de los terrenos, o fue sustituido por los censos de duración perpetua o

indefinida, en la propiedad señorial vinculada, deben destacarse como normas principales en la regulación de los arrendamientos rústicos en nuestra patria las siguientes:

- I. El Código Civil, de tendencia liberal e individualista, que aparte de las reglas comunes a otros arrendamientos dedica a los rústicos cuatro artículos, pocos para la importancia que tenía la institución en aquella época.
- II. La Ley de 15 de marzo de 1935 y su Reglamento de 27 de abril del mismo año, que dio al arrendamiento de fincas rústicas una configuración esencialmente diferente a la regulación de este contrato en el Código Civil, destacando entre sus preceptos la limitación del principio de la autonomía de la voluntad, la protección al arrendatario mediante contratos de larga duración con prórrogas forzosas a su voluntad e indemnizaciones y derecho de retracto en caso de transmisiones onerosas.
- III. La Ley de 31 de diciembre de 1980 que es la vigente y que derogó a todo el Derecho anterior. Esta Ley mantiene la protección al arrendatario, con preceptos imperativos, entre ellos los que marcan la larga duración de los contratos y sus prórrogas.
- IV. La Ley de 4 de julio de 1995 de Modernización de Explotaciones Agrarias, que contiene un artículo, el 28 concretamente, de gran importancia para los arrendamientos rústicos que se celebren a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, a los que marca una duración mínima de cinco años pudiendo el arrendador recuperar la finca al término del plazo contractual sin sujeción a ningún requisito o compromiso, salvo el de notificado fehacientemente al arrendatario, al menos con un año de antelación.

Esta última Ley tiene a mi juicio gran trascendencia, pues con ella se quiebra la línea, seguida en las disposiciones anteriores de alta duración de los contratos obligatoria para los arrendadores,

dándose lo que hemos considerado anteriormente como una evolución regresiva del Derecho.

De la gran variedad de arrendamientos rústicos existentes sólo quiero considerar aquí uno en especial que es *el arrendamiento de terrenos de regadío para la plantación y aprovechamiento de árboles frutales*, arrendamiento que está alcanzando una gran difusión en España y especialmente en la baja Andalucía occidental, pues la plantación de frutales requiere buen clima y agua abundante y ambas cosas se dan en la zona litoral de la provincia de Huelva, el clima agradable desde siempre, y el agua sin límite desde la terminación de la presa del Chanza cuyo embalse ha mantenido un alto caudal de agua incluso en épocas de sequía aguda.

Las plantaciones de naranjos son ya relativamente antiguas en la zona, pero actualmente se desarrollan las de otros frutales como el melocotón o la nectarina que merced a las modernísimas técnicas de riego implantadas por los agricultores dan unos productos de gran calidad que son exportados a toda Europa Occidental con gran éxito.

El desarrollo de los cultivos ha trascendido a toda España, y prueba de ello es la reciente visita a varios pueblos de Huelva de las altas autoridades de Cataluña, que probablemente informadas por agricultores catalanes que tienen empresas en la zona, han elogiado mucho las técnicas tanto de cultivo como de comercialización de las empresas allí radicadas.

Al contrato de arrendamiento que especialmente nos ocupa, le es aplicable en concreto el artículo cuarto de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos que dispone:

«UNO. Los contratos en cuya virtud el dueño del suelo cede, contra un canon o participación fija o variable, su uso por tiempo superior a doce años para plantar y aprovechar viñas, naranjos, olivares u otras especies arbóreas no forestales, se regirán por las normas de derecho común y, en particular, con las variaciones en su caso pertinentes en los territorios de derecho especial por las del artículo mil seiscientos cincuenta y seis del Código Civil».

Es decir, que este artículo 4.º-1 de la Ley ordena que estos contratos, superiores a los doce años de duración se regirán imperativamente por el artículo 1.656 del Código Civil, con las variantes en su caso del derecho especial.

El artículo 1.656 del Código Civil regula el contrato de establecimiento a primeras cepas o *rabassa morta* que tiene por objeto la cesión del suelo para plantar viñas, por el tiempo que vivan las primeras cepas, a cambio de una renta o pensión anual en frutos o en dinero. El Código Civil tomó del derecho catalán esta institución dándole carácter general, rigiendo el Código en este punto incluso en Cataluña, donde antes se regía por normas consuetudinarias.

Tanto por el lugar que ocupa el artículo 1.656 del Código Civil incluido en el capítulo de los censos enfitéuticos, como por las reglas que contiene para regular el contrato, la doctrina y la jurisprudencia reconocen que se trata de un gravamen análogo al constituido por la enfiteusis, con la diferencia de su temporalidad y el especial destino del suelo, que origina una división del dominio en directo y útil, y genera en favor del cesionario un verdadero derecho real con todas sus consecuencias.

La asimilación que el artículo 4 de la Ley de Arrendamientos Rústicos hace de los contratos para plantación de frutales con el establecimiento a primeras cepas o *rabassa morta* no es completa, pues, mientras que la regla 10 del artículo 1.656 del Código dispone que cuando terminado el plazo del contrato, continuare el cesionario en el uso y aprovechamiento de la finca por consentimiento tácito del cedente, no podrá aquel ser desahuciado sin el aviso previo que éste deberá darle con un año de antelación para la conclusión del contrato, el artículo 4.º-2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos establece que cuando después de terminado el plazo del contrato, continuare el usuario en el uso y aprovechamiento de la finca con consentimiento tácito del cedente, se considerará establecido un arrendamiento por seis años, con posibles tácitas reconducciones por periodos de tres años, dando normas para la fijación de la renta. Es decir, que mientras que en el Código Civil la continuación tácita del contrato

no es más que una prórroga del primitivo, en la Ley de Arrendamientos se convierte dicho contrato en un arrendamiento nuevo con posibles reconducciones por periodos de tres años, cuyo contrato como es natural habrá de regirse plenamente por la Ley de Arrendamientos y no por el Código Civil.

La Ley de Arrendamientos Rústicos presintió que la cesión de terrenos para la plantación de frutales no era un arrendamiento ordinario, pues su finalidad alargaba la duración del contrato hasta que realizada la plantación diera ésta su total rendimiento, y optó por asimilar el contrato al establecimiento a primeras cepas regulado en el Código Civil, sin tener en cuenta la distinta naturaleza de ambos contratos debida a la finalidad que cada uno de ellos cumple.

En el caso del establecimiento a primeras cepas se trata de poner en cultivo terrenos no roturados mediante la plantación de viñas, cuyo cultivo se adapta perfectamente a los terrenos abruptos y no necesita la previa puesta en riego, durando la explotación del viñedo un plazo largo que la Ley estima en cincuenta años.

En el caso de la plantación de otros frutales, se trata de explotar terrenos ya roturados y puestos en cultivo, que incluso suelen tener el agua al pie de la finca, mediante la plantación de frutales, melocotones y nectarinas generalmente, que requieren gran atención y cuyo total aprovechamiento es bastante más corto en su duración que se estima en unos doce años aproximadamente.

En el primer caso, la finalidad de poner en cultivo tierras baldías mediante la plantación de viñas común a las dos partes contratantes, y la larga duración del contrato, aconsejan la constitución de un derecho real con división de dominios análogo al censo, que permitirá la enajenación separada de ambos dominios, con posible unificación posterior, mediante los tanteos y retractos, y la constitución de derechos de garantía favorecedores del crédito.

En el segundo caso, basta con la relación personal a través del arrendamiento, que además es la más recomendable pues al concertarse un arrendamiento del tipo de plantación de frutales,

ambas partes tienen muy presente la calidad moral y profesional de la persona con quien contratan, y un cambio de dichas personas puede dar al traste con la finalidad perseguida de perfecta explotación de la finca.

Es curioso que la polémica doctrinal sobre el carácter personal o real del derecho de arrendamiento de bienes inmuebles, se nos aparezca como fondo de la cuestión que acabo de plantear. Para mí es indudable el carácter personal del derecho del arrendatario de bienes inmuebles, y en la relación arrendador-arrendatario lo que se pierde en amplitud, al no darse teóricamente *erga omnes* se gana en intensidad en las relaciones entre las partes contratantes.

Estimo por tanto que la cesión de suelo para la plantación de frutales que estamos contemplando es más conveniente ampararla en la figura del arrendamiento, que en la de censo contemplada en el artículo 1.656 del Código Civil.

A pesar de la terminante declaración del artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos en la que dispone la aplicación a estos casos del artículo 1.656 del Código, hay que tener presente que se refiere a contratos de más de doce años, y como tanto el aprovechamiento de las plantaciones de nectarinas, como las de melocotón tienen una duración normalmente inferior a dichos doce años, cabe la fijación de un plazo para el contrato de doce años a fin de que se rija exclusivamente por la Ley de Arrendamientos, sin perjuicio de que si en casos especiales no se ha terminado el aprovechamiento, se pacte de antemano la posible prórroga a voluntad del arrendatario por un año o más, según las circunstancias.

Centrado este contrato en la Ley de Arrendamientos en sentido estricto, nos encontramos para su regulación con los preceptos de la misma, que yo no considero afortunados dentro del conjunto de la legislación que regula la propiedad inmueble.

Al encontrarme de nuevo al cabo de los años, con la legislación sobre arrendamientos rústicos, he tenido la misma sensación que al encontrarme de frente con aquellos espejos que ponían en algunas calles céntricas aprovechando los ángulos de

las fachadas de los edificios colindantes, y a cuyos espejos se accedía de sopetón, sorprendiéndonos nuestra envejecida imagen. Efectivamente yo encuentro vieja la legislación sobre arrendamientos rústicos.

Estimo que actualmente, la creación de empleo, el fomento de las exportaciones y el desarrollo del crédito territorial que aporte fondos para la agricultura son más importantes que la mítica protección del arrendatario como un ser desvalido. Os puedo asegurar que en la explotación de frutales hay arrendatarios, personas individuales y sociedades que antes de firmar un contrato de arrendamiento cuentan con informes de asesorías jurídicas y fiscales, de técnicos agrícolas especialistas, de economistas, y de conocedores a fondo de los mercados nacionales y extranjeros. Esto, unido a su experiencia personal muy amplia respecto de plantas adecuadas a las zonas, plaguicidas y seguros, hacen que la pérdida para ellos sean un caso muy improbable. Respecto de estos arrendatarios sobra la protección que en todo caso el que la necesitaría es el arrendador.

No niego la existencia en estos días de pequeños agricultores necesitados de protección, pero esta protección no debe ser la de mantenerlos en su hábitat, como ocurre con los linceos o las águilas reales, sino en crear amplios regadíos en los que estos agricultores encuentren acomodo, bien como obreros con retribuciones adecuadas o bien como futuros propietarios con la ayuda del crédito territorial.

En definitiva a ello nos empuja nuestra actual pertenencia a la Comunidad Europea, que considera con vocación forestal a todos esos minicultivos que por su tamaño y escasa producción no soportan el empleo de maquinaria, y no tendrán más solución que el cooperativismo en zonas fértiles, pues en las demás terminarán en bosque a fuerza de subvenciones.

Dada la complejidad del mundo agrícola, creo que no debe hablarse de un tipo único de arrendamiento rústico con una sola legislación aplicable, pues no es lo mismo que el arrendatario lo sea de una pequeña finca, indispensable para el sustento de su familia, que lo sea una sociedad anónima de una gran finca a cuya

explotación no le guía más que el espíritu de lucro, válido en toda empresa de cualquier clase que sea. En el primer caso está justificada la protección del arrendatario, en el segundo no, puesto que hay igualdad entre los contratantes y cualquier clase de disposiciones protectoras no harían más que crear dificultades a la contratación con el consiguiente perjuicio al tráfico económico.

El contrato de arrendamiento para la plantación de frutales es de sencilla constitución. Mediante él, una persona, arrendador, cede una finca de riego con agua al pie a otra persona, arrendatario, para que la plante de determinada clase de frutales y explote la plantación por un cierto número de años calculados teniendo en cuenta la duración útil de la plantación, a cambio de una renta anual, normalmente revisable a partir del quinto año de la plantación, debiendo devolver la finca, el arrendatario al arrendador en el mismo estado en que la recibió.

Las dificultades surgen cuando se trata de adaptar el contrato a la legislación vigente. Así ocurre con la exigencia de que el arrendatario sea profesional de la agricultura y de que no sean ya titulares de explotaciones agrarias de determinadas extensiones, ambas de difícil, por no decir imposible comprobación por el arrendador, y que pueden dar lugar a la terminación del arrendamiento con la consiguiente incertidumbre. También puede ocasionar dificultades la prohibición de pactar en el contrato que el arrendador recupere la finca arrendada con sus mejoras sin indemnización, ni en general modificar los derechos reconocidos al arrendatario en materia de mejoras, aunque en este contrato los gastos de adaptar el riego a la plantación y cultivo de árboles no son muy costosos, pues se limitan a la instalación de tuberías de plástico y grifos para el goteo, y de los motores impulsores del agua, elementos ambos que están amortizados al terminar el contrato y normalmente en mal estado de servicio a causa de su continua utilización lo que simplifica el problema.

Menos dificultad ocasiona la facultad del arrendatario de determinar el tipo de cultivo, ya que éste se especifica en el contrato y debe mantenerse, al igual que en los contratos regidos

por el artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos ya citado.

Todas estas dificultades hacen que los contratos actualmente celebrados no estén totalmente de acuerdo con la legislación de arrendamientos y que en definitiva su ejecución dependa de la buena fé de las partes. Pero hay titulares de tierras que temen esta incertidumbre y se oponen a este tipo de contratos, por lo que es frecuente que los cultivadores al no encontrar terrenos para arrendar y serles muy gravosa la compra de la tierra, elijan otras zonas, concretamente en el norte de África para asentarse con sus cultivos, ya que allí encuentran más facilidades y los jornales son más baratos, con el consiguiente perjuicio de las zonas fruteras de la baja Andalucía.

En definitiva estimo que en una futura reforma de la legislación de arrendamientos rústicos debiera limitarse la protección de los arrendatarios a los pequeños cultivadores de fincas con destino al mantenimiento familiar, e ir liberando de trabas los restantes arrendamientos rústicos.

Es absurdo que en estos momentos no puedan ser arrendatarios los extranjeros, salvo el principio de reciprocidad, cuando en otras actividades todas las empresas están en manos de multinacionales, como ocurre con el aceite, con los vinos, con las cervezas, con los supermercados y los grandes almacenes, por no citar más. Tampoco es lógica la exigencia de profesionalidad de la agricultura para ser arrendatario pues para ser titular de una empresa no se exige la profesionalidad que, además, limita sin causa que lo justifique, que el agricultor pueda dedicarse juntamente con su explotación agrícola a otras actividades.

En cambio, cuando se estima que el cuarenta por ciento de la propiedad rústica está cultivada en régimen de arrendamiento, la Ley no exige forma alguna para los contratos que por ella se rigen. Mientras la legislación hipotecaria lleva más de un siglo tratando de afinar la publicidad del dominio y de los derechos reales para favorecer el crédito territorial con la ventaja que ello supone para economía nacional, la legislación sobre arrendamientos rústicos sigue empeñada en mantener la

clandestinidad de los contratos que regula. Es increíble que a las puertas del siglo XXI el artículo 74.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos disponga: «El adquirente de la finca aunque estuviere amparado por el artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador». De golpe el cuarenta por ciento de las fincas rústicas de España han quedado desvalorizadas por estar arrendadas mediante un contrato que sólo conocen el arrendador y el arrendatario, o quizás ni ellos mismos, pues pudo hacerse de palabra y, ya sabemos que las palabras se las lleva el viento.

Ya no cabe la excusa de la incultura del agricultor. Han pasado más de sesenta años desde que fracasó la forma escrita y registro de arrendamientos que estableció don Manuel GIMÉNEZ FERNÁNDEZ en su Ley de 1935, y en los tiempos actuales el agricultor está más familiarizado con los papeles de lo que parece. Estoy harto de ver «tíos Celedonios» que en las oficinas del Catastro o de la PAC dan tres mil vueltas a los enterados.

Por otra parte el analfabetismo ya no es moneda corriente entre nuestros agricultores. Prueba de ello es que los libros de matrícula en los que se refleja el movimiento de obreros de las explotaciones agrícolas, los asientos correspondientes están todos firmados por los interesados, sin que aparezcan las famosas huellas dactilares que en tiempos pasados constituían una verdadera plaga. Estimo que se impone una forma escrita para los arrendamientos rústicos, pues la sola expresión en los documentos de transmisión de las fincas de que éstas están arrendadas no es suficiente, puesto que para valorar la trascendencia económica del arrendamiento hay que conocer su contenido que con fijeza sólo puede reflejarse en un documento por escrito.

La forma escrita serviría además como base para el funcionamiento del Registro de Arrendamientos Rústicos, actualmente inexistente al derogar la legislación anterior la vigente Ley de Arrendamientos, que en su artículo 24 anuncia la organización por Real Decreto, a propuesta de los Ministerios de Justicia y Agricultura, de un Registro Especial de Arrendamientos Rústicos.

Este Registro debiera organizarse como independiente pero coordinado con el Registro de la Propiedad y llevado por los mismos Registradores, y serviría para publicar los arrendamientos a fin de hacerlos oponibles a los futuros adquirentes, sin perjuicio de su voluntaria inscripción en el Registro de la Propiedad si se quisieran conseguir mayores efectos que su simple consideración como carga de la finca.

El documento ratificado ante Notario, pudiera servir de base a la inscripción en el Registro Especial, tratando de facilitar ésta con medidas de abaratamiento de la titulación e inscripción, a parte de la muy notable rebaja ya existente en el tipo del Impuesto de Transmisiones establecida en el Reglamento de este Impuesto.

Por último, no quiero dejar de aludir, por la trascendencia que tiene, a los problemas que surgen con motivo de la colisión del derecho de hipoteca con los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, originados fundamentalmente por la poca claridad de la legislación arrendaticia, y sobre todo, por la falta de una publicidad adecuada de los contratos de arrendamiento.

Hasta ahora era indudable que los arrendamientos, tanto rústicos como urbanos, anteriores a la constitución de una hipoteca, aún no estando inscritos, subsistían caso de enajenación de la finca arrendada en la ejecución hipotecaria. La razón de ello está en la protección del arrendatario y en la preferencia del arrendamiento sobre una hipoteca que se constituyó después, con lo que el acreedor hipotecario debía conocer la existencia y características del arrendamiento de la finca hipotecada, presunción poco fundada que ya he criticado con anterioridad, pues la imperfecta publicidad del arrendamiento puede privar al acreedor de conocer su verdadero alcance.

Por el contrario, respecto de los arrendamientos concertados después de constituida una hipoteca, caso de ir ésta a la ejecución, quedaban extinguidos, al igual que los derechos de tanteo y retracto anejos al arrendamiento, y ello se debía a que el sistema de purga motivada por la ejecución daba a la hipoteca el carácter de condición resolutoria de los derechos establecidos con posterioridad a la inscripción de dicha hipoteca.

En el primer caso, de arrendamientos anteriores a las hipotecas la subsistencia del arrendamiento era unánimemente aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, pero en el segundo, es decir, el de hipotecas anteriores a arrendamientos, la extinción del arrendamiento era la normalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, pero había dos sentencias, una de 19 de febrero de 1968 y otra de 9 de junio de 1990, la primera relativa a un arrendamiento urbano que declara la subsistencia del contrato, y la segunda relativa a un arrendamiento rústico, que solamente declara la subsistencia de los derechos de tanteo y retracto anejos al arrendamiento.

Recientemente, ha sido dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, una Sentencia de 23 de febrero de 1991, en la que enfrentado el acreedor hipotecario con el arrendatario de una nave comercial de exposición de coches constituido con posterioridad a la hipoteca, entiende que la ejecución hipotecaria no comporta la extinción del arrendamiento posterior sino el mantenimiento del mismo.

De prosperar el criterio de esta Sentencia, el crédito hipotecario ya retraído en cuanto a fincas anteriormente arrendadas quedaría anulado en cuanto a toda clase de fincas, pues la aparición de un arrendamiento posterior a la hipoteca, subsistente en la ejecución hipotecaria daría al traste con la concesión de créditos garantizados con hipoteca ante la posibilidad de no conseguir en la subasta cantidad suficiente para cobrar la deuda.

La doctrina de esta Sentencia ha sido criticada con gran acierto por José Manuel García García en un artículo publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 607 de nov-dic/91, poniendo de manifiesto la transcendencia que puede tener en el campo del derecho inmobiliario y registral.

Aunque la Sentencia de 23 de febrero de 1991 haya sido dictada con ocasión de un arrendamiento urbano, cuya legislación tiene marcadas diferencias con la que rige los arrendamientos rústicos objeto de nuestra atención, los fundamentos de dicha Sentencia contienen aseveraciones contrarias a los principios que

rigen nuestro derecho inmobiliario y a la misma naturaleza del derecho real de hipoteca. Así ocurre con la interpretación del artículo 131, Regla 17, de la Ley Hipotecaria, que ordena la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca del actor, en el sentido de no estar comprendido en ella los derechos personales que no hayan tenido acceso al Registro de la Propiedad, como era el arrendamiento objeto del litigio, doctrina que contradice la diferencia existente entre los derechos reales y los personales, y entre los inscritos y los no inscritos, haciendo de mejor derecho al personal y al no inscrito, lo que es inadmisibles desde el punto de vista doctrinal. Y lo mismo ocurre cuando se concreta a interpretar aisladamente dicho artículo 131, regla 17, de la Ley Hipotecaria, que es adjetivo, sin tener en cuenta las demás reglas de dicho artículo y olvidando la natural esencia del derecho de hipoteca, que constituye una limitación a las facultades dispositivas del dueño desde el mismo momento de la inscripción, lo que supone someter todos los actos dispositivos del dueño a la condición resolutoria de la posible ejecución hipotecaria.

Afortunadamente, respecto de los arrendamientos rústicos contamos con una antigua y fundamental sentencia, la de 5 de febrero de 1945, que declaró que el arrendamiento rústico posterior a la constitución de hipoteca se resuelve con la ejecución de ésta, diciendo lo siguiente: «La hipoteca, derecho real de máxima garantía para la realización del valor de la cosa gravada, efectuada por su titular del pleno dominio, naturalmente pulveriza cuando su efectividad llega cuantas cargas o limitaciones de disposición, uso y disfrute figuren establecidas en el fundo posteriormente a la fecha de aquella, momento en que fue perfecta y al que han de retrotraerse todos sus efectos. Produce sin duda tal destrucción, incluyente de cualquier cohibición del goce y la perdurable cesión de éste, porque es de esencia sustancial de la calidad de ese característico gravamen, y porque la razón advierte la notoria influencia que en el valor en cambio inmobiliario tienen los condicionados de la facultad de disfrutar que ciertamente merman la garantía constituida y cuando se trate de

arrendamientos a largo plazo, estipulado después de dicha garantía ocasiona el finiquito de éste. Lo determina registralmente al ser cancelada su inscripción si lo estuviese como derecho real y la causa de su título personal, porque la propia hipoteca deshace el derecho de arrendador para ceder en perjuicio de aquella facultad dominical que integra parte de lo realizable asegurado».

La exacta doctrina de esta sentencia no ha sido alterada por la de 9 de junio de 1990, que se refiere a un problema de retracto arrendaticio rústico, sin afectar al de la extinción del arrendamiento posterior como consecuencia de la hipoteca, limitándose a destacar que cabe el derecho de retracto del arrendatario rústico respecto de la adjudicación de la subasta derivada de la ejecución de hipoteca, partiendo de que el arrendamiento subsiste durante el año agrícola y que no se extingue ope legis sino a instancia del nuevo propietario, todo lo cual es discutible.

De todo lo expuesto creo que pueden sacarse las siguientes conclusiones:

Primera.- En el ordenamiento jurídico todas las disposiciones constituyen un todo orgánico en el que las normas protectoras de un grupo de personas por numerosas que éstas sean y por respetables que resulten sus intereses han de ser establecidas con carácter restringido, pues siempre acaban perjudicando a la mayoría, e incluso a veces a los mismos que se tratan de proteger. Así ocurre con los arrendatarios, cuya protección acaba minando las normas encaminadas a la libre transmisión de bienes inmuebles y en definitiva al crédito territorial, motor de todo crecimiento económico.

Segunda.- Que concretamente en la legislación española, la tendencia proteccionista del arrendamentario rústico que alcanzó su máximo desarrollo en la Ley de 1935, en cuya época estuvo plenamente justificada dada la situación social del campo en aquellos años, y que ha sido mantenida en la legislación posterior, puede apreciarse un cambio, representado por la Ley de 4 de julio de 1995, de Modernización de Explotaciones Agrarias, que ha rebajado la duración mínima de estos arrendamientos a cinco años

con recuperación de la finca por el arrendador al término del contrato sin sujeción a ningún requisito o compromiso, salvo la notificación fehaciente al arrendatario. Este cambio también se ha apreciado en la legislación sobre arrendamientos urbanos ya que en el R.D.L., de 30 de abril de 1985, se suprimieron las prórrogas forzosas de estos arrendamientos, es decir, que en ambos casos se ha dado una evolución regresiva en el Derecho que normalmente debe continuar.

Tercera.- Que la legislación sobre arrendamientos rústicos debería distinguir, al menos, dos tipos de contratos totalmente diferenciados: los relativos a fincas de pequeña extensión, cuyos arrendatarios deben ser protegidos por el carácter familiar de sus explotaciones; y los que tienen por objeto fincas de mediana o gran extensión explotadas con espíritu de empresa con fin de lucro en los que las partes concurren en situación de igualdad, por lo que ninguno necesita protección. De esta forma se fomentaría el aumento de explotaciones y la creación de empleo, cosas ambas intensamente anheladas por los economistas.

Y *cuarta.*-Que se impone la necesidad de forma escrita para los contratos de arrendamiento rústico, como la más adecuada para dar firmeza a las estipulaciones del contrato. Ello permitiría además su inscripción en el Registro Especial de Arrendamientos Rústicos que debiera crearse como independiente pero coordinado con el Registro de la Propiedad y desempeñado por los mismos Registradores. La inscripción publicaría como carga el arrendamiento y sería necesaria para su oponibilidad a terceros. Sin perjuicio de ello, el arrendamiento podría voluntariamente inscribirse en el Registro de la Propiedad en la forma prevista en la Ley y Reglamento Hipotecarios, si se quisiera disfrutar de los beneficios que otorga la inscripción en este Registro.