



CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

C/ Silvano, 55
28043 Madrid (España)
Tel.: 913 087 232
Fax: 913 087 053
revistajuridica@notariado.org
www.notariado.org



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO. EXTRAORDINARIO 2018. 40 CE. XIV



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



XIV
EXTRAORDINARIO 2018



constituc4ón

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos



CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO



Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO
C/ Silvano, 55 - 28043 Madrid - España
Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org
Sumarios de los números publicados: www.notariado.org

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044
Depósito legal: M-8652-2012

NIPO (Papel): 051180484
NIPO (pdf): 05118049X
Impreso en España - *Printed in Spain*

Edita: LEFEBVRE-EL DERECHO, S. A.

Maquetación: PRINTING'94, S. L. printing@printing94.es
Impresión: GRAMADOSA, S. L.

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

D. Antonio Rodríguez Adrados (†)

DIRECTOR EN FUNCIONES Y SECRETARIO

D. Víctor Manuel Garrido de Palma

CONSEJEROS

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José Manuel García Collantes
D. Francisco Javier García Más
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo (†)
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José Carlos Sánchez González

40º ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: PUNTO DE PARTIDA PARA CONSTRUIR UNA SOCIEDAD MEJOR

Dolores Delgado García
Ministra de Justicia

El 40º aniversario de la aprobación de nuestra Constitución Española nos ha hecho reflexionar sobre muchos aspectos de la misma. Pero, sobre todo, de dónde venía España antes de nuestra Carta Magna y los tiempos de paz y convivencia que estamos viviendo con su vigencia. No fue fácil llegar al encuentro, pero valió la pena el esfuerzo.

Hoy podemos afirmar rotundamente que la aprobación de la Constitución Española como marco de convivencia entre los ciudadanos hace 40 años, y norma fundamental de relación entre los poderes públicos y la ciudadanía, ha posibilitado el periodo más largo y próspero en la historia de nuestro país a través de la realización diaria de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico: la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo jurídico.

A mí siempre me gusta recordar las palabras de Julián Besteiro, el presidente del PSOE y de las Cortes durante la Segunda República, quien afirmó medio siglo antes que “una Constitución no es un punto de llegada, sino de partida”. Y nuestra Constitución de 1978 ha servido como herramienta útil para la convivencia democrática de los españoles, promoviendo su desarrollo económico y social y la estabilidad política, como quedó demostrado con la respuesta de la ciudadanía y las instituciones al intento de golpe de Estado de 1981.

Actualmente, vivimos otros retos como los desafíos independentistas o populistas que amenazan nuestra estabilidad. La cuestión territorial es uno de los que más nos preocupa porque amenaza el fundamento mismo del Estado, su unidad. Pero estando a favor de

que la Constitución debe reformarse, como explicaré más adelante, este hecho no impide valorar la historia del Estado autonómico como un caso de éxito: de un Estado centralista, autoritario y negador de la pluralidad territorial, hemos pasado a otro descentralizado, moderno y democrático. Ni tampoco puede quedar emborronada por la interesada crisis provocada en Cataluña desde el ámbito independentista.

Con esto quiero decir que, pese a visiones negativas o adanistas, nuestra Constitución no ha quedado obsoleta, sino que ha sabido ofrecer respuestas a grandes desafíos, como fue el terrorismo, la incorporación a la Unión Europea, facilitar –a través del sistema electoral– la formación de gobiernos estables, aplicar el artículo 155 para ofrecer una cobertura jurídico-constitucional a medidas extraordinarias e, incluso, permitir el cambio de gobierno a través de una moción de censura, algo que nunca había sucedido a nivel nacional en cuatro décadas de democracia.

Por tanto, la Constitución de 1978 no es una Carta Magna para una sola generación, afectada de obsolescencia política o técnica. No podemos aceptar el simplismo de considerarla de una generación y que ya no sirva a los intereses generales. Sin embargo, debemos ser conscientes de que la sociedad española de finales de los setenta, recién salida de una dictadura, no es la misma que la de principios del siglo XXI. El mundo y España han cambiado, y mucho. Por ello, para que nuestra Carta Magna siga siendo nuestro patrimonio común, debemos afrontar los nuevos retos y realidades sociales surgidos 40 años después de su promulgación en 1978.

Ya en marzo de 2005 el Gobierno socialista presidido por José Luis Rodríguez Zapatero solicitó un informe al Consejo de Estado sobre una posible reforma constitucional, defendiendo que “los textos constitucionales no pueden pretender ser definitivos, ni aspirar a permanecer intangibles, si se quiere que continúen sirviendo con fidelidad a los objetivos que se han marcado en su origen. Las generaciones posteriores a la constituyente tienen también el derecho de revisar sus formulaciones, manteniendo el hilo de continuidad que reside en sus valores, en sus principios y en sus opciones fundamentales. En tanto que fundamento de la conciencia colectiva, la Constitución no puede ser indiferente ni insensible a los cambios relevantes que se producen en la comunidad”.

Quizás, ahora mismo, en términos de oportunidad política, no sea el mejor momento para acometer esa reforma, pero sí para ir preparando el terreno para cuando llegue ese día. Debemos acometer una reflexiva revisión de la Constitución Española, sin dramatismos ni

reparos, que nos permita llegar a acuerdos. Y, para que tenga éxito y dar muestras probadas de madurez democrática, debemos renovar el pacto constitucional dentro de un espíritu de concordia, igual que sucedió cuarenta años atrás. Revivir ese ánimo de convivencia y consenso que la hizo posible.

Los países con una larga tradición democrática son aquellos que se mantienen respetuosos a su carta fundamental. Y, además, también suelen ser los más desarrollados desde el punto de vista social, económico y cultural. Debemos felicitarnos por alcanzar 40 años de normalidad democrática, cuatro décadas de la Ley Fundamental más duradera en nuestro país que nos ha permitido vivir en armonía. Pero también debemos ser realistas y que este hecho nos permita poner en valor nuestra Carta Magna para dotarnos del impulso necesario para su reforma y así seguir consolidando nuestro Estado de Derecho. En definitiva, que la Constitución siga siendo punto de partida para construir una sociedad mejor.

INTRODUCCIÓN

José Ángel Martínez Sanchiz

Presidente del Consejo General del Notariado

La confianza social es la base sobre la que se apoya la institución notarial. Desde hace más de cuatro mil años, los hombres depositamos nuestras declaraciones y pensamientos en escribas o escribanos *pro memoria conservanda* o *pro futuris temporis*, ya que, como es sabido, las palabras vuelan.

A través de la escritura se transmite y conserva para el futuro la experiencia humana, no en forma práctica, como reclamara una antigua tablilla de Ur, sino en el caso de los notarios en un “estilo claro y preciso, sin frases ni término alguno oscuros y ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma”, según reza el art. 148 del Reglamento Notarial, con palabras tomadas del ilustre Morcillo, quien fuera decano del Colegio Notarial de Madrid a fines del siglo XIX.

Sin embargo, la escritura es algo más, es la declaración de voluntad; no la recoge, sino que la expresa, cuidando que sea acorde con la Ley. Por ello, el negocio jurídico, gracias al control de legalidad notarial, deviene oficial, pasa a ser público o, como decían los antiguos, un *contractus publicus*. La actuación notarial supone, por tanto, la recepción del acto de autonomía privada pro el ordenamiento, es la culminación del Art. 1.255CC.

Así, y por ejemplo, en ejercicio de esta función pública, deberá denegar o expulsar del instrumento que vaya a autorizar aquellas cláusulas o estipulaciones que sean patentemente opuestas a la ley (por ejemplo, una comisión bancaria por encima del límite legalmente establecido), o las ya declaradas nulas por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación o, de acuerdo con la reciente línea interpretativa de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, aunque no esté inscrita en dicho Registro, posea valor jurisprudencial.

En este sentido, el art. 147 del Reglamento Notarial declara: "Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de la escritura y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios".

Sin embargo, el sistema que se ha venido siguiendo por la práctica comercial a la hora de firmar los préstamos con hipoteca no facilitaba la aplicación del precepto. La realización en el mismo día de la compraventa de la vivienda y del préstamo, para pago de su precio, y la acumulación de la información consiguiente, no ayudaba a que fuera convenientemente procesada por el consumidor, en una atmósfera, por demás, impregnada de las lógicas tensiones.

Es este contexto, recientemente el Tribunal Supremo ha venido a distinguir, por así decir, entre entender y comprender. La comprensión iría más allá del entendimiento; precisaría no solo el entendimiento de la concreta cláusula propuesta, sino también de sus diversas alternativas. No basta el mero consentimiento informado, sino que se precisa que esté rectamente formado.

El Alto Tribunal acepta que, en general, tales cláusulas están claramente redactadas y que son inteligibles, pero no considera suficiente que se hayan cumplido los requisitos de incorporación en el momento de la escritura, ni que el notario, fiel con lo expresado y reconocido en la misma, haya informado, leído y explicado su contenido. Es necesario, a su juicio, que el consumidor se haya formado opinión previamente, en la fase preliminar o anterior al contrato, gracias a la exposición de los diversos escenarios posibles. Distingue así entre la transparencia formal en el acto de la firma y la transparencia material en la fase preliminar o anterior al contrato. La ausencia de transparencia material, según su novedosa interpretación del art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, apareja la posibilidad de declarar la naturaleza abusiva de la cláusula, aun refiriéndose ésta al objeto principal del contrato (los intereses).

En estrecha correlación con este precepto y su interpretación, el proyecto de ley contratos de crédito destinados a la adquisición de inmuebles de uso residencial -que traspone la Directiva 2014/17- impone al notario el deber de levantar un acta, sin coste para el ciudadano, en la que quedará constancia del cumplimiento por el

prestamista de los deberes de informar a quien esté interesado en celebrar un contrato de préstamo, previamente a su perfección, con especial referencia a la documentación recibida de la entidad prestamista. Pero no sólo, pues, asimismo, al notario debe conocer si el prestatario ha recibido de la prestamista explicaciones suficientes, que le hayan permitido comprender, materialmente, el contenido de las cláusulas.

La intervención notarial, de este modo, adquiere una especial relevancia, pues coadyuva con el prestatario para que ejerza, conscientemente, su libertad, en su manifestación de libertad contractual, conforme a la ley. Y ello pues tiene por fin que, con su asesoramiento y actuación, el prestatario, materialmente, conozca y comprenda, antes de quedar vinculado, el riesgo económico y jurídico que asumiría si consintiese en contratar. De este modo, y como consecuencia, el notario ofrece seguridad jurídica al prestatario, y contribuye a la realización de un principio de nuestro orden constitucional.

Desde luego, este proyecto de ley incide y profundiza en los aspectos esenciales de la función notarial. Así, la seguridad jurídica que su intervención ofrece al ciudadano, recíprocamente, genera en éste confianza en el notario y su función.

Una tarea labrada durante siglos, consiguiente a su fidelidad y compromiso para recoger en el documento público la voluntad de los otorgantes, rectamente formada, gracias a la información y asesoramiento notariales, y en la que cabe encontrar el origen de la fe pública, en tanto que bien jurídico. Fe pública que, de un lado, presupone el compromiso del notario con la verdad y la legalidad, y que es consecuencia de la credibilidad que, tradicionalmente, le han dispensado los ciudadanos, que, en definitiva, es causa eficiente de la autoridad que recibimos por parte del Ordenamiento jurídico. Mientras que, de otro, confiere al documento autenticidad, formal y de fondo, y su contenido deviene verdad oficial, en homenaje no solo a la seguridad jurídica, sino a los derechos humanos y a la justicia en general.

Por lo expuesto puede decirse, que la fe pública garantiza a los ciudadanos un espacio de libertad, de autonomía negocial, pero, asimismo, refuerza el ejercicio de sus derechos, y se configura como un bien jurídico, amparado constitucionalmente a la luz del art. 9 de nuestra Norma Fundamental.

Por último, debe hacerse referencia a cómo la función notarial contribuye a la preservación del fin último del propio Derecho: la convivencia pacífica de los ciudadanos. Su intervención puede pa-

recer modesta, sin embargo, la fijación de determinados hechos en un acta, evita un conflicto futuro. El relevante papel del notario en la denominada *Jurisdicción voluntaria* responde a esta no menos importante finalidad de su función. En ella no sólo intervine recogiendo manifestaciones, fijando hechos o declarando su notoriedad, facilitando el ejercicio de los derechos, si no existe contienda sobre su existencia, sino también, procurando la solución de conflictos entre particulares al intervenir como conciliador e intentar la avenencia entre los enfrentados. No en balde, ya en La Partidas aparecía la llamada *escritura de paz*, y paz es la raíz etimológica de los pactos que sancionamos en nuestros instrumentos, que, por así decir, se convierten en artífices de la paz a través del pacto, que, de este modo, responden a una finalidad esencial para la vida en sociedad.

En todas estas tareas la fe pública notarial procura la realización de principios, valores y derechos y libertades fundamentales consagrados en nuestra Norma Fundamental, tales como la seguridad jurídica, la paz social y la libertad. A su realización se compromete el notario al prestar su juramento o promesa de fidelidad a la Constitución, que hoy honramos al conmemorar su refrendo por la ciudadanía.

SUMARIO



**Dedicado a Don Antonio Rodríguez Adrados,
jurista, humanista, maestro, y quien con su
ejemplo de bondad, estudio y dedicación nos
enseñó como debe ser un Notario**

Prólogo de la Ministra de Justicia 5

**Introducción del Presidente del Consejo General del
Notariado 9**

REFLEXIONES

**LIBERTAD ECONÓMICA, UNIÓN EUROPEA Y CONSTI-
TUCIÓN. ¿HASTA DÓNDE?..... 19**
Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón

**ORDEN CONSTITUCIONAL, PODERES PÚBLICOS:
PROYECCIÓN SOBRE EL PRINCIPIO JURÍDICO
PRIVADO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD..... 33**
Juan Fernando López Aguilar

LECTURA POLÍTICA DEL NOTARIADO..... 75
Javier Feás Costilla

LA CONSTITUCIÓN Y EL NOTARIADO

LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES..... 87

Antonio Rodríguez Adrados

EL NOTARIADO Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 97

Juan Bolás Alfonso

EL NOTARIO, LA CONSTITUCIÓN Y LOS VALORES CONSTITUCIONALES..... 113

Ignacio Gomá Lanzón

DERECHO A LA VERDAD. SU ENCARNACIÓN NOTARIAL Y CONSTITUCIONAL..... 123

J. Ignacio Navas Olóriz

LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL EN CLAVE JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL 143

Leonardo B. Pérez Gallardo

EL INSTRUMENTO PÚBLICO COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL Y EL NOTARIO COMO AUTORIDAD Y COMO ÓRGANO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA..... 223

José María Gómez Riesco Tabernero de Paz

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, NOTARIADO Y CONSTITUCIÓN 245

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DEL NOTARIADO..... 261

David Blanquer Criado

LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PRIVADO

APUNTES PARA UN ESTUDIO DE LA HISTORIA Y LA DOGMÁTICA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PRIVADO 309

Ángel Manuel López y López

EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 1978.....	321
Lorenzo Prats Albentosa	
EL DERECHO DE LA PERSONA CUARENTA AÑOS DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN	369
M. ^a Ángeles Parra Lucán	
DERECHO DE FAMILIA Y CONSTITUCIÓN	397
Carlos Martínez de Aguirre	
LA IGUALDAD ANTE LA LEY DE LOS HIJOS CON INDEPENDENCIA DE SU FILIACIÓN EN EL DERECHO DE SUCESIONES.....	415
Manuel Espejo Lerdo de Tejada	
LA CONSTITUCIÓN Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL.....	447
Ana Moreno Sánchez-Moraleda	
COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE DERECHO CIVIL...	475
Pedro de Pablo Contreras	
UN DERECHO MERCANTIL CONSTITUCIONAL	497
Guillermo Jesús Jiménez Sánchez	

REFLEXIONES



LIBERTAD ECONÓMICA, UNIÓN EUROPEA Y CONSTITUCIÓN. ¿HASTA DÓNDE?

Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón
Consejero Permanente de Estado

1. El objeto de este artículo es investigar las concordancias o diferencias existentes entre la Constitución española y la normativa europea en torno a cuestión tan importante como es la libertad económica, algo capital en una economía de mercado como aquella en que estamos, vivimos y somos. Y, una vez identificadas tales diferencias y concordancias, analizar su posible integración.

Cuando la consolidación del constitucionalismo supuso la liberalización del mercado, la libertad recién adquirida exigió, para ser efectiva, un plus de seguridad jurídica y el Notariado fue instrumento eficaz para garantizarla. Hoy vivimos en una economía de mercado que desborda nuestras fronteras y, por ello, necesitamos garantizar un plus de seguridad. La seguridad que da el Derecho tanto el de la Unión como el estatal.

España y la Unión Europea son economías capitalistas y así lo reconocen sus normas fundamentales. Pero, mientras la Constitución española de 1978 responde al modelo de capitalismo dominante por aquellas fechas en nuestro entorno europeo, la Unión parece orientarse, día a día, hacia un modelo de capitalismo pretendidamente más liberal que el tratamiento de la crisis acentúa.

El artículo 38 CE proclama como derecho fundamental la libertad de empresa en una economía de mercado que a la luz del artículo 1.1 CE sitúa el modelo económico de la Constitución entre dos polos irrenunciables, la libertad de empresa y los derechos sociales cuya efectividad requiere una intervención de los poderes públicos, ya como prestadores, ya como garantes.

El Tribunal Constitucional, en su zigzagueante doctrina, no ha dejado de explicitarlo. La primera, la libertad de empresa, cuyo conte-

nido procede de la autonomía de la voluntad personal y patrimonial consagrada en diversos artículos de la Constitución, supone la libertad para crear empresas, establecer sus propios objetivos, dirigir y planificar su actividad en atención a los recursos y condiciones del mercado (STC 225/1993 FJ 3B). Lo segundo, la economía social, exige una corrección, sobre criterios de justicia material, de los costes de la competencia y de la distribución de sus beneficios según el propio mercado.

El mismo Tribunal, a partir de las SS 19/1982 y 83/1984, seguido en este punto por la más acreditada doctrina, considera que el art. 1,1 CE, al definir nuestro Estado como "Social y Democrático de Derecho", no propugna una organización específica del mismo, sino una determinación de sus fines, que son los previstos en el art. 9.2 de la Constitución. Esto es, hacer efectivas la libertad y la igualdad entre ciudadanos y colectivos, removiendo los obstáculos pertinentes. Y todo ello, a la luz del valor superior de Justicia proclamado en el art. 1,1, CE. El camino ha de ser justo y la meta, el orden social a que se refiere el art. 10, también justo.

Ello se articula a través de los derechos sociales calificados ya como derechos fundamentales, ya como Principios Rectores, contenidos en el título I, de disposiciones relativas a economía y hacienda contenidas en el título VII y de garantías institucionales. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en las Sentencias 18 y 23/1984, entre otras, eso no supone una intervención totalizadora del poder público en la economía, sino una interrelación dialéctica entre tales poderes y la propia sociedad que va, por poner algunos ejemplos, desde la fiscalidad a la autorregulación pasando por la prestación de lo que Forsthoff denominó "ámbitos vitales efectivos" para compensar la carencia de "ámbitos vitales de dominio".

Por un lado, el adjetivo de "Social" puede exigir políticas públicas activas y en este sentido la búsqueda del pleno empleo propugnada en el artículo 40, podría recurrir a la iniciativa pública en el campo de la economía prevista en el art. 128 CE. Así lo recomiendan economistas tan prestigiosos como Krugman o Stiglitz y es claro que no toda iniciativa pública tiene que ser tan burda y costosa como frecuentemente la demagogia ambiental exige.

Por otra parte, es claro que el Estado Social pretende encuadrar el mercado en regulaciones e instituciones que limitándolo le dan coherencia y solvencia. Así lo dice expresamente el art. 38 CE. Para volver por vía de ejemplo a las garantías institucionales, es indudable que los Colegios Profesionales (art. 36 CE) condicionan el acceso al mercado, que la Administración Pública del Derecho Privado

(art. 149,1,8º CE) excluye el ejercicio de la Fe Pública de la libre competencia entre terceros de confianza, juristas o no, y otro tanto ocurre con un sistema público de seguridad social y como tales no han faltado críticas al sistema. Baste recordar los Informes de la Comisión Nacional de la Competencia.

La Unión Europea, desde el Tratado de Lisboa de 2007, tras la polémica suscitada por el Tratado Constitucional de 2004 y su subsecuente frustración, también ha asumido la idea de la "economía social de mercado" (art. 3.3) y ha abundado en declaraciones concordantes con ella. Pero, desde los Tratados fundacionales hasta las más recientes Directivas para hacer efectivo el mercado único, acentúan la idea de libre competencia sobre todo lo demás y las normas e instituciones se orientan no a la corrección de la mecánica del mercado sino a su liberación. Se trata de un modelo de economía de mercado en la que los poderes públicos se limitan a crear un orden jurídico objetivo para la acción económica privada sin intervenir en el mismo para orientarlo ni, menos aún, para corregirlo, sino, antes bien, para imponerlo. Baste a tales efectos recordar la deriva desde el Informe Monti a la Directiva de Servicios de 23/2006. Gráficamente se ha podido afirmar que se ha construido mercado, positivamente a golpe de norma y, negativamente, a golpe de sentencia.

2. En consecuencia, la normativa europea, cuando menos, tiende a contradecir aquellas normas constitucionales españolas que excluyen de la competencia sectores de la economía (v.gr. art. 128) o que condicionen y en consecuencia limiten el acceso al mercado (v.gr. art. 36).

El problema está en determinar las consecuencias de esta contradicción atendiendo a dos extremos. De un lado, la primacía del derecho comunitario y de otra la identidad constitucional y la consiguiente autonomía institucional de los Estados miembros cuya norma suprema es la propia Constitución.

En efecto, sabido es que la jurisprudencia del TJU ha decantado dos caracteres fundamentales de la normativa europea: su efecto directo y su primacía sobre el derecho de los Estados miembros, primacía sobre toda norma estatal incluso las de derecho constitucional. Tal es la doctrina iniciada en el asunto Costa/ENEL de 1964 y culminada en los asuntos Handelgesellschaft de 1970 y Politis de 1971. Que doctrinalmente e incluso la jurisprudencia constitucional francesa y española, los efectos de dicha primacía se califiquen de desplazamiento y no de derogación es irrelevante, porque el resultado es la aplicación de la norma comunitaria y no de la estatal. Lo importante es que dicha doctrina somete la Constitución estatal, no

solo al derecho originario de la Unión, sino al derivado, de manera que una norma comunitaria del mínimo rango, algo difícil de determinar en un ordenamiento que no siempre responde al principio de jerarquía, podría convertir en irrelevante, no derogándola, pero sí desplazándola, una norma o una institución constitucional.

Como después expondré, esta doctrina, verdadero golpe de estado judicial, al decir de europeísta tan distinguido como Pescatore, ha sido y es contestada por la mayoría de las jurisdicciones constitucionales europeas, como respuesta ha tratado de imponerse en el frustrado Tratado Constitucional de Roma de 2004 (art. I-6), para poner unilateralmente fin a la polémica, y se ha pretendido reintroducirla en el Tratado de Lisboa, por vía de Declaración que, como tal no forma parte del Tratado (art. 51 a contrario) y que se limita a copiar un Dictamen del servicio jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007, un dictamen que reitera los términos de la jurisprudencia citada (Declaración nº 17).

Ahora bien, también es sabido que la Unión respeta la identidad de sus miembros entendiendo por tal "las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos" (art 4,2 TUE) y, en consecuencia, garantiza su autonomía institucional, noción que ya no se explicita en los últimos tratados sin que falte quien vea en ello un exponente del expansionismo competencial de la Unión ya demostrado, si necesario fuera, en el campo procesal (v.gr. STJUE de 18 de Julio de 2007).

La doctrina española, al hilo del euroentusiasmo dominante, no ha dudado en poner el acento en el primero de estos extremos, la primacía del derecho comunitario, y someter, sin escándalo ni reticencia alguna, la Constitución al derecho de la Unión cualesquiera que fueran los efectos de ello. No en balde la eurofilia española, a diferencia de lo que ocurre en el resto de los grandes Estados de la Unión, se caracteriza por ser acrítica e ingenua. Y el tenor de tan complaciente doctrina ha influido en la jurisprudencia constitucional. Baste señalar el contraste entre la Decisiones 1/1992 y 1/2004 del Tribunal Constitucional, relativa la primera al Tratado de Maastricht y la segunda al frustrado Tratado Constitucional de Roma. Mientras en aquella el Tribunal afirmó la indisponibilidad de la Constitución por vía de tratado, en la segunda, señaló, más allá de su utilidad orgánico procedimental, una sustancia integracionista en el art. 93 CE y solamente reconoció una hipotética posibilidad de contradicción entre la Constitución y el derecho de la Unión.

No ha sido ni es así entre los más importantes Estados miembros de la Unión Europea. Si sus Jurisdicciones constitucionales no han

tenido reparo alguno en reconocer la primacía del derecho europeo sobre las normas de rango legal e infralegal, también han afirmado la supremacía de la propia Constitución estatal sobre la normativa europea, tanto el derecho originario como el derivado. Rodríguez Iglesias, de cuyo más solvente europeísmo no cabe dudar, en 1993 y yo mismo en el 2005 señalamos esta larga evolución que ahora cabe sintetizar desde el "mientras que" de la doctrina "Solange", afirmada por el Tribunal Constitucional alemán en 1974, hasta el "si salvo que" de las resoluciones del Conseil Constitutionnel francés a partir de 2004, pasando por las Sentencias italianas de 1973 (Frontini), 1984 (Granital) y 1989 (Fragd) donde se afirman los límites constitucionales a la integración mediante la reserva hipotética de constitucionalidad sobre la normativa comunitaria y, sobre todo, por las reiteradas Sentencias polacas, desde la de 27 de Mayo del 2003 (K 11/03) hasta la de 11 de mayo de 2005 (K 16/04), donde se afirma rotundamente la supremacía de la Constitución y el consiguiente control de la jurisdicción nacional sobre la constitucionalidad del derecho internacional o comunitario. La más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el tratado de Lisboa confirma esta evolución.

En 1974 El Tribunal alemán afirmó la primacía de la Ley Fundamental y su consiguiente control sobre las normas comunitarias mientras que éstas no ofreciesen garantías dogmáticas y orgánicas análogas a las de aquella, algo que se reiteró en 1979 (Vielleicht), y en 1983, matizando sus consecuencias prácticas (Solange II) y se acentuó a partir de 1993 (Maastricht) y sobre todo en el 2010 (Tratado de Lisboa).

Por su parte, el Consejo Constitucional francés, a través de una larga evolución, cuyos antecedentes están en la doctrina Matter sobre la relación ley-tratado internacional, formulada por el Consejo de Estado, allá en 1931, ha afirmado el imperativo constitucional de incorporar el derecho europeo, "salvo" que, como señaló en 1970 contradiga "las condiciones esenciales al ejercicio de la soberanía nacional", concretadas mucho después, en 1991, en "el deber general del Estado de garantizar el respeto a las instituciones de la República, la continuidad de la vida de la nación y la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos" para, más adelante, en 2004, referirse como causa de excepción a "las leyes fundamentales de la República", "una disposición expresa de la constitución", "disposición específica de la constitución" o, en el 2006, que atente "a reglas o principios inherentes a la identidad constitucional de Francia", incluyendo en ella los valores consagrados en el Preámbulo de

la Constitución de 1946 a la que se refiere la de 1958, expresiones en las que la doctrina ha señalado una creciente amplitud y simultánea flexibilidad de los límites con lo que ello supone de mayor margen a la interpretación jurisdiccional.

En resumen, según los más autorizados exponentes de la jurisprudencia constitucional comparada, si por opciones políticas legítimas se quiere hacer compatible la Constitución con normas que le son discrepantes, la Constitución puede y debe ser reformada, como se hizo en la República federal en el caso relativo al servicio militar de la mujer; pero no puede prescindirse de ella en tanto esté en vigor ni revisarla sin atenerse al procedimiento formal de reforma y hacerlo con un consenso, político, social e institucional, tan amplio o mayor como el que presidió su génesis.

3. La argumentación que latía tras dicha tesis es la siguiente. La Constitución es, expresa o tácitamente; la norma suprema del Estado; es en su virtud, como el Estado se integra en la Unión; en consecuencia, dicha integración no puede derogar la Constitución o, lo que es lo mismo a efectos prácticos, desplazar sus normas. La integración supranacional no permite disponer de la Constitución estatal. Esta fue la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en la decisión 1/1992, desafortunadamente aguada, frente a toda la experiencia comparada, en la Decisión 1/2004. Y, lo que me parece de importancia capital, la supremacía de la Constitución no se deduce de una mera posición jerárquica afirmada en la misma que el poder constituyente constituido, esto es la revisión constitucional podría modificar, sino porque la Constitución expresa la infungible identidad de un pueblo soberano. Tal es la doctrina expresamente formulada por los Tribunales Constitucionales alemán desde 1993 y polaco desde 2005 entre otros –influidos todos ellos entre sí– y reiterada con énfasis en la Sentencia de 6 de julio de 2010 sobre el Tratado de Lisboa. Cuando un pueblo deja de tener conciencia de su propia identidad soberana y prefiere que sus problemas se resuelvan desde el exterior cae en lo que desde 1940 puede llamarse “síndrome de Vichy”.

Sería deseable la más profunda incorporación de nuestro supremo intérprete de la Constitución a este fecundo “dialogo entre los jueces” que debe ser horizontal y no solo con la Corte de Justicia de la Unión, atendiendo a lo que Pescatore denominó la articulación constitucional del poder de integración, tarea esta que tan solo cabe esbozar aquí a través de las siguientes tesis.

a) El artículo 93 CE es el fundamento de la participación de España en la UE. En consecuencia, el poder de integración allí configurado no puede ir más allá de atribuir el ejercicio, como tal revocable, de determinadas y como tal limitadas competencias, a la Unión. Tesis que concuerda perfectamente con el principio de atribución y la revocabilidad de la Unión reconocidos en los Tratados de la misma y que fue expresamente mantenida, primero por la Cámara de los Lores, y, después por el Tribunal Constitucional alemán en la S. de 8 de abril de 1987 (caso Koppenburg), precisamente muy favorable al derecho comunitario.

b) Esta atribución realizada mediante Ley Orgánica no puede exceder las propias competencias del legislador orgánico al que el art. 93 citado habilita para autorizar dichas atribuciones competenciales. Es decir, no puede reformar la propia Constitución, algo solo factible mediante los procedimientos previstos en el título X de la misma, ni afectar al contenido esencial de los derechos fundamentales, ni derogar la imagen social identificadora de aquellas instituciones garantizadas por lo que la doctrina y la jurisprudencia conoce como, perdón por la redundancia, garantías institucionales.

c) La Constitución, sistemáticamente interpretada, obliga al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la pertenencia de España a la UE, entre otras, a la incorporación del derecho derivado. Un derecho derivado cuya compatibilidad con la Constitución estatal no viene garantizada por la conformidad del derecho primario y la propia Constitución y que, por tanto, debiera ser sometido a un control de constitucionalidad regido por una voluntad integradora, esto es lo que cabría denominar un prejuicio favorable y, a la vez, un respeto no solo formal sino substancial, a la supremacía de la Constitución afirmada en el art. 9 de la misma y tantas veces reiterada en foro legislativo, jurisdiccional, doctrinal y político.

d) Dicho control debiera distinguir, en nuestra constitución económica, tres tipos de disposiciones. Por una parte, aquellas previsiones cuya puesta en práctica parece condicionada por la normativa comunitaria. Otras, cuyas condiciones de ejercicio han sido alteradas por la pertenencia de España a la Unión. En fin, una serie de normas e instituciones que, a más de su incidencia en la vida económica, forman parte de la estructura constitucional del Estado.

Respecto de lo primero, baste señalar la eventual mutación del artículo 128 CE. Su párrafo segundo –“mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio”– era, al momento de su redacción,

perfectamente compatible con el entonces vigente art. 222 del tratado CEE y con la noción de derechos especiales exclusivos que permitía a los Estados establecer el monopolio de los servicios de interés económico general (art. 90 del mismo tratado). Ahora bien, la interpretación de este artículo se invierte a partir de la S. del TJUE de 19 de mayo de 1991, por obra de la Comisión y de la jurisprudencia comunitaria al considerar los "derechos especiales exclusivos" contradictorios con el mercado único a justificar en cada caso por el Estado afectado. La situación, es cierto, se moduló a partir de la Sentencia Corbeau de 1993 y las modificaciones del tratado de Ámsterdam han culminado en el de Lisboa. Pero, aparte del marasmo normativo señalado por la doctrina y la *ciboga* mantenida sobre la cuestión por el Parlamento Europeo y la propia Comisión, no se ha relajado el condicionamiento de la decisión estatal a los procedimientos comunitarios.

A la hora de garantizar el "sistema público de la seguridad social" que prevé el artículo 41 CE y cuya privatización tantas apetencias suscita, sería conveniente atender a la distinción que la jurisprudencia constitucional francesa y alemana han hecho entre servicios públicos ordinarios y constitucionales, esto es que "tengan su fundamento en disposiciones constitucionales". Y no solo porque supongan funciones de soberanía –como también sería el caso de la Fe Pública en la que más adelante abundaré– sino porque a través de ello se hacen efectivos valores substantivos del pacto constitucional como es el valor superior de igualdad consagrado en el art. 1.1 CE.

En cuanto a lo segundo, no puede mantenerse, como ha pretendido algún autor, más docto en estructura económica que en análisis jurídico, que nuestra constitución económica ha sido derogada de facto. Como parte integrante y sustancial del pacto constitucional sería muy peligroso considerarla obsoleta. Mejor sería inspirarse en lo que el Tribunal Constitucional alemán afirmó en las dos sentencias Solange de 1974 y 1983. "En tanto que" las instituciones y políticas europeas permitan cumplir los objetivos de determinados Principios Rectores no se deroga ni desplaza la norma constitucional, tan solo se muta su técnica de aplicación. Así, por ejemplo, las previsiones del art.130 CE serían ahora servidas por la PAC y la PPC. Cual sea el éxito de tales instrumentos dependerá de su gestión política como lo sería su articulación legislativa y reglamentaria por normas internas. De la misma manera que el juzgador debiera controlar éstas si contradijesen unos principios cuyo "reconocimiento, respeto y protección... informaran la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos" (art. 53,3), también el juzgador

español debiera controlar en qué medida el derecho derivado relativo a estas materias es conforme con dichos principios y en general con las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho.

En tercer lugar, encontramos las garantías institucionales, esto es, aquellas normas que persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas, identificadas a través de un concepto, cuyo mantenimiento no engendra derechos subjetivos, pero cuya erosión viciaría de inconstitucionalidad la norma que atenta contra ellas. No es esta la ocasión de analizar la genealogía doctrinal y despliegue comparatista de las garantías institucionales y baste decir que nuestra jurisprudencia constitucional las conoce desde la STC 32/1981.

¿Cuáles son los criterios que permiten identificarlas? Como, siguiendo la doctrina alemana ha señalado entre nosotros el pfr. Jiménez Blanco, la finalidad protectora y su referencia a una institución. En efecto, la garantía institucional proporciona una protección reforzada, originada en la propia voluntad del constituyente, para tutelar un bien referido a los valores constitucionales substanciales que se actualizan en una institución determinada. A mi juicio, la principal de todas ellas prácticamente consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, el sistema público de seguridad social garantizado en el art. 41 CE que responde al valor superior de igualdad (art.1 CE), asegurado mediante la suficiencia de la asistencia y prestaciones sociales. No hay Estado social sin esa "procura existencial" (Forsthoff).

4. Ahora quiero hacer cumplida referencia a otras dos garantías institucionales que también contribuyen, desde sus respectivos ángulos, a ahormar el mercado, evitando su deriva hacia el rastro: los Colegios Profesionales (art. 36 CE) y la Administración Pública de Derecho Privado (art. 149,1,8º CE), instrumentos de valores constitucionales tan relevantes como el derecho de los consumidores de servicios profesionales en el primer caso (art. 52 CE) y la seguridad jurídica en el segundo (art 9,3 CE), seguridad jurídica instrumentada mediante el control de legalidad propio del Notariado. Por su entidad axiológica material y su relieve formal en la Constitución se trata de algo que el derecho de la Unión no puede desplazar. Los negociadores españoles en Bruselas debieran tenerlas muy en cuenta y los juzgadores españoles tomarlas tan en serio como el resto de la norma fundamental y seguir el criterio de nuestros más importantes socios europeos. La Constitución podrá ser, en su caso reformada por los procedimientos en ella previstos y con las condiciones de

consenso que presidieron felizmente su factura, pero, mientras esté en vigor, no puede ser desplazada.

Parece que la ola liberalizadora encontraba, por ahora, un límite en nuestro sistema de Fe Pública, organizado en la Administración Pública de Derecho Privado a cargo de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles que, como funcionarios públicos, ejercen en expresión del Tribunal Supremo (S. 17 de febrero de 1972) "una fracción de la soberanía" y así lo ha reconocido la normativa comunitaria (art. 2,2.1/ de la Directiva, de acuerdo con el art. 51 del Tratado de funcionamiento). Sin embargo, el TJUE el año 2011 mantuvo un criterio contrario poniendo en tela de juicio este carácter del Notariado y el propio TS español en S. de 19 de junio de 2012, con argumentos de derecho privado, se apartó un tanto de esta concepción soberanista de la Fe Pública que, curioso es señalarlo, recalcaba en Sentencia de la misma fecha respecto de su propio Notariado el Tribunal Constitucional alemán. Por ello, es muy oportuna y positiva la reciente declaración del Ministro español de Justicia comprometiéndose a defender en Bruselas la índole funcional del Notariado.

No ocurre lo mismo con los Colegios Profesionales objeto de la garantía institucional del art. 36 CE que tanta alarma producen en pagos comunitarios e incluso ministeriales. Ciertamente que se ha abusado de la figura colegial. En épocas autoritarias para hacer de ellos cauces de representación política, en épocas democráticas para crear profesiones tituladas con fines claramente maltusianos. Del Colegio de titulados se pasaba así a los titulados por pertenecer a un Colegio. La deformación de la institución es evidente y ello no ha redundado en su solidez. La doctrina ha distinguido por ello los Colegios propios de los impropios y en algún voto particular a los dictámenes del Consejo de Estado he señalado la necesidad de restringir a los primeros la garantía institucional del artículo 36, precisamente para fortalecerla.

La finalidad de los Colegios, lo que justifica su garantía institucional es, en expresión del Tribunal Constitucional, asegurar "que el ejercicio de la profesión, que constituye un servicio al común, se ajusta a las normas o reglas que aseguran tanto la eficacia como la eventual responsabilidad del ejercicio" (STC 897/1989 fj 5º). Se trata de un supuesto de autorregulación en beneficio de los consumidores de los servicios profesionales y no de los profesionales mismos que, por ello, no tiene sentido cuando los profesionales están ligados por una relación de supremacía especial a su único cliente, la administración (STC 76/2003).

Sin duda la institución colegial propia es un límite al libre mercado en cuanto que condiciona el libre acceso al mismo, por más que conceptualmente pueda y deba distinguirse entre la libertad de trabajo del art. 35 y su condicionamiento mediante la titulación y colegiación prevista en el artículo 36. Pero es un límite que se justifica por criterios que, parafraseando el famoso título de Röpcke, se encuentran "Mas allá de la oferta y la demanda", cuando la colegiación sirve para proteger los derechos del consumidor garantizándole la calidad de sus consumos y la equidad del precio que por ellos paga y la disciplina de profesiones. Especialmente de aquellas que coadyuvan a la gestión de bienes públicos como es el caso de los notarios por las razones ya apuntadas, de los abogados respecto de la administración de justicia o de los médicos, farmacéuticos, veterinarios, enfermeras, etc. respecto de la sanidad. Pero también de aquellas otras profesiones liberales cuya alta cualificación profesional que la disciplina colegial debe garantizar tanto como el título académico, es parte muy importante de nuestro capital humano que sería irresponsable disolver en un mercado de supuesta competencia perfecta. Pero es esa calidad una de las mejores bazas de nuestra anhelada competitividad y su garantía colegial ha de ser fuente de seguridad para el consumidor, indispensables condiciones ambas, competitividad y seguridad, del crecimiento económico.

La garantía institucional despliega en tres líneas su protección: la dirección, la intensidad y la temporalidad. Esto es frente a quien protege, que protege, desde y hasta cuando protege.

En cuanto a la primera, la protección funciona frente al legislador, cualquiera que este sea y, claro está, frente al poder reglamentario. Pero también inter privados, puesto que, como ha señalado la jurisprudencia comparada, existe un paralelismo en el alcance horizontal de la vigencia de las garantías institucionales y los derechos fundamentales que, por ello, no son solo oponibles ante el poder público. Extremo este especialmente importante en relación a los Colegios Profesionales y la Administración Pública de Derecho Privado porque es preciso asegurar tanto la no disolución de los primeros, ya por obra del legislador ya por las consecuencias del principio de no colegiación obligatoria, como la eficacia de la segunda al servicio de la seguridad jurídica impidiendo su privatización formal y su colonización al servicio de las partes más poderosas en el tráfico. Las últimas reformas del reglamento Notarial son ejemplares al efecto.

Respecto de lo segundo, el Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia alemana, ha dejado claro que la garantía institucional no protege un contenido inmutable, sino una

determinada imagen social que hace reconocible la institución. Parafraseando a Windscheid, puede afirmarse que cada palabra del legislador, es tributaria de su tiempo y el tiempo es forma de edad. Por ello, cuando el constituyente se refirió a los Colegios Profesionales lo hizo teniendo presente lo que eran y son, no un mero nombre vacío y otro tanto puede decirse cuando mencionó los instrumentos y registros públicos. Los trabajos constituyentes especialmente en el Senado así lo revelan.

Ello nos lleva a explicitar en dos direcciones, pasado y futuro, la dimensión temporal de la protección atrás mencionada.

En la génesis de la garantía institucional, Carl Schmitt señaló cómo las instituciones fruto de la evolución histórica llegan a un punto de cristalización de su propia imagen. Una imagen socialmente reconocible cuya preservación es fundamental a la institución, pero que proporciona seguridad a quien ha de usar de ella, como integrante de un paisaje jurídico conocido. Es a esa imagen a la que hay que atender. Por ejemplo en el caso del Notariado no a la de los escribanos del Antiguo Régimen o al sistema anglosajón de una acreditación más privada que pública, garantizada a través de costosos seguros también privados, sino a la acuñada por la ley de 1862 cuyo ciento cincuenta aniversario festejamos

Pero la preservación de la imagen no puede suponer la fosilización de la institución. Precisamente porque lo que justifica la protección no es tanto la institución protegida sino los valores que dicha institución sirve y es claro que los cambios sociales y económicos exigen que los mismos valores se sirvan en cada momento histórico con fórmulas y técnica a la altura del tiempo. Cuando el tráfico económico-mercantil se realiza "on line", la seguridad jurídica ha de garantizarse también públicamente, sin patrimonialización alguna, "on line", sin perder de vista que la seguridad jurídica excede con mucho la seguridad de las comunicaciones. Se refiere a la certeza de lo comunicado. Por eso mismo, la ley de Colegios profesionales de 1974 se modificó en 1978 y clama hoy por su adecuación a las necesidades del presente. Lo que se petrofacta, se putrefacta.

Y termino como empecé. ¿Supone esta ya larga intervención una orgía jurídica que juega con los conceptos y olvida la apremiante realidad política y económica?

No sería la primera vez que se me acusara de ello, sin que ciertamente la experiencia avalara la crítica. Porque el derecho sirve para racionalizar, encauzar y poder manejar, con lo que Hegel denominaba pasión de hielo, esas tan apremiantes realidades. Intenta y cuando los juristas son jurisprudentes consigue, transformar los con-

flictos de intereses, afectos y aun pasiones en interpretaciones que permiten integrar lo distinto. Integrar el cambio con la continuidad, la libertad con la seguridad y con la justicia, el derecho de la Unión con nuestra identidad constitucional. Una identidad constitucional avalada por mas de tres décadas de convivencia democrática y progreso social que no debe poner en juego lo que cabría llamar, parafraseando a mi crítico de antaño, orgía de siglas y de magnitudes macroeconómicas, de muy discutible fiabilidad a la luz de las más recientes experiencias.

ORDEN CONSTITUCIONAL, PODERES PÚBLICOS: PROYECCIÓN SOBRE EL PRINCIPIO JURÍDICO PRIVADO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Juan Fernando López Aguilar

Catedrático de Derecho Constitucional

Presidente de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia

y Asuntos de Interior en el Parlamento Europeo y ex Ministro de Justicia

SUMARIO:

- I. PREMISAS: EL DEBATE SOBRE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES CONSTITUCIONALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. DERECHO PRIVADO Y DERECHO CONSTITUCIONAL
- II. LA LIBERTAD, LA IGUALDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. DOGMÁTICA Y JURISPRUDENCIA. 30 AÑOS DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL
- III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LOS PODERES PÚBLICOS: DERECHO CIVIL Y DERECHO CONSTITUCIONAL. LA CUESTIÓN SUSTANTIVA Y LA CUESTIÓN PROCESAL
- IV. ANÁLISIS DE LA DELIMITACIÓN DE LA LIBERTAD NEGOCIAL Y DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL MARCO DE LAS DETERMINACIONES CONSTITUCIONALES
- V. LA EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO EN LA DISPONIBILIDAD Y LA RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
- VI. LA CUESTIÓN DE LA DISPOSICIÓN Y LA RENUNCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CASO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL
- VII. LA EFICACIA DE LA DISPOSICIÓN Y LA RENUNCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES Y EN EL DERECHO DE ASOCIACIÓN

- VIII. LA EFICACIA DELIMITADORA DE LAS CLÁUSULAS DE LA BUENA FE CONTRACTUAL Y EL ABUSO DEL DERECHO
- IX. CONCLUSIONES
- X. BIBLIOGRAFÍA

I. PREMISAS: EL DEBATE SOBRE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES CONSTITUCIONALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. DERECHO PRIVADO Y DERECHO CONSTITUCIONAL

El Derecho es mi profesión y es mi vocación. Y el Derecho ha sido el centro de mi actividad universitaria. El propósito de estas páginas me brinda una oportunidad de recuperar un objeto del que me ocupé más tempranamente en mi formación académica como constitucionalista: la *autonomía de la voluntad*.

Concretamente, en estas líneas voy a ocuparme de la *autonomía de la voluntad* (principio jurídico-privado regulador de las relaciones entre particulares) desde la perspectiva del *orden constitucional*. Más específicamente, vamos a ocuparnos aquí del binomio que conforma la proyección del principio de autonomía contractual de los particulares sobre el sistema jurídico que fundamenta y limita a los poderes públicos en nuestro particular orden constitucional.

Es éste, en efecto, un asunto del que me ocupé en fecha temprana en mi actividad como constitucionalista. Publiqué una monografía que llevó por título, en 1990, *Derechos fundamentales y libertad negocial*(1).

Lo hice en un momento en el que ese objeto había sido poco visitado y era, sobre todo, epicentro de elucubraciones de naturaleza teórica y escasas referencias prácticas y jurisprudenciales, de modo que los tratadistas nos veíamos obligados esencialmente a importar doctrina extranjera. Notablemente, era el caso de la doctrina alemana en alusión a la "*eficacia ante terceros*" o "*entre particulares*"

(1) LÓPEZ AGUILAR, J. F.: *Derechos Fundamentales y Libertad Negocial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

de los derechos fundamentales. El grueso de esa doctrina ha sido incorporada en España en el curso de los años mediante el extranje-rismo que la ha dado a conocer en la doctrina española: la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*, que en alemán significa literalmente "eficacia tercera" o "eficacia ante terceros" de los derechos fundamentales(2).

II. LA LIBERTAD, LA IGUALDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. DOGMÁTICA Y JURISPRUDENCIA. 30 AÑOS DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL

Han pasado muchos años desde que yo incursioné en ese objeto. Y han sido años decisivos para la consolidación de este orden cons-titucional.

Nuestra Constitución de 1978 ha ido cumpliendo años, de modo que hace mucho tiempo que el orden constitucional fundado en esa Constitución dejó de ser un orden constitucional "joven", que fue la calificación con la que durante demasiado tiempo y de forma inercial se intentó encubrir un cierto menosprecio de la progresiva madura-ción de la Constitución a la que estábamos asistiendo.

De modo que hace mucho que los constitucionalistas españoles venimos contribuyendo a la conmemoración de cada efemérides de la fecha más notable del ciclo constituyente que completó la tran-sición con la aprobación en referéndum por todos los españoles –6 de diciembre de 1978, por lo que ese día del año es ahora festivo en toda España– de la Constitución española de 29 de diciembre de 1978.

Y es fácilmente entendible que ese esfuerzo doctrinal haya tenido un tono marcadamente positivo –valoración encomiástica, celebra-ción– en ocasiones especiales marcadas por números redondos: los primeros diez, veinte, treinta años... Pero este 6 de diciembre de 2018 la Constitución española cumple 40 años. Para quienquiera que en ese tiempo se haya formado como estudiante de Derecho y luego como jurista (como profesor, en mi caso), la resonancia de la data de 40 años cumplidos es un aldabonazo. Era difícil prever que los cumpliríamos, tantos, pero aquí están, son historia, son parte de nuestra historia.

(2) Véase GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del TC*, Civitas, Madrid, 1986.

Quienes nos inscribimos en la que ha dado en llamarse, en términos sociológicos, "generación de la Constitución" –nacidos en los años 60 del pasado siglo, transcurrimos nuestra adolescencia en plena Transición y entramos en la Universidad (Derecho en Granada, en mi caso) como primera promoción que iniciaba sus estudios después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978–, recordamos claramente el impacto que en nuestra lectura personal de la Historia de España tenía por aquel entonces la evocación de una larga dictadura que duró 40 años: el régimen del General Franco, tras la sublevación y la sangrienta Guerra que acabó con la II República. "¡40 años!", resonaban, a falta de más larga memoria, a toda una eternidad.

Se ha cumplido, pues, la hora de *levantar acta notarial* de cuatro fructíferas, densas, inolvidables décadas de consolidación de la "*aventura democrática*" (título de un ensayo que publiqué en 2009) que arrancó en el abordaje del ciclo constitucional 1977-1979. De modo que, si en diciembre de 2018 se cumplen ¡40 años! desde la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, habrá que tomar en serio que la democracia constitucional española ha alcanzado, por fin, un punto de no retorno con una edad en la que, como a todo el mundo, debe ya presuponersele plenitud y madurez; incluso le es exigible. Hace ya mucho que la retórica inercial de la "*democracia joven*" carece de sentido alguno: durante demasiado tiempo se recurrió a esa manida estrategia dialéctica –subterfugio o encubrimiento de una "*democracia frágil*" y por tanto "*quebradiza*" y todavía no irreversible– con la inconfesada intención de subestimar la capacidad de la sociedad española para asumir y ejercer con entereza los estándares de calidad y densidad democráticas que caracterizan a los Estados constitucionales de Derecho con los que los españoles de sucesivas generaciones deseamos compararnos durante largos siglos de atraso y de aislamiento.

Añadiremos de inmediato que, a lo largo de estas cuatro décadas, la ciencia constitucional española ha evolucionado pareja al desarrollo y evolución del orden constitucional. Lo ha hecho mucho, y lo ha hecho bien. El paralelo entre el Derecho y su *Ciencia del Derecho* puede someterse a su examen tanto a partir de los estadios descritos por el despliegue de la cartografía de la Constitución –el desarrollo legislativo de sus diez Títulos y 169 artículos, plus sus Disposiciones Adicionales, Transitorias y Final– cuanto a partir de las pautas dominantes de pensamiento doctrinal en las publicaciones científicas y congresos de la disciplina.

Pero esa maduración se ha ido haciendo incontestable, y lo es a día de hoy: en la medida en que ha cumplido nada menos que 40 años de edad, nuestra Constitución es ya no sólo una Constitución sólida y veterana. Por "identidad de razón", como reza el Código Civil (art. 4 CC), el orden constitucional fundado por la Constitución 1978 es ya un orden constitucional plenamente maduro y consolidado, y cabe exigirle por ello todas las responsabilidades propias de tan avanzada edad en una democracia madura.

Por lo mismo, nuestro orden constitucional se ha visto acompañado en el curso de los años por una floración doctrinal y por debates de enjundia que nada tienen que envidiar a los de ninguna experiencia extranjera, incluidas aquellas experiencias prestigiosas de las que en nuestro entorno solíamos echar mano, para intentar beber de fuentes de las que nos alimentábamos los cultivadores de Derecho comparado –esto es, los comparatistas– hace 20 o 30 años.

Estoy intentando decir que esta vocación de *revisitar* un tema que –en su momento, hace años– estudié con detenimiento y concentración monográfica, me ha dado lugar también a revisar mis propios planteamientos. No solamente a ponerlos al día, actualizarlos, prestándoles un nuevo orden, sino también a acometerlos desde la perspectiva de esta maduración progresivamente acumulada. Y ello para, en muy buena medida, revisar las conclusiones que eran alcanzables hace casi 30 años acerca de la entonces discutida *eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*, así como con respecto de la *relectura* que a este principio vertebrador del Derecho privado que desde siempre ha sido la autonomía de la voluntad, habría de imprimir la vigencia de la Constitución de 1978(3).

En los sucesivos apartados que pasaré a desarrollar, voy a tratar, de comprimir algunas ideas actualizadas sobre estos contenidos y sobre sus alcances. E intentaré condensar las consideraciones y los elementos de juicio que, como digo, resultan ahora muy ilustrativos en el objeto abordado para esta nueva visita, al tiempo que son reveladores de un tiempo constitucional vivido que dura ya 40 años, desde que se puso en marcha en 1978(4).

(3) Vid. SOLOZÁBAL, J. J. A.: "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales" *REP*, núm. 71, 1991; STARCK, Ch.: "Derechos fundamentales y derecho privado", *REDC*, núm. 66, 2002; Véase Díez PICALZO, L. M.^a: *Sistema de Derechos fundamentales*. Civitas, Madrid, 2001.

BILBAO, J. M.^a: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del TC*. CEC, Madrid, 1997.

(4) Véase BILBAO UBILLOS, J. M.: *Los derechos fundamentales en la fron-*

III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LOS PODERES PÚBLICOS: DERECHO CIVIL Y DERECHO CONSTITUCIONAL. LA CUESTIÓN SUSTANTIVA Y LA CUESTIÓN PROCESAL

La primera idea que recupero descansa sobre la evidencia de que la Constitución *refundó* el ordenamiento jurídico, pero no lo *reinventó*. Antes bien, la Constitución sentó un nuevo suelo, un nuevo fundamento, sobre el que releer un ordenamiento jurídico que preexistía(5). Contiene la Constitución, como es de todos conocido, una extensa Disposición Derogatoria en la que de manera expresa se derogan un conjunto de disposiciones preexistentes a la Constitución. En el tercero de los párrafos de esa Disposición Derogatoria se cancela la vigencia, como todo el mundo sabe, de todas y cada una de las Leyes denominadas "Fundamentales" del franquismo. Se las deroga, *nominatim*.

Pero, insisto, la Constitución de 1978 no derogó todo el ordenamiento jurídico preexistente y anterior. No: antes bien, lo refundó. Lo *reiluminó*, si se quiere, a partir de sus parámetros conceptuales, materiales, valorativos, y axiológicos. De modo que, a partir de ella, como solemos decir los profesores, la entrada en vigor de la Constitución en cuanto que Norma Jurídica fundamental del Estado nos ha instado a "*releer*" toda la experiencia jurídica anterior.

Y así ocurrió, efectivamente, con las garantías jurídicas de la *eficacia vinculante de los derechos fundamentales*: esto es, con la configuración positiva de la eficacia "vertical" de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos (frente al Poder ejecutivo, frente al Poder legislativo, frente al Poder judicial, frente al TC; remedios judiciales y amparo constitucional). Así sucedió también con la delimitación y restricción de los derechos y libertades en el orden constitucional: el principio *pro libertate* y la interpretación restrictiva de límites y restricciones a los derechos fundamentales. Y así sucedió, asimismo, con la cláusula de orden público, el orden público constitucional y la delimitación de los derechos y libertades.

Y todo ello tuvo lugar –no está de más reseñarlo– en desarrollo articulado de los principios fundantes y bases institucionales que

tera entre lo público y lo privado; La doctrina de la State Action en la jurisprudencia del TJ de los EE.UU. McGraw-Hill, Madrid, 1997; UGARTEMENDÍA, J. I.: *La eficacia vinculante de los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; VENEGAS, M.: *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

(5) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, G., *La Constitución como norma jurídica*, Civitas, Madrid, 1981.

habían resultado afirmados en el Preámbulo de la CE, en el Título Preliminar (arts. 1 a 9, especialmente los valores superiores del ordenamiento jurídico cifrados en la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político), y en el Título I relativo a “Derechos y Libertades” (arts. 10 a 55 CE, estructurados a lo largo de sus cuatro capítulos) (6).

Pues bien, toda esa prolongada experiencia jurídica anterior nos lleva, a partir de la CE de 1978, a reinterpretar, *releer* y –después de hacerlo– aplicar un buen número de leyes todavía supervivientes de nuestro Siglo XIX, y todavía hoy día en vigor.

Piénsese, para ilustrarlo a título ejemplificativo, en la Ley del Notariado de 1862 –que cumple más de un siglo y medio de vigencia– y, paralelamente, la Ley Hipotecaria de 1861; pero también en buena parte de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882; o en la Ley del Indulto de 1870, revisada en 1918 y en 1988; y en el Código Civil de 1889 y el Código de Comercio de 1885.

Sí, efectivamente, el Código Civil hoy vigente, nada menos que desde 1889, incluye, desde 1974, un *Título Preliminar* que, en su momento (–fue insertado en las postrimerías del franquismo–) incorporó, a qué negarlo, un capítulo notable de la historia del Derecho privado español.

Este Título Preliminar (los siete primeros artículos de nuestro Código Civil, relativos a las fuentes del Derecho privado y a las reglas generales de vigencia y eficacia de las leyes) preexistía, por lo tanto, a la Constitución en el momento de la entrada en vigor de ésta. Y justamente por ello debió ser enteramente releído a partir de la Constitución. Ni sus cláusulas relativas a la prelación del sistema de las fuentes del Derecho, ni sus relevantes principios en materia de buena fe, abuso de derecho o perjuicio de terceros pueden ser interpretados o aplicados con los mismos parámetros después de la entrada en vigor de la Constitución respecto a como lo eran antes.

De modo que la Constitución de 1978 afirma nuevas coordenadas e impone límites imperativos a la forma de los contratos y a la libertad contractual, de la misma manera en que lo hace frente a las nuevas formas de relación entre el Estado, los poderes públicos y los particulares y a la obligada relectura de preceptos preexistentes de la legislación, empezando, por supuesto, por el Código Civil (7).

(6) Véase AGUIAR DE LUQUE, L.: “Dogmática y teoría jurídica de los Derechos fundamentales en la interpretación por el TC”, *RDP* núms. 18 y 19, 1983; JIMÉNEZ CAMPO, J.: “La igualdad jurídica como límite junto al legislador”, *REDC*, núm. 9, 1983.

(7) Así en la progresiva configuración de los derechos fundamentales

Sentada esta premisa, es también un dato indiscutido que el Código Civil sigue siendo, cómo no, la gran columna vertebral de nuestro Derecho Privado. Como lo es igualmente que el mismo Código Civil tiene uno de sus pilares, una de sus construcciones más señaladas, en la consagración jurídica de la *autonomía de la voluntad*.

Recordemos de inmediato que entendemos por *autonomía de la voluntad* esa especial concreción del principio liberal de *libertad negocial* por el que el ordenamiento consagra la capacidad de los sujetos del Derecho (personas físicas y jurídicas) de contraer y asumir derechos y obligaciones mutuamente exigibles y protegidas por la ley a partir de la expresión de su libre voluntad, mediando un objeto lícito, una causa legítima y un consentimiento expreso para obligarse en dicho acto de libre disposición.

De este modo, objeto, causa y manifestación del consentimiento lícitamente expresado vienen considerándose bases estructurales de la libertad contractual, por la que se articula la realización jurídica de la denominada autonomía de la voluntad. Viene con ello a afirmarse que, existiendo licitud de objeto, expresión de consentimiento y legitimidad de la causa (–conformidad con la ley, sin alteración ni perjuicio a los derechos de terceros ni al orden público protegido por la ley–), es posible contratar. Y de cada contrato, como acto jurídico lícito, surgen y dimanar derechos y obligaciones. Y estas obligaciones modulan, a su vez, el ejercicio de los propios derechos y libertades. Modulan, por descontado, el ejercicio de los *derechos patrimoniales* (entre ellos, singularmente, el *derecho de propiedad*, consagrado hoy en la Constitución en el art. 37 desde la perspectiva de su *función social*) (8). Pero modulan también los derechos de

han intervenido, y no de modo irrelevante, las delimitaciones obedientes a los propios desarrollos de la economía de mercado (reglas de competencia imperfecta, igualdad de trato y prohibición de discriminación). Pero también han incidido los tratamientos jurisprudenciales de nuevos problemas sobrevenidos al hilo del desarrollo constitucional; así, en lo relativo a los menores y los incapaces, en la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Téngase en cuenta, al menos, los siguientes preceptos relevantes: Art. 162 CC: lo que los menores puedan obrar o no por sí solos; conflictos de intereses entre padres e hijos. Art. 4 CC: la aplicación analógica de las decisiones impuestas desde la patria potestad. El art. 27.4 CE: derechos fundamentales del ámbito educativo. El art. 46 LOTC: legitimación del MF en el recurso de amparo. El art. 27.3 CE (STC 141/2000): la libertad religiosa de los menores. El art. 200 CC: los incapaces, las enfermedades o deficiencias que impiden a ciertas personas decidir por sí mismas. El art. 267 CC: representación del incapaz por el tutor. El art. 25.2 CE: en la condena penal sólo se limitan los derechos consignados por la pena.

(8) Cfr. LÓPEZ LÓPEZ, A.: *La disciplina constitucional de la propiedad pri-*

contenido no patrimonial: esto es, los derechos que solemos considerar *derechos de la personalidad*.

Pues bien, estas categorías de tan honda raigambre en la inveterada doctrina del Derecho privado español, presentes ya en el Código Civil de 1889 y actualizadas en el Título Preliminar insertado en 1974, estaban ya bien asentadas cuando la Constitución entró en vigor el 29 de diciembre de 1978. Pero es a partir de esta fecha que dichas categorías –la propiedad, la autonomía de la voluntad y la libertad negocial y contractual– pueden y deben ser releídas de conformidad a la Constitución. Porque es la Constitución la que ha fundado en España un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, además de la justicia y el pluralismo político (art. 1.1 CE), al tiempo que ha consagrado los principios vinculados al imperio de la ley (Preámbulo de la CE) y al principio de legalidad (arts. 9.1 y 9.3 CE), y ha incorporado un mandato dirigido a los poderes públicos para remover cuantos obstáculos encuentre a su paso que puedan impedir que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en los que estos se integran sean reales y efectivas (art. 9.2 CE)(9).

Todos estos derechos han de ser, además, conjugados desde el valor superior de la igualdad (art. 1.1 CE); desde el mandato de remoción de las dificultades que impidan que ésta sea real y efectiva (art. 9.2 CE; desde la cláusula general de igualdad y de prohibición de toda discriminación constitucionalmente ilegítima (art. 14 CE) y desde la atribución competencial al Estado del título sobre la competencia exclusiva de la aseguración de la igualdad de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos fundamentales y para el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE)(10). Todo esto confiere especial relevancia a la comprensión y aplicación de la competencia exclusiva del Estado sobre los aspectos básicos de la legislación civil, sin perjuicio de la competencia autonómica para la conservación, actualización y desarrollo de su Derechos civiles especiales o forales, allí donde los hubiere (art. 149.1.8 CE)(11).

vada, Tecnos, Madrid, 1988; REY MARTÍNEZ, F.: *La propiedad privada en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1995.

(9) Vid. PECES BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

(10) Véase VARELA, S.: *La idea del deber constitucional*, REDC, núm. 4, 1982.

(11) Cfr. ARCE JANARIZ, A.: *Constitución y Derechos civiles forales*, Tecnos, Madrid, 1987.

La primera conclusión no puede resplandecer con mayor claridad. Y es ésta: la Constitución española de 1978 *refund*a, pues, el principio de legalidad en el ordenamiento, legalidad que, aun cuando date de fecha cronológicamente anterior a la entrada en vigor de la Constitución, deberá, en lo sucesivo, ser leída y aplicada bajo la luz y primacía de la Constitución, so pena de ser expulsada de nuestro ordenamiento en caso de incompatibilidad material con aquélla (art. 9.1, Título IX, del Tribunal Constitucional, y Disposición Derogatoria CE).

Lo cual significa que la ley referenciada en el Código Civil como primera y primordial entre las *fuentes del Derecho* (junto a la costumbre y los principios generales del Derecho), ha de entenderse ahora subordinada a la Constitución y a su *superioridad formal* desde el punto de vista jerárquico, y sometida a la Constitución desde el punto de vista material, vista la *supremacía material* de la Constitución. Porque sin sujeción a la Constitución ninguna norma es válida en el ordenamiento: la Constitución, no se olvide, tiene fuerza de obligar y vincular a los poderes públicos y a los ciudadanos (art. 9.1 CE)(12).

Pero la Constitución establece asimismo un catálogo de derechos fundamentales que condensa nada menos toda una historia civilizatoria: es la del constitucionalismo como movimiento histórico tendente a la sujeción de todo poder a Derecho. Garantizando la fundamentación, formalización y relación entre los poderes públicos de conformidad al Derecho, al tiempo que la consagración de derechos y libertades como espacios seguros y ámbitos de inmunidad de las personas frente a la arbitrariedad, los abusos y los actos antijurídicos por ser contrarios a la ley o a los principios generales del Derecho.

Y todo ello no sólo frente a los poderes públicos, sino, también, en las propias relaciones jurídicas entre las personas físicas cuando la Constitución así lo ordena, explícita o implícitamente, en función de las categorías normativas específicas que en cada artículo y precepto utiliza para regularlas.

Pues bien, es conocido cómo, durante buena parte del desarrollo doctrinal que vengo condensando aquí (y de cuyas vicisitudes doy cuenta en mi primer trabajo sobre este asunto, *Derechos Fundamentales y Libertad Negocial*)(13), orbitó durante años sobre la

(12) Vid.: OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, 1988.

(13) LÓPEZ AGUILAR, J. F.: *op. cit.*

relación –evolutiva y problemática– entre la *dimensión material o sustantiva* de los derechos constitucionales (su diferente categorización, con implicaciones relevantes en cuanto a su nivel de protección) y su *dimensión procesal* (su régimen de tutela judicial, tanto desde el punto de vista de la atribución de la competencia jurisdiccional para entender como desde el punto de vista del procedimiento o proceso)(14).

Porque, efectivamente, los derechos constitucionales no despliegan efectos jurídicos indistintos. Según su emplazamiento o ubicación toponímica en la sistemática de la Constitución, y de conformidad, sobre todo, a lo que la Constitución disponga para su protección judicial y ante el TC, la doctrina y la jurisprudencia fueron construyendo, de consuno, una lectura operativa de la *eficacia horizontal* de los derechos fundamentales entre particulares (la *Drittwirkung der Grundrechte*). De acuerdo con sus conclusiones, dicha eficacia pasó a categorizarse como “mediata” (*mittelbare*) o requerida del agotamiento previo del “amparo judicial” por vía “preferente y sumaria” (la vieja y hoy derogada Ley 62/1978, de 26 de diciembre, Ley preconstitucional de Protección de Derechos Fundamentales) para poder así abrir paso a la invocación ante el TC de una lesión previamente causada por el Poder Judicial (esto es, la Justicia ordinaria, cualquiera que fuere el grado o instancia jurisdiccional de la resolución causante de la demanda de amparo) en el proceso previo (art. 44 de la LOTC, LO 2/1979 de 3 octubre)(15).

Fue, huelga recordarlo, bajo esta truculenta técnica procesal como se acopió y cristalizó el primigenio acervo jurisprudencial (y, por ende, doctrinal) en torno a la aplicación y eficacia vinculante de los derechos fundamentales en los actos dimanantes de la libertad negocial conforme a la autonomía de la voluntad bajo la primacía de la Constitución.

(14) Sobre la jurisprudencia constitucional en materia de criterios de delimitación de los derechos fundamentales, véase CARRASCO PERERA, A.: “El juicio de razonabilidad en la doctrina del TC”. *REDC*, núm. 11, 1984.

(15) Sobre la dimensión procesal y las pretensiones de los derechos fundamentales, véase: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: “Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos”, *RDP* núm. 15, 1982; APARICIO, M. A.: “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación de amparo constitucional”, *RCEC*, núm. 3, 1989; GARCÍA MORILLO, J.: *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, 1985.

IV. ANÁLISIS DE LA DELIMITACIÓN DE LA LIBERTAD NEGOCIAL Y DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL MARCO DE LAS DETERMINACIONES CONSTITUCIONALES

A partir de ahí, superando y trascendiendo la primigenia y restrictiva concepción de los derechos civiles tradicionalmente consagrada en el Código Civil, nos encontramos con la expresión categorial de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente consagrados. Y la Constitución establece también, en cada caso, un específico régimen jurídico de vinculación de las personas revestidas de capacidad jurídica (personas físicas y jurídicas) a los derechos fundamentales y las libertades públicas. Es el régimen jurídico, sustantivo y procesal, que desgrana en su art. 53 CE: en los tres párrafos del art. 53.

El primero de ellos, ciertamente, nos recuerda que los derechos fundamentales consagrados en el Capítulo II del Título I vinculan a los poderes públicos, además de informar la práctica judicial y la acción de los poderes públicos. El art. 53.2 de la Constitución, por su parte, consagra una garantía judicial para los derechos fundamentales, que permite su invocación directa ante los Tribunales de justicia a través de un procedimiento "preferente y sumario", que la doctrina dio en llamar prontamente (de manera seguramente no muy apropiada) "amparo judicial", pero que permite también su invocación "subsidiaria" ante el Tribunal Constitucional, a través de un recurso técnicamente denominado de "amparo" (art. 161.1.b CE).

Y en el párrafo tercero, el art. 53.3 CE establece un régimen de vinculación de los poderes públicos a los denominados principios rectores de la política social y económica.

Pues bien, lo concluyente a estas alturas es constatar hasta qué punto, a partir de la Constitución de 1978, los derechos fundamentales –incluida la libertad personal, y también incluida la libertad contractual– pasaban a revestirse de una nueva proyección y una nueva fuerza de obligar, o, en otras palabras, una nueva vinculatoriedad: una vinculatoriedad invocable no solamente ante los poderes públicos sino también, en su caso, ante los particulares, ámbito éste encapsulado hasta la Constitución entre los lindes fronterizos del ámbito del Derecho privado.

Tan irresistible revolución conceptual y operativa de la fuerza de obligar de los derechos y libertades dio lugar, tempranamente, a un debate alrededor de la eficacia *horizontal* o *entre particulares* de los derechos fundamentales. Inevitablemente, ese debate comportó una obligada relectura del impacto que sobre la autonomía de la

voluntad debería producir la Constitución de 1978, con todas sus nuevas categorías a cuestas.

Esto comportaba efectuar una intensa relectura del art. 1254 y siguientes del Código Civil, relativos al Derecho de contratos y obligaciones, empezando por la reconfiguración de los elementos constitutivos del contrato: consentimiento, objeto, licitud del objeto, causa de los contratos(16).

Significaba también una nueva lectura del art. 1255 del Código Civil. En particular, cuando señala que los contratos podrán establecer cláusulas que vinculen y obliguen a las partes, siempre y cuando no sean contrarias al orden público, ni a la moral, ni perjudiquen

(16) El tenor literal de los artículos más relevantes, a los efectos de esta exposición, es el siguiente: art. 1261 CC. No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de las obligaciones que se establezca.

Art. 1262 CC. El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presupone celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta.

Art. 1263 CC. No pueden prestar consentimiento:

1.º Los menores no emancipados.

2.º Los incapacitados.

Art. 1265 CC. Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Art. 1269 CC. Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.

Art. 1271 CC. Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

Sobre la herencia futura no se podrán, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el art. 1056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

Art. 1272 CC. No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles.

Art. 1275 CC. Los contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.

Art. 1276 CC. La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.

a terceros. La relectura de esta cláusula bajo la Constitución es la que ordena de inmediato una reinversión del tradicional concepto del "orden público", operativo, como es sabido, en los órdenes civil, penal, administrativo y laboral de nuestro ordenamiento preconstitucional (17).

Se imponía así un nuevo encuadre a los componentes esenciales del análisis jurídico de la delimitación constitucional a la autonomía de la voluntad: el orden público constitucional; los derechos y libertades de los demás; la dignidad personal; la disponibilidad de facultades en el libre ejercicio de los derechos fundamentales; el consentimiento, su delimitación y sus límites (el honor de los personajes públicos); la revocabilidad del consentimiento; la licitud del objeto del negocio jurídico y de la libertad contractual; la autonomía de la voluntad frente a los poderes públicos; y la interacción entre los principios del Derecho privado y el orden constitucional.

Para comprender esto es pertinente añadir de inmediato que la Constitución ha venido a establecer su propio concepto de *orden público*, innovador y rompedor respecto de sus acepciones más invertebradas en la tradición jurídica española (18). No solamente porque es un dato cierto que en la letra de la Constitución existen distintas referencias expresas a la tradicional cláusula del orden público: al menos, en el art. 16 CE (cuando consagra la libertad religiosa como libertad individual y colectiva, de titularidad y ejercicio no sólo individuales sino también comunitarios) y en el art. 21 CE (cuando establece el orden público como factor delimitador del ejercicio legítimo del derecho de reunión pacífica y sin armas y del derecho de manifestación) (19).

Obsérvese, incidentalmente, que esa dimensión comunitaria y colectiva del derecho fundamental a la libertad religiosa es un ejemplo, por cierto, de derecho fundamental cuya titularidad se reconoce no solo individualmente sino también en la modalidad de su ejercicio colectivo (20).

Pues bien, no se pierda de vista que también en el ámbito de los derechos fundamentales el orden público se señala como límite

(17) Art. 255 CC. "Si la causa de excusa fuera sobrevenida, podrá ser alegada en cualquier momento".

(18) Art. 6 CC, 1.- La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

(19) Véase EMBID, A.: "El derecho de reunión y su protección"; *RAP* núms. 100-102, 1983.

(20) Cfr. STC 63/1995 sobre el concepto de orden público constitucional como conjugación de derechos y libertades de todos.

expreso de las manifestaciones comunitarias de la libertad religiosa, "sin más limitaciones que las exigidas por el mantenimiento del orden público, tutelado por la ley" (art. 16.1 CE) (21).

Y lo hace igualmente cuando consagra el derecho fundamental de reunión y manifestación en el art. 21 CE. Limitado expresamente por una categorización constitucional explícita para los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

Pero hay que reparar sobre todo en el art. 10 de la Constitución cuando consagra la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad (22). Es ésta una expresión constitucionalmente muy concreta, con gran capacidad de compeler, muy imperativa, por tanto, del principio de libertad y del valor superior de libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico. Conforme al art. 10.1 CE, *la dignidad personal, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, constituirán el fundamento del orden político y de la paz social.*

Por sí sola, esta cláusula produce, entre otros importantes efectos, una relectura integral del tradicional concepto jurídico del orden público. La garantía constitucional del respeto a la ley y a los derechos de los demás asegura una reiluminación del concepto del orden público.

En efecto, una jurisprudencia constitucional que hace 20 años era muy incipiente –pero que ahora está muy consolidada– nos permite afirmar que, a estas alturas, por "orden público" no entendemos, como hacíamos tradicionalmente, un bien jurídico relacionado con la preservación de la seguridad pública estrechamente vinculada a la "normalidad" exenta de alteraciones que perturben la tranquilidad o la paz social: en otras palabras, el orden público preconstitucional se erigía estrictamente como un título habilitador para que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actúen restrictivamente sobre las libertades.

(21) *Vid.*, a este respecto, BASTERRA, D.: *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*, Civitas, Madrid, 1989; ALÁEZ CORRAL, B.: "Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar" *REDC*, núm. 67, 2003; LÓPEZ CASTILLO, A.: "La libertad de conciencia y la religión", *REDC*, núm. 63, 2001.

(22) Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.

Distintamente, por *orden público constitucional* estamos ahora llamados a comprender un concepto relacional de mayor envergadura. Por orden público constitucional entendemos ahora esa situación de *normalidad* en el ejercicio regular de los derechos y libertades sobre la que cimentamos la realización efectiva de las libertades de todos en el marco de su delimitación constitucionalmente adecuada. En otros términos, el arquetipo constitucional de *orden público* alude a la realización efectiva, simultánea, pacífica y compatible de nuestra libertad y la de los demás: esa noción de "orden público" aludiría a una situación ideal en la que tendría lugar una especie de síntesis armónica y constitucionalmente adecuada del ejercicio de los derechos y libertades de todos. De este modo, sólo esa realización de los derechos y libertades, tal y como la Constitución los protege, sin vulnerar la ley ni los derechos de los demás, equivaldría al orden público, y tendría como precipitado un *orden público constitucionalizado y constitucionalmente adecuado* (23).

Parece éste un ejemplo particularmente ilustrativo de la aludida relectura, esto es, de la reiluminación de la cláusula de la autonomía de la voluntad en la Constitución y desde la Constitución y desde los límites de la capacidad de obligar dimanante del ejercicio de autonomía de la voluntad.

Pero no acaban ahí las afectaciones o los alcances constitucionalmente relevantes de esta idea transportada desde el Derecho Civil preconstitucional a la Constitución y sujeta, por tanto, a la relectura constitucionalmente adecuada de sus contenidos.

Ello implica –incluso exige– "revisitar", a la luz de los despliegues de la doctrina y jurisprudencia constitucionales, el viejo debate sobre la eficacia "horizontal" entre particulares de los derechos Fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones entre particulares. Pero también revisar sus diferentes vertientes, lo que incluye sus aspectos procesales, sus aspectos sustantivos y sus aspectos competenciales.

Algunos nuevos problemas ponen de manifiesto, ejemplificativamente, la problematicidad de esa actualización.

Así en lo relativo a las aplicaciones del art. 53 CE, y a la eficacia vinculante de los derechos fundamentales. Esta actualización muestra que las relaciones particulares pueden involucrar a los poderes públicos cuando éstos ejercen como sujetos privados en sus negocios jurídicos.

(23) Cfr: BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, CEC, Madrid, 2002.

Asimismo, pone de manifiesto que las relaciones entre particulares pueden involucrar la participación de poderes privados investidos, sin embargo, con prerrogativas públicas (p. ej., empresas o concesionarios de servicios).

Nos emplaza a evaluar con sumo cuidado las ventajas teleológicas y sistemáticas de la simplicidad de la doctrina tradicional de la *Drittwirkung*: es un esfuerzo más complejo de lo que inicialmente podríamos calibrar. Y nos plantea, además, la posibilidad o no de incorporar en el Derecho español o europeo la doctrina estadounidense de la llamada *State action* a la hora de afirmar la vinculación positiva de los derechos fundamentales a través de la intermediación del legislador (STC 53/1985) (24).

La evaluación de la jurisprudencia nos revela que, efectivamente, hay derechos fundamentales en los que las mismas condiciones de establecimiento para su ejercicio interponen límites (arts. 20 y 27 CE, STC 212/1998).

Con lo que se nos anticipa ya una conclusión: el debate sobre la eficacia "horizontal" de los derechos fundamentales entre particulares pervive, y el estado de la cuestión no es el mismo que era tras 40 años de experiencia constitucional.

V. LA EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO EN LA DISPONIBILIDAD Y LA RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El renovado estado de la cuestión afecta también a la correcta comprensión y manejo de la eficacia del consentimiento, y afecta asimismo al alcance y a los límites de la disponibilidad (libre disposición) y de la renunciabilidad (renuncia, *pro futuro*) de los derechos fundamentales.

Estas dimensiones afectan, en última instancia, a la teoría tradicional de la disposición y renuncia de los derechos de la personalidad, cuyo régimen en el Código Civil, anterior a la Constitución, se contenía en un párrafo del art. 6 del Título Preliminar del Código Civil. De acuerdo con sus premisas, la renuncia a los derechos fundamentales resulta posible sólo cuando no afecta al orden público ni a los intereses de terceros.

Indudablemente, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, los actos dispositivos dimanantes de la libertad negocial pueden imponer condiciones al ejercicio de los derechos fundamentales.

(24) Véase, BILBAO ULILLOS, J. M.: "*Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (...)*", *op. cit.* (1997).

Ello no quiere decir que, en ningún caso, tales condiciones puedan proyectarse hacia la derogación individual de esos derechos fundamentales. En otras palabras, el ordenamiento jurídico fundado en la Constitución en ningún caso podrá amparar la disposición negocial o contractual de lo que podríamos llamar *contenido esencial indisponible e irrenunciable* de los derechos fundamentales(25).

Los actos jurídicos contractuales dimanantes de la autonomía de la voluntad pueden –mediando, insistimos de nuevo, objeto lícito, causa legítima y consentimiento expreso– imponer condiciones al ejercicio de los derechos fundamentales, pero en ningún caso pueden dar pie a la disponibilidad de aquellos propios derechos fundamentales que por su propia naturaleza serían irrenunciables (entre los cuales destaca, descollante, el derecho a la propia vida).

Ello nos obligará a abordar una nueva concepción de lo que hemos dado en llamar *el orden público constitucional*; pero también de la cláusula de la dignidad personal, que se proyecta sobre la irrenunciabilidad, indisponibilidad e imprescriptibilidad de ciertos derechos fundamentales; y sobre la propia viabilidad de la renuncia a los derechos; y ello exige releer el art. 2 CC STC 6395. Art. 10.1 CE.

Una lectura actualizada de esta cláusula, a la luz de la jurisprudencia constitucional más relevante hasta la fecha, nos anticipa también algunas conclusiones:

a) La renuncia a los derechos no cabe a favor del Estado ni de los poderes públicos (STC 80/2000, 29/2000).

b) El problema de la renuncia al ejercicio y disfrute de determinados derechos surge exclusivamente, pues, en las relaciones entre particulares.

c) La revocación del consentimiento es lícita, pero debe, no obstante, reparar los perjuicios ocasionados (STC 117/1994).

d) Con todo, hay también determinados derechos fundamentales que simplemente no admiten ninguna renuncia (p. ej.: art. 15, 17 CE).

Así, por poner un ejemplo, en ningún caso podría considerarse un acto negocial lícito amparable por el ordenamiento un contrato cuyo objeto fuese el propio asesinato de quien lo suscribe, la propia tortura o maltrato (humillación consentida); como tampoco un negocio que pretendiese el carácter irrevocable o irreversible de la expresión inicial del consentimiento (una prestación física indefinida

(25) Vid. PAREJO, L.: "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TC", *REDC*, núm. 3, 1981.

en el tiempo o irreversible aunque variaren las circunstancias en la que se consintió, o cesase el consentimiento que la hizo posible en origen).

Consentimiento, disponibilidad (libre disposición, conforme al consentimiento) y renunciabilidad (renuncia por consentimiento), emergen, por consiguiente, como cuestiones problemáticas.

Se trata, huelga anotar, de cuestiones discutidas, controvertidas, vivas, sujetas a una relectura constitucional intensiva, progresivamente cristalizada en una abundante pero matizada jurisprudencia constitucional.

En efecto, la doctrina constitucional cuenta en la actualidad (a diferencia de lo que sucedía hace unos años) con todo un conjunto de casos en los cuales el Tribunal Constitucional ha entrado a examinar cuáles son las consecuencias de la expresión o de la cesación del consentimiento en las relaciones contractuales expresivas de la *libertad negocial*.

De modo que aquí, desde el punto de vista constitucional, la cuestión crucial pasa a ser la de la garantía de la revocabilidad del consentimiento en la disposición o renuncia de los derechos fundamentales, y especialmente de aquellos en los que la frecuencia estadística de cuestiones litigiosas ha demostrado ser particularmente elevada, puesto que no todos los derechos categorizados como fundamentales han estado expuestos (ni con pareja intensidad) a la casuística judicial de los conflictos jurídicos materializados.

Desde esta óptica atinente a la luz de la experiencia cuantitativa o contrastada de disputas o litigios judicialmente elucidados, resultan singularmente ejemplificativos de esta problemática los casos alrededor de los denominados "derechos de la personalidad". Y ello es especialmente importante a la hora de comprender el régimen jurídico de protección de los derechos encerrados en el art. 18 de la Constitución (26).

VI. LA CUESTIÓN DE LA DISPOSICIÓN Y LA RENUNCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CASO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

Toca hablar aquí de los derechos que en la doctrina española han venido perfilándose como "derechos de la personalidad", por encar-

(26) *Vid.* GARCÍA TORRES, J.: "Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales", *Rev. PJ*, núm. 10, 1988.

dinarse en el ámbito de la esfera más distintiva de la autonomía personal. Se trata de los de los derechos constitucionales consagrados como derechos fundamentales en el art. 18 CE: el derecho al honor (conocido en Derecho comparado como derecho a "la honra", al "buen nombre", a la "reputación", al "crédito social" o a la "estima de los demás" conforme a los propios actos); el derecho a la intimidad (equivalente al que en Derecho comparado es conocido como "derecho a la privacidad"); el derecho a la propia imagen; el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE); el derecho a la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), además del derecho al secreto de las propias comunicaciones con terceros por cualesquiera medios escritos, postales, telefónicos, informáticos o de cualquier otro carácter (art. 18.3 CE), y el derecho a la protección de la privacidad frente a los avances de la informática (art. 18.4 CE).

Concretamente, en lo relativo a la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE, y la amplia jurisprudencia constitucional de desarrollo), la jurisprudencia consolidada establece que los ciudadanos pueden lícitamente compartir el contenido de sus comunicaciones con los terceros con los que consientan en hacerlo (eficacia dispositiva del consentimiento). Al mismo tiempo, los ciudadanos disfrutan simultáneamente de un blindaje que les protege con una inmunidad constitucionalmente protegida frente a las inmisiones (intervenciones, injerencias, intrusiones) efectuadas por terceros que no hayan sido buscadas ni queridas ni tampoco consentidas por los participantes (emisor y receptor) de la comunicación.

De modo que interceptar sin mediar consentimiento las comunicaciones de terceros no solamente ha sido considerado desde la entrada en vigor de la Constitución como algo constitucionalmente ilegítimo e ilícito, sino que, en el curso del tiempo (a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995) ha llegado a estar tipificado como delito. Por extensión, está también tipificada la publicación de los contenidos de una comunicación entre terceros a sabiendas del origen ilícito de su obtención.

La lectura diacrónica de los derechos de la personalidad (art. 18 CE) como derechos disponibles garantizados, pero sujetos, sin embargo, por mínimos indispensables cuyos estándares aparecen vinculados al núcleo duro indisponible de la dignidad personal nos da una idea aproximada del desarrollo amplio y extenso de la obligada "relectura" del tradicional concepto de la autonomía de la voluntad en ámbitos tan sensibles (y tan recurrentemente litigiosos) como

la intimidad, la propia imagen, la honorabilidad y estima entre los demás, además del contenido de las comunicaciones privadas entre particulares e incluso entre sujetos públicos siempre y cuando se viertan en actos de comunicación privados o íntimos y siempre que no hayan sido ejercidos con publicidad.

Ahora bien, lo cierto es que también en este ámbito (e incluso, especialmente en éste), ha persistido el debate durante años acerca de si, a partir de esta visión expansiva de los derechos fundamentales –protegidos frente al legislador por su contenido esencial (art. 53.1 CE), garantizados ante el Tribunal Constitucional (art. 161.1.a), sujetos en su caso a una modalidad especial de actuación del Poder Legislativo que es la legislación orgánica (art. 81 CE), susceptibles de protección frente a los poderes públicos y frente a la Administración (art. 53.3 CE), objeto también de protección ante el Poder Judicial (art. 53.2 CE) y de amparo ante el TC (art. 161.1 b)–, es posible o no afirmar que estos derechos fundamentales obligan entre particulares del mismo modo que lo hacen ante los poderes públicos.

Y la respuesta es no. Evidentemente, no.

Vaya por delante que, como ya se ha recordado, hubo un tiempo, quizá demasiado largo, en que la discusión doctrinal se concentró en diseccionar los fundamentos de esta respuesta negativa sobre los puntos de apoyo que presta el operador jurídico a la *dimensión procesal* de la protección de los derechos fundamentales. Quiere decirse con ello que, en la medida en que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permite invocar en amparo cualquier violación de los derechos fundamentales ante poderes públicos (arts. 41, 42 y 43 LOTC), pero no ante particulares, la a partir de ahí llamada “cuestión procesal” (o “finta alemana”, en expresión de García Torres) resulta determinante para calibrar el alcance y la operatividad de la *Drittwirkung* en España. De modo que, por esta dimensión procesal, las lesiones a los derechos fundamentales causadas entre particulares pasaban a ser imputadas a la instancia judicial en la que no fue reparada (por la vía del llamado “amparo judicial ordinario” ante la Justicia ordinaria). Esta aproximación nos remitía, a su vez, al juego del art. 53.2 CE y su legislación de desarrollo (durante mucho tiempo, la vieja y hoy derogada ley 62/1978) y del amparo constitucional contra lesiones causadas por actos del Poder Judicial contemplado en el 44 LOTC)(27).

(27) Art. 44 LOTC Uno. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y

Ha de saberse también que esta *dimensión procesal* ha sido durante décadas un punto de apoyo muy recurrente en la doctrina que se ha ocupado de la dimensión constitucional de la autonomía de la voluntad. Y que, por lo mismo, ha afectado a la comprensión y al alcance de la capacidad de obligar de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre particulares.

Pasado el tiempo, y desde la experiencia y jurisprudencia acumulada, un examen más minucioso y detenido de los arts. 41 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha permitido a la doctrina concluir que, no existiendo esa posibilidad de invocar el amparo directamente ante los particulares, sí existe indirectamente esa posibilidad, sobre la base de las alegadas violaciones del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE) en fase previa al TC (art. 44 LOTC)(28). Con lo que se reconoce que, sea de un modo u otro, los derechos fundamentales no vinculan entre particulares. Pero, como se ha advertido antes, esta vía se ha mostrado incompleta, insatisfactoria y seguramente agotada hace ya cierto tiempo.

De hecho, un examen ponderado de la jurisprudencia constitucional nos lleva a conclusiones mucho más matizadas a estas alturas de la historia.

La primera consideración que debe ser tenida en cuenta tiene mucho que ver con la capacidad de distinguir los contenidos de un derecho susceptibles de disposición mediante actos negociales lícitos y consentidos respecto de aquellos derechos fundamentales que resulten en todo caso irrenunciables y en todo caso indisponibles. Se trata de aquellos derechos caracterizados, por tanto, por una condensación de dignidad personal (art. 10.1 CE), lo bastante relevante como para que no quepa ningún tipo de transacción sobre ella. Sería este, por ejemplo, el caso del derecho fundamental a la integridad

directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a. Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.

b. Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c. Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

Dos. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

(28) Art. 44 LOTC.

física (con prohibición de torturas, así como de cualesquiera tratos inhumanos o degradantes), y por supuesto del derecho a la vida (art. 15 CE), aun cuando sea más discutible la disponibilidad de la integridad moral (art. 15 CE)(29).

Y aún así, la práctica judicial sigue dando cuenta, continuamente, de aquellos aspectos delicados o controvertidos susceptibles de debate. Son muchas las reflexiones, no solamente hipotéticas o capilares, obligadas ante las situaciones que pueden manifestarse en la práctica y pueden, por tanto, dar lugar a la resolución práctica de otros tantos conflictos jurídico materiales. Pensemos en el caso de las prácticas masoquistas consentidas entre adultos, de las que, en principio, puede sostenerse que afectan no ya a la dignidad personal con carácter general sino a la integridad física con carácter muy concreto, teniendo en cuenta que esta última se encuentra categorizada como derecho fundamental.

La pregunta inevitable es, pues: ¿Hay derechos fundamentales indisponibles, sin más? Sí, indisponibles, sin más, me parecen como mínimo los del art. 15 CE. Y, sin embargo, es también obvio que hay otros muchos derechos fundamentales en los que muchos de sus contenidos o de sus alcances resultan disponibles para las transacciones lícitas entre particulares, esto es, para las concreciones de la libertad negocial.

Hagamos referencia ahora a las dos esferas materiales en que, con mayor frecuencia práctica, se ha puesto y se ponen de manifiesto los problemas suscitados por la ponderación recíproca o por la interacción negocial de derechos y libertades constitucionales.

VII. LA EFICACIA DE LA DISPOSICIÓN Y LA RENUNCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES Y EN EL DERECHO DE ASOCIACIÓN

Hay, en efecto, dos ámbitos en los que la problemática de la interacción de derechos mutuamente delimitados a través de un ejercicio expreso de consentimiento es especialmente clara a estas alturas. Y existe jurisprudencia constitucional consolidada sobre cada uno de ellos.

1. Uno, evidentemente, el de las relaciones laborales (arts. 28, 35, 37 CE).

(29) Cfr. MARTÍN RETORTILLO, L. y OTTO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

En efecto, el ámbito del Derecho del Trabajo puede ser considerado como un precipitado de la libertad negocial intensamente incidido por la intervención de los poderes públicos. Un segmento del ordenamiento jurídico que ha sido el que con mayor recorrido y con mayor enjundia ha resultado elaborado no solamente por la jurisprudencia constitucional sino por la jurisprudencia ordinaria. Es evidente pues que las relaciones laborales delimitan un ámbito muy expresivo del margen de disposición lícita sobre los propios derechos fundamentales constitucionalmente consagrados: no sólo los del art. 28 sino otros muy diversos (derechos del art. 18 CE, del art. 20, del art. 22 o del art. 27 CE)(30).

De modo que, en este caso, la respuesta a la pregunta es sí: en el ámbito laboral, la relación contractual sí que puede justificar que la ordenación de las relaciones laborales contenga y legitime alcances sobre el régimen jurídico de la prestación del trabajo. Piénsese, por ejemplo, en la ordenación de la rutina de la jornada de trabajo; en el comportamiento esperable de los trabajadores; en el acceso y el manejo por los trabajadores de su correspondencia y de sus comunicaciones (el uso del mail o de Internet, por ejemplo) en el lugar de trabajo; en el atuendo de los trabajadores e incluso el aspecto físico de los trabajadores, sin descartar las exigencias sobre las características físicas de los trabajadores en la medida en que se requieran determinados rasgos para el desempeño de determinados trabajos (policía, seguridad, asistentes de vuelo...). Piénsese, por supuesto, en las limitaciones a la capacidad de ejercer el derecho a la libertad de expresión criticando al empleador; o de ejercer públicamente la crítica al empleador; o de indisponerse incluso públicamente contra el empleador, o contra las decisiones del empleador; o en la organización de la empresa, incluyendo actitudes o actuaciones que resultarían jurídicamente incompatibles con otras cláusulas legítimas en las relaciones laborales (la buena fe contractual, la imposición de un ideario en un centro educativo o la capacidad organizativa del empresario como empleador). Todo este cuadro nos dibuja un ámbito que ejemplifica muy bien el desarrollo de la experiencia de la conflictividad en las relaciones laborales y la no menos litigiosa aplicación práctica de las previsiones constitucionales en este punto(31).

(30) Véase RODRÍGUEZ PIÑEIRO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1985; SAGARDY BENGOCHEA, J. A.: *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 2008.

(31) Cfr. PALOMEQUE, C.: *Los derechos laborales en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1991.

2. El segundo gran espectro de problemas relevantes es el que se suscita en el ámbito de las relaciones que se han denominado, en Derecho Civil, relaciones jurídicas *endoasociativas*, es decir, de las relaciones internas en el marco dispositivo del derecho de asociación: los derechos y libertades propias del derecho de asociación (art. 22 CE) (32).

En efecto, es un derecho fundamental, sin duda alguna, el de pertenecer libremente a una asociación. Pero también lo es que asociarse a cualesquiera efectos significa también una cierta disposición sobre los propios derechos fundamentales, salvo que se practique la célebre ironía de Groucho Marx, por la que no merece la pena pertenecer a asociaciones que le admitan a uno como socio.

En lo personal, yo pertenezco a muchas asociaciones al mismo tiempo: pertenezco a algunas organizaciones no gubernamentales, otras humanitarias, otras del ámbito académico y otras profesionales; y soy, además, libremente, miembro afiliado de un partido político. He asumido en todos esos casos mi propia cuota de disposición sobre un buen número de mis derechos, en la precisa medida en que he ejercido mi derecho a asociarme de un buen número de asociaciones cada una de las cuales impone sus propias condiciones sobre la expresión de otros tantos derechos fundamentales en otros aspectos de mi vida (ser afiliado a un partido me impide no solamente aspirar a ciertos cargos que exigen "independencia" frente a la adscripción partidaria, sino también ser miembro de otras asociaciones o partidos incompatibles con el primero). Todo el mundo comprendería que yo pudiese ser objeto de un expediente disciplinario en alguna de estas asociaciones –no sólo del partido político– si exhibiese comportamientos o prohiriese expresiones manifiestamente incompatibles con la libre disposición de mis derechos a que he hecho referencia en la misma decisión, estrictamente personal, de asociarme libremente a dichas asociaciones.

Todas estas implicaciones expanden con mucho la problemática de la adecuación constitucional de los partidos políticos. Soy bien consciente –es, por lo demás, evidente– de que durante mucho tiempo la discusión en España se ha concentrado –por razones tan entendibles como compartibles– en sujetar la actividad externa (o institucional) de los partidos políticos a los valores constitucionales

(32) Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987; SALVADOR CODERCH, P.: *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997; BILBAO UBILLOS, J. M.: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Valladolid, 1987; GÓMEZ MONTORO, A. J.: *Asociación, Constitución, Ley*, CEPC, Madrid, 2004.

(para evitar así casos como los descritos en el *caso Refah Partisi* (STEDH 2001 y 2003) o en el *caso Batasuna* ante el TEDH (STEDH 2009), en los que los partidos atentaban desde su misma razón contra la legalidad democrática y contra los valores a cuyos beneficios, empero, no renunciaban(33).

Menos atención, sin embargo, han recibido los muchos casos en que los tribunales han debido dilucidar la compatibilidad o no de las limitaciones que los partidos (entre otras formas asociativas) imponen a los derechos constitucionalmente reconocidos (libertades de expresión, garantías frente a procedimientos sancionadores internos...)(34).

Quiero decir con ello que toda esta amplia polémica ha sido, a estas alturas, objeto de un desarrollo de la jurisprudencia constitucional mucho más capilar y matizado de lo que hace 20 o 30 años era apenas predecible. Esa jurisprudencia constitucional nos ha puesto de manifiesto un estado de la cuestión sobre la autonomía de la voluntad que va mucho más allá de su validación y defensa ante las agresiones potenciales o actuales, causadas por los poderes públicos, lo cual era el *status quo* aceptado y hasta resplandecía de propio evidente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución.

Ciertamente, en aquellos momentos fue fácil afirmar que los derechos fundamentales vinculaban a los poderes públicos, pero no iban a tener la misma capacidad de proyección de sus efectos frente a los particulares. No obstante, tampoco la posterior lectura mecanicista o irreflexivamente expansiva de la fuerza de obligar de los derechos fundamentales –un planteamiento cuya circulación pudo conducir a conclusiones precipitadas que el tiempo ha mostrado erróneas–, nos permitirá concluir que haya desaparecido la distinción del régimen jurídico en ejercicio de la autonomía de la voluntad entre particulares con respecto del régimen y ejercicio de la autonomía de la voluntad ante los poderes públicos.

De modo que, inevitablemente, el panorama actual es mucho más matizado, mucho más complejo, mucho más delicado, y requiere un tratamiento mucho más sofisticado, del que era posible elaborar hace ya más de 20 años.

(33) Véase ÁLVAREZ CONDE; E.: *El derecho de partidos*, Colex, Madrid, 2005; CAVARA DE GARA, J. C.: *El sistema de organización del derecho de reunión y manifestación*, MacGraw-Hill, Madrid, 1987.

(34) Cfr. TAJADURA, J.: *Partidos Políticos y Constitución*, Civitas, Madrid, 2004.

VIII. LA EFICACIA DELIMITADORA DE LAS CLÁUSULAS DE LA BUENA FE CONTRACTUAL Y EL ABUSO DEL DERECHO

Pero voy a terminar haciendo ahora, finalmente, una consideración expresa sobre otras dos cláusulas que han sido, históricamente, dos criterios jurídico civiles relevantes a la hora de entender el régimen de aplicación de la proyección de los derechos de la personalidad. Dos cláusulas heredadas del Derecho Civil anterior a la Constitución, y que han sido intensamente releídas desde la Constitución, a partir de la Constitución. Hablamos además de dos cláusulas que han tenido su reflejo correspondiente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como, por último, también, en la construcción jurídica de esa reciente aportación a la cultura europea de los derechos fundamentales que ha sido la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, cuya entrada en vigor con el Tratado de Lisboa ha venido aparejada con la misma fuerza jurídica y el "mismo valor jurídico" que los Tratados (art. 6.1 TUE y arts. 51 a 54 de la CDFUE).

Se trata de dos cláusulas limitativas del ejercicio de los derechos fundamentales, en la medida en que lo son los derechos de la personalidad, tal y como los trataba el Código Civil con anterioridad a la Constitución.

Me estoy refiriendo a las cláusulas de la *buena fe* contractual y de la prohibición del *abuso de derecho* (35).

Es cierto que estas dos cláusulas, que eran bastante crípticas para el constitucionalista hace 25 o 30 años, han sido después intensamente tratadas por los constitucionalistas. Por supuesto, habían sido comentadas por los civilistas con anterioridad a la Constitución, como después igualmente. Pero requerían, también éstos, su correspondiente e intensiva relectura constitucional.

Desde esta perspectiva, la "buena fe" contractual ha sido validada como un parámetro de modulación o de limitación del régimen del ejercicio de los derechos fundamentales en un buen número de supuestos por el Tribunal Constitucional (36). No solamente -insis-

(35) El tenor literal del art. 7 CC es el siguiente: 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso.

(36) *Vid.* NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fun-*

to- en el ámbito de las relaciones laborales. También en lo relativo, por ensanchar los ejemplos ilustrativos, al ejercicio de la libertad de expresión en el marco de las libertades de la comunicación y de la conformación de una opinión pública libre, que es un elemento esencial de la sociedad democrática. La conjugación de estos derechos con la invocación procesal de su delimitación por la cláusula de buena fe contractual ha dado lugar a una miríada de pronunciamientos judiciales, muchos de ellos culminados por una sentencia de amparo.

Por su parte, la cláusula de "prohibición del abuso del derecho" ha tenido un desarrollo llamativo enormemente interesante, lo que, a mi juicio, permite releer profundamente una cláusula clásica del Derecho Civil en lo relativo a las manifestaciones de la autonomía de la voluntad.

¿En qué consiste *abusar* del propio derecho? Recordemos aquí un principio tradicional, traducido al castellano -con los latinajos habituales en la ciencia del Derecho-: "quien ejerce su derecho a nadie ofende". Sin embargo, es lo cierto que el Derecho Constitucional se ha ido armando progresivamente frente a aquellas potencialidades lesivas o negativas para los derechos de los demás que eventualmente puedan venir aparejadas por un ejercicio abusivo, y por lo tanto ilegítimo, del ámbito protegido y constitucionalmente adecuado de los derechos fundamentales de un tercero que no actúa "de buena fe". La patología así descrita despliega una proyección altamente peligrosa para la delimitación correcta de la propia autonomía de la voluntad en el Derecho Privado.

La razón es fácilmente inteligible, en la medida en que existen las relaciones jurídicas *asimétricas* caracterizadas por la desigualdad posición de los contratantes, yendo desde las relaciones de poder ejercitadas desde poderes privados o desde los poderes públicos con fuerza para imponerse sobre los particulares, e incluso desde poderes privados revestidos de potestad para ejercer determinadas funciones públicas (cámaras de Comercio, corporaciones profesionales). Todos estos supuestos pueden darse en la práctica. Y desde todos ellos pueden imponerse condiciones abusivas, irresistibles, compulsivas; impuestas desde la parte más fuerte y sobre la parte más débil. Condiciones, en definitiva, abusivas de los propios derechos, frente a los derechos del tercero contratante o de terceros en general.

damentales en las relaciones entre particulares de buena fe, CEC, Madrid, 2000.

Son muchos los ejemplos en los que esto puede desgranarse en la jurisprudencia de los tribunales españoles, tanto de los ordinarios como del TC, y hasta del propio TEDH.

Pero lo cierto es que esta jurisprudencia cruzada entre tribunales impone también su propia *relectura* de las tradicionales cláusulas delimitadoras de la autonomía de la voluntad y la libertad negocial según el Derecho Civil.

Así, sucede en lo relativo al principio de legalidad y la licitud del objeto de negocio contractual, y desde luego a la operatividad del tradicional principio *de buena fe*.

Pero sobre todo impacta sobre el principio de prohibición del abuso del Derecho: en concreto sobre la libertad contractual frente a los poderes públicos y frente a los particulares (esto es, de los derechos fundamentales eventualmente sujetos a una posición de dominio o de sujeción especial).

Singularmente, la prohibición del abuso de derecho ha sido objeto de un desarrollo prolijo (SSTC 90/1999, 241/1999, 20/2000): piénsese en lo concerniente a la relación de especial confianza que caracteriza la contratación de los empleados domésticos (STC 115/2000), en la prueba de la paternidad (STC 95/1999), en la libertad de expresión en relación con las víctimas del Holocausto o en los límites a la libertad de expresión, asociación y participación política (STC 214/1991), o en las SSTEDH *Klass* 78, *Letidieux* 89, *Partido de la Prosperidad de Turquía* 2001, o en la STEDH *Batasuna vs. España* 2009. En esta jurisprudencia, el STEDH afirma con claridad que ni la libre expresión, ni el derecho de asociación, ni el de participación política, pueden ser ejercidos con la declarada intención de atentar contra la democracia misma, ni contra los fundamentos de la convivencia en una sociedad abierta (arts. 51 a 54 CDFUE)(37).

Desde esta misma perspectiva nos encontramos ante un nuevo entendimiento del consentimiento y de su revocabilidad; así como de la delimitación del consentimiento en la libre disposición de facultades de ejercicio de los derechos fundamentales (así, por ejemplo, ante los problemas planteados por el derecho al honor de los personajes públicos).

Todo ello viene a proyectarse sobre la *eficacia justificante* del ejercicio de los derechos fundamentales. Así, en torno al art. 20.7 CE, y el ejercicio legítimo de un derecho ("quien ejerce un derecho, a nadie ofende"). Lo ejemplifica también la *relectura* del art. 496 CP

(37) Véase ALAÉZ CORRAL, B.: "La libertad de expresión e ilegalización de partidos políticos", *RATC*, 2002.

(injurias y libertad de expresión, STC 185/1983), y el manejo operativo de la cuestión de inconstitucionalidad y la intermediación de la ley, en el desarrollo y concreción del régimen de ejercicio de los derechos fundamentales.

Como también, finalmente, sobre el ámbito temporal y espacial de los derechos fundamentales: STC 35/1987 (caso *escultor Pablo Serrano*); STC 21/1997 (aprehensión y detención en alta mar y régimen jurídico aplicable a buques españoles en alta mar), e incluso sobre el ámbito espacial del propio TEDH, que dependerá de lo que cada Convenio establezca explícitamente.

Vistas todas estas cuestiones sobre el tablero de los problemas, creo que merece la pena reparar en cómo, después de un debate que duró nada menos que diez años a propósito de la nonata Constitución Europea (2001), y después sobre el Tratado Constitucional Europea (2004), y finalmente culminado en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (entraba en vigor como tercera columna del Tratado de Lisboa, 2009) los arts. 51 a 54 de la CDFUE establecen y recogen cláusulas específicamente orientadas a la prohibición del llamado "abuso de derecho".

De alguna manera este principio condensa la jurisprudencia sólida del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en prevención del abuso de derechos, incorporada en el curso de los años por el Poder Judicial y por el TC español (38).

Como hemos adelantado, para ilustrar esta secuencia bástenos reparar en algunos ejemplos que pueden resultar especialmente impactantes. Desde luego lo son los que nos ponen en contacto con las posibilidades de abusar de los derechos constitucionales de la libertad de expresión (bajo los que a menudo se agazapan el insulto, la injuria, la calumnia, la insidia o simplemente la mentira), así como los derechos de manifestación, de asociación, o incluso de participación política, con el objetivo inaceptable y constitucionalmente ilegítimo de subvertir los valores de la convivencia en una sociedad abierta o de atentar contra los fundamentos de la propia democracia.

Ese es, por ejemplo, el trasfondo de la secuencia que ha dado lugar en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a validar una ley

(38) Art. 54 CDFUE. Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a las limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta.

turca que prohibió el denominado “partido de la prosperidad” (caso *Refah Partisi*, STEDH, 2000, 2001 y 2003) sustancialmente por la misma regla y por el mismo razonamiento por el que se validó la Ley española de Partidos Políticos de 2002, bajo la que se procedió a ilegalizar *Batasuna* (Caso *Batasuna*, STEDH, 2009). En efecto, la casuística jurisprudencial aplicativa de la Ley Orgánica de Partidos Políticos (LO 6/2002) –incardinada en el Pacto Antiterrorista y por las Libertades suscrito entre PP y PSOE en el año 2001– ha venido a reforzar este principio y –lo que es aun más importante, la idea fuerza que la inspira–, por el que se puede ilegalizar a aquellas fuerzas políticas que pretendan participar en la actividad institucional o de representación política valiéndose para ello de métodos incompatibles con la propia democracia (la violencia, el terror o el amedrentamiento causado por la persecución a sus adversarios políticos) (39).

Todo esto lo estoy condensando simplemente para ilustrar hasta qué punto un debate que, en un principio, fue un debate muy teórico y que hubo de beber mucho de fuentes extranjeras –muy en particular de la doctrina alemana–, y así lo ha sido, en efecto, durante 20 o 25 años, se encuentra hoy sin duda alguna mucho más desarrollado en la doctrina española, y es hoy mucho más rico y mucho más matizado.

Nos pone de manifiesto –insisto– esa profunda *relectura* de las categorías heredadas del Derecho Civil preconstitucional que ha sido efectuada a la luz de la Constitución de 1978.

Y eso es lo que nos permite concluir afirmando que libertad e igualdad son –continúan siendo– los dos grandes pilares vertebrales del constitucionalismo.

E implica recordar también que el Constitucionalismo no es sino, en última instancia, un movimiento histórico de afirmación de la sujeción de todo el poder al Derecho. Un movimiento histórico que arroja grandes conquistas: entre ellas, claro está, la estructuración del poder en derecho, la formalización del poder en derecho, la limitación del poder en derecho; como también, simultáneamente, la garantía jurídica de espacios de inmunidad de las personas frente a las actuaciones de los poderes públicos, asegurando para ello derechos fundamentales directamente invocables y revestidos también de una gran fuerza de compeler, una gran fuerza de obligar, en última instancia incidentes en la regulación de las relaciones jurídicas

(39) Cfr. TAJADURA, Javier: *Partidos políticos y Constitución*, Civitas, Madrid, 2004.

entre particulares, al tiempo que, por supuesto, en la afirmación del imperio de la ley y la legitimación democrática de toda la relación de poder a la regla del Derecho(40).

IX. CONCLUSIONES

El constitucionalismo, como movimiento histórico de despliegue secular, contemplado ahora desde la integración supranacional europea (cuya realización más reciente se corresponde con el Tratado de Lisboa, en vigor desde 2009), y que posibilita tanto la fundamentación y sujeción a Derecho de la integración europea como de la descentralización territorial subestatal y su perspectiva de futuro en la globalización, nos exige releer enteramente la formulación más clásica (y siempre revolucionaria) de la exaltación jurídica de la libertad y la igualdad.

De modo que los derechos, tal y como los conocíamos, en el Derecho Civil preconstitucional, son y han de ser hoy *releídos* con intensidad y hondura, pero también, a estas alturas, con naturalidad.

Y no ha sido éste en la historia sino un proceso gratuito, no ha sido un proceso inocuo, ni sencillo ni instantáneo. Antes bien ha sido, histórica y técnicamente, un proceso trabajoso e intelectualmente costoso el que nos ha llevado hasta aquí a las siguientes conclusiones acerca de la interacción entre la autonomía de la voluntad y los poderes públicos; tras 40 años de debate en torno a la eficacia "vertical" y "horizontal" de los derechos fundamentales; sobre el Derecho Privado a la luz del constitucionalismo del Siglo XXI, desde la Constitución española y el constitucionalismo europeo.

1. Ya incluso antes de la Constitución era posible hablar de una *función social de los derechos* del ámbito privado, esto es, de derechos básicos del Derecho privado, notablemente del derecho de propiedad. Pero es desde la entrada en vigor de la Constitución que tenemos ciencia cierta de que estamos en un camino de no retorno, en el que los derechos están delimitados, conceptual y funcionalmente, por las exigencias axiales de nuestro orden de convivencia.

2. Los derechos fundamentales están delimitados por la indisponible e irrenunciable consagración constitucional de la dignidad

(40) Véase BLANCO VALDÉS, Roberto: *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1984; del mismo autor *La construcción de la libertad*, Alianza, Madrid, 2011.

personal. La dignidad de la persona es simplemente irrenunciable desde su mismo encuadre constitucional. Los derechos fundamentales están delimitados por las determinaciones constitucionales y por aquellas reglas vinculadas al mantenimiento del orden público y de la paz social. Se llega así a un nuevo concepto de *orden público constitucional*, que es la realización simultánea de los derechos y libertades de todos, lo que quiere decir que los derechos del ámbito de la libertad negocial y del Derecho civil se encuentran delimitados por su *función social* de los derechos patrimoniales.

3. Lo que equivale a afirmar, en otras palabras, que *ningún derecho es ilimitado*. Ningún derecho es ilimitado en la medida en que todos están fundados y fundamentados por la Constitución. Todos están delimitados por la Constitución, que ordena explícitamente que todos los derechos están delimitados además por el respeto a la ley y por los derechos de los demás.

4. Todo lo cual significa una intensa, prolongada e inacabada *relectura* –concluyo– de esa cláusula constitucional de la *libertad personal* y del *principio general de libertad* –en fin, del valor superior de libertad en la CE– bajo el que es posible comprender cómo se despliegan y actúan hoy constitucionalmente la libertad contractual, la *libertad negocial* y, por tanto, la capacidad de obligar de la *autonomía de la voluntad* no sólo en cuanto a su eficacia *vertical* ante los poderes públicos, sino también en el ámbito *horizontal* (la *Drittwirkung*) de su eficacia vinculante ante la fuerza de obligar de los negocios lícitos entre particulares, suscritos con causa legítima y mediando consentimiento.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALBA NAVARRO, M.: "El recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas", *RDP*, núm. 16, 1983.
- AGUIAR, L.: "Dogmática y teoría jurídica de los Derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional Español", *RPD*, núms. 18-19, 1983.
- AGUIAR, L.: "Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Estado de la cuestión", en *Actualidad Jurídica* núm. X, 1981.
- AGUIAR, L.: "Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Estado de la cuestión", en *Actualidad Jurídica* núm. X, 1981.
- AGUIAR, L.: "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española", *RDP*, núm. 10, 1981.
- AGUIAR DE LUQUE, L. y BLANCO CANALES, R.: *Constitución española 1978-1988*. Vol. I., Edit. CEC, Madrid.

- ALAEZ CORRAL, B.: "La libertad de Expresión e ilegalización de partidos políticos", *RATC*, 2002.
- ALAEZ CORRAL, B.: "Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar", *REDC*, núm. 67, 2003.
- ALMAGRO NOSETE, J.: *Justicia Constitucional*, Dykinson, Madrid, 1980.
- ALONSO GARCÍA, E.: "El control por el TC del sistema español de fuentes del Derecho", en *REDC*, núm. 24, 1988.
- ALONSO GARCÍA, E.: "El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución española", *RAP*, núms. 100-102, 1983, *Anuario de Derechos Humanos*, núms. 1 (1981), 2 (1982) y 3 (1985).
- ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación constitucional*, CEC, Madrid, 1985; "La justicia constitucional", en *RCEC*, núm. 1, 1988.
- ÁLVAREZ CONDE, E.: *El derecho de partidos*, Colex, Madrid, 2005.
- ALONSO GARCÍA, E.: "La jurisprudencia constitucional", *RCEC* núm. 1, 1988, págs. 206-207.
- ALZAGA VILLAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución de 1978*, Vol. II, EDERE, Madrid, 1996.
- APARICIO PÉREZ, M. A.: "La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional", en *RCEC*, núm. 3, 1989, págs. 35-53.
- ARAGÓN REYES, M.: "El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información", en *Revista Jurídica de Estudiantes*, UAM., núm. 1, Dykinson, Madrid, 1999.
- ARCE JANARIZ, A.: *Constitución y Derechos Civiles Forales*, Tecnos, Madrid, 1987.
- ATIENZA, M.: *Las razones del Derecho/Teorías de la argumentación jurídica*, Cuadernos y Debates, CEC, Madrid, 1991.
- "Para una razonable definición de lo razonable", *Doxa*, núm. 4, 1978.
- BACIGALUPO, E.: "Colisión de Derechos Fundamentales y justificación en el delito de injuria", en *REDC*, núm. 20, 1987.
- BACHOFF, Otto: *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., y BARNES, J.: "La Educación en la CE 1978. Una reflexión conciliadora", en *REDC*, núm. 12, 1984.
- BALLARIN IRIBARREN, J.: "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares" (Recensión a la obra de J.G.T. & A. J.B.), en *REDC*, núm. 24, 1988, págs. 283-315.
- BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel: *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1996.
- BAÑO LEÓN, J. M.: "La distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Constitucional en la CE", en *REDC*, núm. 24, 1988.
- BARROSO ASENJO, P.: "Los límites constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información" en *REDC*, núm. 23, 1988.

- BARTOLOMÉ CENZANO, BASTERRA, D.: *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*, Civitas, Madrid, 1989.
- BERDUGO, I.: "Garantías en la Constitución ante la suspensión de derechos fundamentales", *Revista Sistema*. núm. 42, 1981.
- BERDUGO, I.: "Los estados de alarma, excepción y sitio", *RPC*, núm. 5, 1981.
- BILBAO UBILLA, J. M.: *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado: la doctrina de la State Action en la jurisprudencia del TS de los Estados Unidos*, McGraw Hill, 1997.
- BILBAO UBILLA, J. M.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del TC*, CEC, Madrid, 1997.
- BLANCO VALDÉS, R.: *El valor de la Constitución*, Alianza, 1994.
- BLANCO VALDÉS, R.: *La construcción de la libertad*, Alianza, 2011.
- BLAT GIMENO, F. R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, 1986, págs. 43 y ss.
- BOCANEGRA, R.: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982.
- CANO MATA, A.: *El derecho a la tutela judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1984.
- CANO MATA, A.: "La huelga de funcionarios", *RAP*, núm. 93, 1980.
- CANO MATA, A.: "La Ley de Protección de los Derechos Fundamentales y su garantía administrativa", *RAP*, núm. 98, 1982.
- CARRASCO PERERA, A.: "El juicio de razonabilidad en la doctrina del Tribunal Constitucional", *REDC*, núm. 11, 1984.
- CARRILLO, M.: La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios. BOE y CEC. Madrid 1995... págs. 207-208.
- CARRILLO, M.: *Los límites a la libertad de Prensa en la Constitución Española de 1978*, PPU, Barcelona, 1987.
- CARRILLO, M.: *Sistema de garantías y suspensión de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución de 1978*, PPU, Barcelona, 1982.
- CARRO, J. L.: "Libertad de enseñanza y escuela privada", *REDA*, núm. 33, 1982.
- CASCAJO, J. L.: "Aproximación al tema de las funciones del TC", en VV.AA.: *El TC*, IEF, DGcont. Vol. III, 1981.
- CASCAJO, J. L.: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, 1988, págs. 88-89.
- CASCAJO, J. L. y GIMENO, V.: *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1984.
- CASTRO CID, B. de: "Derechos humanos y Constitucionales. Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española de 1978)", *REP*, núm. 15, 1982.
- CASTRO CID, B. de: *Los derechos humanos en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- CORSO, G.: "I diritti sociali nella Costituzione italiana", *Riv.trim.dir.pubbl*, núm. 3, 1981, págs. 766 y ss.

- CHINCHILLA MARÍN, C.: *La radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1987.
- CRUZ VILLALÓN, P.: "Formación y evolución de los derechos fundamentales", en *REDC*, núm. 25, 1989, págs. 35-61.
- CRUZ VILLALÓN, P.: "El nuevo derecho de excepción. La Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio", *REDC*, núm. 2, 1981.
- CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Tecnos, Madrid, 1984.
- CRUZ VILLALÓN, P.: "La protección extraordinaria del Estado". *REDC*, núm. 2, 1981
- DÍEZ PICAZO, L.: "La Ley y la potestad normativa privada", en *Democracia representativa y parlamentarismo*, dir. A. López Pina, Senado, 1994, pág. 82.
- DÍEZ PICAZO, Luis M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2004.
- EASSON, A. J.: "Can Directives Impose Obligations on Individuals?". *European Law Rev.*, vol. 4, 1979, págs. 67-79.
- EMBIÓ IRUJO, A.: "El derecho de reunión y su protección. Referencia especial a la protección judicial", *RAP*, núms. 100-102, 1983.
- EMBIÓ IRUJO, A.: *Las libertades de enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: "Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos", *RDP*, núm. 15, 1982.
- Direito de Universidade de Coimbra, Vol. LXVIII, 1992, págs. 283 y ss.
- FAIREN, V.: *El Defensor del Pueblo*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.
- FARIÑAS, L. M.: *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983.
- FRIGINAL, L.: *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1981.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid 1987.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J.: "Inviolabilidad y secreto de la correspondencia", *REDA*, núm. 33, 1983.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: "Revisión en amparo de la constitucionalidad de los convenios colectivos", en *REDT*, núm. 38, 1989, págs. 318-319.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: "Derecho, medio ambiente y desarrollo", *REDA*, núm. 24, 1980
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: "La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales", *REP*, núm. 35, 1983.
- FREIXES SANJUAN, T. y REMOTTI CARBONELL, Carlos, J.: "La configuración constitucional de la seguridad ciudadana" en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 87, enero-marzo 1995.
- FIX-ZAMUDIO, H.: "El recurso de amparo en México y España. La influencia recíproca", *REP* núm. 7, 1979.
- GALLEGO HUÉSCAR, C., GARCÍA SOLÉ, F.: "El Defensor del Pueblo. Competencias, procedimiento y derecho comparado", *RFDUC*, núm. 67, 1982.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (et al): *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1979.
- GARCÍA HERRERA, M. A.: "Estado democrático y libertad de expresión" (I y II), *RFUC*, núms. 64 y 65, 1982.
- GARCÍA HERRERA, M. A.: "Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española de 1978", *RDUC*, núm. 2, 1979.
- GARCÍA MACHO, J.: *Las aporías de los derechos fundamentales y el derecho a la vivienda*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1982.
- GARCÍA MACHO, R.: "La inviolabilidad del domicilio", *REDA*, núm. 32, 1982.
- GARCÍA MORILLO, J.: *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, M. Justicia, Madrid, 1985.
- GARCÍA MORILLO, J.: *La Justicia en la Jurisprudencia Constitucional*, 3 Vols., M. Justicia, Madrid, 1988
- GARCÍA MORILLO, J.: *La justicia en la Jurisprudencia del TC*, M. Justicia, Madrid, 1988.
- GARCÍA PELAYO, M.: "El status del Tribunal Constitucional", *REDC*, núm. 1, 1981.
- GARCÍA RUIZ, J. L. (con apéndice de PÉREZ TREMPES, P.): *El recurso de amparo en el Derecho español*, Editora Nacional, Madrid, 1980.
- GARCÍA TORRES, J.: "Reflexión sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales", en *Rev. Poder Judicial*, núm. 10, 1988.
- GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.
- GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pág. 71, entre otras. Editorial Dikyson, Madrid, 1986.
- GARCÍA TORRES J.: "Sint ut sunt aut non sint (Contribución constitucional al novísimo derecho nobiliario de creación judicial)" en *REDC*, núm. 22, 1988, págs. 223-285.
- GARRORENA, A.: "La sentencia constitucional", *RDP*, núm. 11, 1981.
- GIL-ROBLES, A.: *El Defensor del Pueblo*, Civitas, Madrid, 1979.
- GÓMEZ FERRER, R.: "Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos" *REDA*, núm. 33, 1982.
- GÓMEZ MONTORO, A. J.: *Asociación, Constitución, Ley*, CEPC, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ BALLESTEROS, T.: *El derecho de réplica y rectificación en prensa, radio y televisión*, Ed. Reus, Madrid, 1981.
- GONZÁLEZ DELEITO, N.: *Tribunales Constitucionales, Organización y funcionamiento*, Tecnos. Madrid, 1980.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas. Madrid, 1980.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El derecho a la tutela judicial*, Civitas. Madrid, 1984.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad humana*, Civitas, Madrid, 1986.

- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Televisión pública y televisión privada*. Civitas. Madrid, 1982.
- GONZÁLEZ SALINAS, P.: "La objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional", *REDA*, núm. 34, 1982.
- GONZÁLEZ TREVIJANO, P.: *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, 1992
- GUAITA, A.: "Régimen de los derechos constitucionales", *RDP*, núm. 13, 1982.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *REDC*, núm. 9, 1983.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", en *REDC*, núm. 20, 1987.
- LAGUNA DE PAZ LÓPEZ AGUILAR, J. F.: "Problemas en la garantía y protección judicial de los DF y LP", en *Anuario de Derecho Público de la Universidad de Granada*, núm. 2. 1990, págs. 78-140.
- LLAMAZARES, D., y SUÁREZ, G.: "El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de un tratamiento", *RFDUC*, núm. 61, 1980.
- LA PÉRGOLA, R.: "Ombudsman y Defensor del Pueblo. Apuntes para una legislación comparada", *REP*, núm. 7, 1979.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F.: "Problemas en la garantía y protección judicial de la DF y LP", en *Anuario de Derecho Público de la Universidad de Granada*, núm. 2, 1990, págs. 76-140.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F.: "Notas sobre la aportación de la jurisprudencia constitucional a la integración del régimen jurídico de los partidos", en *RCG*, núm. 12, 1987.
- LÓPEZ CASTILLO, A.: "La libertad de conciencia y la religión", *REDC*, núm. 63, 2001.
- LÓPEZ LÓPEZ, A.: *La disciplina constitucional de la Propiedad Privada*, Tecnos, Madrid, 1988.
- LÓPEZ RAMOS, F.: "La evolución del régimen jurídico de la libertad de prensa tras la Constitución española de 1978", *REDA*, núm. 34, 1982.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: "Reflexiones sobre la libertad profesional", *RAP*, núms. 100-102, 1983. *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979 (monográfico sobre los derechos sociales y económicos).
- LUCAS MURILLO, P.: "Consideraciones sobre el régimen jurídico de los partidos políticos", *REDC*, núm. 4, 1982.
- MARTÍN RETORTILLO, L., y OTTO y PARDO, I.: *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, 1997, págs. 87-88.
- MARTÍN VALVERDE, "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En *RPS*, núm. 137, 1983, págs. 128 y ss.
- MARTÍN RETORTILLO, L., y OTTO y PARDO, I.: *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
- MARSHALL, "Declaraciones de derechos; problemas básicos en su elaboración y aplicación", *RCEC* núm. 1, 1998, pág. 346.

- MAZZIOTTI, M., "Diritti sociali", en *Encicl. Del dir.*, Vol. XII, págs. 806-807.
- MONTAÑÉS, M. *La intervención de las comunicaciones*, Aranzadi, Pamplona 2000
- MORALES, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984.
- MORENO, A., "Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *RCEC*, núm. 38, 1993, págs. 263 y ss.
- MOYA GARRIDO, A.: *El recurso de amparo según la doctrina del Tribunal Constitucional*, Barcelona, 1983.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad de Prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988.
- NARANJO DE LA CRUZ, R. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares de buena fe*, CEC, Madrid, 2000.
- OLIVER, J.: *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Madrid, 1988.
- OLIVER, J.: "El recurso de amparo y el desamparo del TC", en *RDPol*, UNED, núm. 24, 1987.
- OTTO, I; *Derecho Constitucional Sistema de fuentes*, Ariel, 1988.
- PALOMEQUE, C.: *Los derechos laborales en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1991
- PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.
- PAREJO ALONSO, L.: "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TC", en *REDC*, núm. 3, 1981, págs. 169 y ss.
- PECES BARBA, G.: *Derechos Fundamentales*, Pub. Univ. Comp., Madrid, 1980.
- PECES BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PECES BARBA, G.: "Los Deberes Fundamentales" en *Estado & Direito*, N.I., Lisboa, 1988.
- PELLÓN RIVERO: *El Defensor del Pueblo. Legislación española y derecho comparado*, Madrid, 1981.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1985.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *La Seguridad Jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994.
- *Los derechos fundamentales*, Tecnos, S. A., 5.ª edición, Madrid, 1993.
- *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: "La interpretación de la Constitución", *RCG*, núm. 1, 1984.
- PÉREZ ROYO, J.: *Tribunal Constitucional y División de Poderes*, Tecnos, Madrid, 1988.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- PÉREZ SERRANO JÁUREGUI, N.: *El TC: Formularios y doctrinal procesal*, Tecnos, Madrid, 1986.

- PÉREZ-TREMP, P.: "La protección de los derechos fundamentales por jueces y tribunales", *Poder Judicial* núm. 43-44, 1996 (II), págs. 256-257.
- PÉREZ TREMP, P.: "Tribunal Constitucional y el poder judicial", *CEC*, Madrid, 1985. *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1982-83 (monográfico sobre el Tribunal Constitucional).
- PIÑAR MAÑAS, J. L.: "El derecho a la libertad de residencia y de circulación de extranjeros en el territorio nacional", *RAP*, núm. 93, 1980.
- PRIETO SANCHIS, L.: "Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional", *PJ*, núm. 11, 1983. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2, 1979 (monográfico sobre los derechos humanos).
- PRIETO SANCHIS, L.: "Comentario al art. 53", en VV.AA.: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española*, 1984, pág. 461.
- QUADRA-SALCEDO, T. de la: *El recurso de amparo en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981.
- QUADRA-SALCEDO, T. de la: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981.
- QUADRA SALCEDO, T. de la: "La cláusula de conciencia: Godot constitucional?" en *REDC*, núms. 22 y 23, 1988.
- RODRÍGUEZ PIÑEIRO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.: *Igualdad y discriminación*. Tecnos, Madrid, 1985.
- ROJO AJURIA, L.: "Comentario a la STS 11-7-1991", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1991, págs. 859 y ss.
- ROLDÁN BARBERO, J.: "Democracia y Derecho europeo", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, núm. 1, enero-abril 1993.
- ROJAS SÁNCHEZ, G.: *Los derechos políticos, de asociación y de reunión en la España contemporánea*, Pamplona, 1981.
- REQUEJO PAGÉS, J. L.: "Jurisdicción e Independencia Judicial", *CEC*, Madrid, 1989.
- REY MARTÍNEZ, E.: *La propiedad privada en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1995.
- RUBIO LLORENTE, F.: "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *REDC*, núm. 4, 1982.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *Las relaciones laborales en la Constitución española*, MTAS, pp 361-396 Madrid, 1980.
- SALAS, J.: "El Tribunal Constitucional español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativos, ejecutivo y judicial", *REDC*, núm. 6, 1982.
- SALAS, J. y TORNO, J.: "Comentario a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona", *RAP*, núm. 3, 1980.
- SALVADOR, P. y CASTIÑEIRA, M. T.: *Prevenir y castigar (Libertad de información, tutela del honor y funciones del derecho de daños)* Marcial Pons, Madrid, 1997.

- SÁNCHEZ FERRIZ, R.: *El derecho a la información*, Universitat de Valencia. Valencia, 1981.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: "La legitimación activa en los procesos constitucionales", *REDC*, núm. 9, 1983.
- SANTOLALLA, F.: "El recurso de amparo y el desamparo del TC", en *RDPol*, núm. 24, UNED, 1987.
- SANTOLALLA, F.: "Vinculación de la Constitución y control de las leyes", *RCG*, núm. 5, 1985.
- SCHNEIDER, H. P.: "Carattere in funzione dei diritti fondamentali nello Stato costituzionale democratico".
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J.: "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", en *REDC*, núm. 23, 1988.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., "La teoría de los derechos fundamentales" en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, CEC, Madrid, enero-marzo, 1991.
- SORIANO, R.: "La objeción de conciencia", en *REP*, núm. 58, 1987.
- SORIANO, R.: *Las libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1990.
- STARCK, Ch.: "Derechos fundamentales y Derecho privado", *REDC*, núm. 66, 2002.
- TAJADURA, J.: *Partidos políticos y Constitución*, Civitas, Madrid, 2004.
- TOMÁS Y VALIENTE F.: "El principio *in dubio pro reo*...", cit., en *REDC*, núm. 20, 1987.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: "*In dubio pro reo*, Libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia", en *REDC*, núm. 20, 1987.
- TRUJILLO, G.: "Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español", *REP*, núm. 7, 1979.
- UGARTEMENDIA, J. I. *La eficacia vinculante de los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003;
- VARELA, S.: "La idea de deber constitucional", en *REDC*, núm. 4, 1982.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA: "La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo", *REDC*, núm. 8 1983.
- VEGA, P. de: "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *REP*, núm. 7, 1979.
- VENEGAS, M.: *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- VIDA ROIA, J.: (et al): *Huelga, cierre patronal y conflicto colectivo*, Civitas, Madrid, 1982.
- VÍLAS NOGUEIRA, J.: "Los valores superiores del ordenamiento jurídico", *REDC*, núm. 12, 1984
- VÍLAS NOGUEIRA, J.: "Igualdad jurídica y desigualdad económica en el Estado capitalista: los derechos sociales", *REP*, núm. 14, 1980
- VON MUNCH I.: "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", en *REDC*, núm. 5, 1982, págs. 9-33.
- VV.AA.: *El Tribunal Constitucional*, 3 Vols., IEF, D. G. Cont., Madrid, 1981.

VV.AA.: *Los derechos económicos, culturales y sociales*, Universidad de Murcia. Murcia, 1981.

LECTURA POLÍTICA DEL NOTARIADO

Javier Feás Costilla

Notario de Sevilla

Mayo del 68. En la humareda de las calles de París, de pronto, un señor desde una ventana, gritando a los universitarios revoltosos: *¡Acabaréis todos notarios!* Es un conocido lugar común: el notario como paradigma del inmovilismo burgués, como ejemplo del aburguesamiento (1).

No han pasado diez años. En la humareda de una habitación de Madrid, un sexagenario y un cuarentón hablan y fuman. No es humo de revueltas, no es humo de azufre: solo tabaco, mucho tabaco. Parecen padre e hijo organizando algún evento familiar, pero no: son Santiago Carrillo y Adolfo Suárez, el viejo líder comunista y el antiguo falangista ahora líder de la democracia naciente, construyendo mano a mano un nuevo modelo político para España, en los meses que preceden a la Constitución de 1978.

SUÁREZ: Y con los notarios, ¿qué hacemos?

CARRILLO: ¿Nos cuestan dinero?

SUÁREZ: No.

CARRILLO: ¿Y funcionan?

SUÁREZ: Sí.

CARRILLO: Entonces, si algo funciona y no nos cuesta dinero, ¿por qué tocarlo?

De boca en boca, los notarios de los últimos cuarenta años nos hemos ido contando unos a otros esta conversación mítica, acaso

(1) Este célebre *Vous finirez tous notaires!* suele atribuirse al escritor Marcel Jouhandeau (1888-1979), casi octogenario. Sin embargo, se debe sin duda al famoso dramaturgo franco-rumano Eugène Ionesco (1909-1994), quien lo gritaría, visiblemente bebido, desde las ventanas de la editorial Gallimard (muy cerca de donde tendrá su piso Mick Jagger), según un testigo *de visu et áuditu*, el cineasta Pascal Thomas (1945-), en recientes declaraciones a Arno GAILLARD, "Pascal Thomas: 'En 1968, tout est devenu trop sérieux'", revista *Causeur*, 3 de abril de 2018, p. 50.

una leyenda. ¡Carrillo, en apoyo de los notarios! ¿Cómo es que un marxista convencido sale fiador del notariado?

Porque Carrillo, más allá del tópico del notario como un señor de orden, sabe que el notariado puede funcionar, y sin coste, al servicio no ya de los nuevos valores democráticos, sino incluso de los valores políticos de izquierda. Y eso que no es fácil entender esto. El tópico sociológico del notario hace difícil apreciar su eficacia para las políticas de cualquier signo que sean (2).

Lectura política de la Ley del Notariado de 1862

El notario es el confesor laico. Esto dejó escrito Karl Marx. ¿No es otro bonito elogio de la función notarial? Pero cuidado.

Marx acaba de citar a un historiador francés: "Los notarios son en lo secular lo que son los curas en lo espiritual: los depositarios de nuestros secretos". Y es entonces cuando Marx, con su mordacidad característica, admite que el notario es el confesor secular, aunque en el peor de los sentidos: a un tiempo puritano y deshonesto, como podía serlo un cura antiguo en su confesionario.

Otra vez, el notario como tópico sociológico (3).

La Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, sin embargo, se promulgará en España cuando la derecha absolutista lleve unos años derrotada en los campos de batalla, y la derecha liberal esté apartada del poder (4).

La Ley del Notariado se aprueba como complemento indispensable de la reciente Ley Hipotecaria de 1861. No solo se quiere fomentar la hipoteca para la financiación de las grandes inversiones ferroviarias del capitalismo. También se busca consolidar la propiedad de quienes, contra la amenaza de excomunión, han osado beneficiarse del proceso expropiatorio de los bienes de la Iglesia conocido como desamortización. Además, la documentación pública y su publicidad registral solventan indeterminaciones sobre la titularidad de los inmuebles, después de las que entonces se llamaban *guerras civiles*:

(2) La historieta de Santiago Carrillo (1915-2012) y Adolfo Suárez (1932-2014), por lo que sé, nunca se ha puesto por escrito, como no sea por el notario valenciano Fernando OLAIZOLA en una entrada de su blog olai-zolanotario.es ("La imagen del notario").

(3) Karl MARX (1818-1883) y Friedrich ENGELS (1820-1895), *Die heilige Familie (La sagrada familia)*, 1844, V, 4.

(4) Acabadas la Segunda Guerra Carlista (1849) y la Década Moderada (1854), se suceden hasta 1863 los gobiernos progresistas y liberales (salvo un paréntesis moderado de 1856-1858).

la primera y segunda guerras carlistas, libradas entre el nuevo Estado liberal y la reacción absolutista.

Más allá de estos y otros efectos de derecho privado, políticamente es también una ley que avanza en la construcción de un Estado moderno. Así, hace desaparecer los escribanos señoriales, o las diferencias entre los notarios de Cataluña y los escribanos de Castilla: "Habrà en todo el reino una sola clase de estos funcionarios". Además, refuerza el viejo rol del notariado como un enorme archivo de contratos, nada menos que desde el año 1503: "Los protocolos pertenecen al Estado", evitando el escàndalo de las viejas escrituras en manos de los herederos del escribano. En fin, una mayor calificación de estos funcionarios hace al Estado más fuerte, contra los enemigos del Estado moderno, como aquellos guerrilleros carlistas que quemaban los libros del registro civil en mitad de la plaza de tantos pueblos de la península.

Y esta Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 es hoy, en 2018, la ley vigente más antigua de España. Ya esto nos habla de una institución que sabe ponerse al servicio de políticas de todo signo. Sobrevivirá a la Revolución de 1868 y al Sexenio Revolucionario, aunque también a la Restauración; sobrevivirá a la Segunda República, pero igualmente al franquismo(5).

Lectura social del Reglamento Notarial de 1944

El Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, que también es el vigente hoy, nace en un contexto histórico bien distinto al de su Ley de 1862. Ve la luz en una España severamente de derechas,

(5) Fernando GARCÍA DE CORTÁZAR y Ricardo MARTÍN DE LA GUARDIA, *Comparece: España*, 2012:67-75 y 76-121.

Los notarios más famosos de la política española hasta la Guerra Civil de 1936-1939 son dos heterodoxos: el regeneracionista aragonés Joaquín Costa (1846-1911), notario de Madrid cuando publica su *Colectivismo agrario* (1898); y el nacionalista andaluz Blas Infante (1885-1936), notario de un pueblo cercano a Sevilla, asesinado nada más comenzar la guerra.

El General Prim (1814-1870), líder del progresismo y presidente del Consejo de Ministros en el momento de su asesinato, era hijo y nieto de notarios. El último presidente de la Segunda República en España, Manuel Azaña (1880-1940), hijo, nieto, bisnieto y tataranieto de notarios, fue por su parte letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque no llegaría a beneficiarse de la atribución *ex lege* de la condición de notarios y registradores a tales letrados en la posguerra "como aliciente que compense la modestia de los sueldos" (Decreto de 5 de julio de 1945, BOE de 15 de julio).

de hondas convicciones antidemocráticas. En este caso, se adelanta unos meses a la inminente reforma de la Ley Hipotecaria por la Ley de 30 de diciembre de 1944. Otra vez se quiere zanjar las dudas de titulación de las propiedades y facilitar la inversión, tras los convulsos años de la guerra de 1936-1939, algo así como una Cuarta Guerra Carlista que hará suyo, por antonomasia, el nombre de Guerra Civil.

Con todo, el Reglamento franquista de 1944 reproduce en lo sustancial y con expreso respeto el Reglamento republicano de 1935, para sorpresa de los historiadores(6). Y el notariado conserva durante el franquismo, y aún hoy, rasgos sociológicos no menos llamativos, más allá de la variopinta ideología política de cada concreto notario(7).

Imaginemos que un partido con vocación revolucionaria gana las elecciones generales de 2019. Cuadrillas de jóvenes recorren los ministerios y las cátedras, al lema de ¡Poltronas fuera! A ver, tú: ¿abogado del Estado? ¡A una aldea de los Picos de Europa, aislada por la nieve cada invierno! A ver, tú: ¿economista del Estado? ¡A un lugar de La Mancha, donde servir con coche propio varios kilómetros a la redonda! A ver, tú: ¿catedrática de derecho civil? ¡A una isla canaria, sin avión a la península! A ver, tú...

(6) GARCÍA DE CORTÁZAR-MARTÍN DE LA GUARDIA 2012:286.

(7) En el franquismo, fue ministro varias veces el notario Raimundo Fernández-Cuesta (1896-1992), un falangista *camisa vieja*. Según el notario LINAGE CONDE, las gestorías al uso recomendaron en cierta ocasión no pedir una concreta notaría vacante porque Fernández-Cuesta había manifestado su interés: José Antonio LINAGE CONDE, "Apuntes y recuerdos de un notario en el homenaje a un procesalista", en FRANCISCO TORO CEBALLOS (COORD.), *Los Fernández de Córdoba. Nobleza, hegemonía y fama. Homenaje a Manuel Peláez del Rosal*, 2018:253, n. 15).

El último presidente del Gobierno del franquismo y primero de la monarquía de Juan Carlos I, e inmediato antecesor de Adolfo Suárez, fue el notario Carlos Arias Navarro (1908-1989), quien también había sido letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Fue efímero ministro suyo el notario gallego (y registrador de la propiedad) Pío Cabanillas (1923-1991); también será ministro (después de alcalde de Madrid) el notario José Luis Alvarez (1930-), antiguo "opositor prodigio, el modelo, el arquetipo" (LINAGE CONDE 2018:254). Por esos años, igualmente tuvo algún papel el singular notario Antonio García-Trevijano (1927-2018).

Con todo, si se pregunta por un notario que tuviese protagonismo político en la España de la Transición, todo el mundo piensa en el notario Blas Piñar (1918-2014), muchos años caudillo de los llamados *nostálgicos del franquismo*.

Pues bien: esto es el notariado. Licenciados en derecho, muchas veces entre los mejores de cada promoción, ganan las oposiciones a notarías o para el título de notario. A ver, tú: ¿has sacado el número uno? ¡Pues a un pueblecito andaluz, a más 500 kilómetros de tu casa! A ver, tú: ¡a un rincón de Extremadura! A ver, tú... Y juristas de primer nivel, los mayores especialistas en derecho privado, se reparten por toda España para prestar sus servicios en nombre del Estado. Por no hablar de que la impecable ejecutoria de imparcialidad de estas oposiciones de acceso las convierten en un importantísimo ascensor social, del que tan orgulloso se siente el notariado español y que no se ha estudiado lo bastante (8).

También durante el franquismo, corrigiendo siglos de postergación y casi veinte años de prohibición expresa, la mujer accede a la función notarial, como a la registral, muchos años antes que a la judicatura o la fiscalía, o a las cátedras de derecho civil. Eso sí, durante un cuarto de siglo, no hay en toda España más que tres notarías, fallecidas no hace mucho. Hoy las notarías, mayoritariamente jóvenes, constituyen en torno a la tercera parte de un cuerpo jurídico que el imaginario colectivo sigue encarnando en un señor mayor tremendamente serio (9).

(8) Esa presencia activa del notariado en pueblos y ciudades de España ha contribuido a que todo el mundo tenga una imagen del notario; mientras que nadie sabía cómo era un registrador de la propiedad hasta que no llegó a presidente del Gobierno el registrador Mariano Rajoy (1955-), por más que en 1935-1936 le precediese como presidente del Consejo de Ministros su paisano el registrador Manuel Portela Valladares (1867-1952).

Precisamente, la ausencia relativa del notario en los nuevos barrios de las grandes ciudades ha contribuido a desvirtuar esa imagen del notario. Recuérdate el diálogo de aquellos dos chavales en la película de Fernando León de Aranoa *Barrio* (1998):

-¿Tú has visto alguna vez a un notario?

-No.

-Ni yo. Ni nadie. Yo creo que ni existen.

(9) Vid. Antonio PAU PEDRÓN, *Historia del Colegio de Registradores de España*, 2000:78-84, y Concepción Pilar BARRIO DEL OLMO, "Momentos históricos en el notariado y la primera mujer decana", *El Notario del Siglo XXI*, 22, noviembre-diciembre de 2008:177-178. Solo recién proclamada la Segunda República se permite a la mujer presentarse a estas oposiciones. En 1942, ya tras la Guerra Civil, aprueba la primera notaria de la Historia, Consuelo Mendizábal Álvarez (+1992), que se jubilará en 1983 con 75 años de edad y fallecerá soltera.

En 1944, el nuevo Reglamento Notarial prohíbe a las mujeres participar en sus oposiciones (a. 6), salvo en las dos siguientes si se han inscrito en alguna anterior (DT 1ª). Al amparo de esta norma transitoria, aprueban en ese mismo 1944 Margarita Baudín (+2009), que se jubilará en 1989 a

Notariado y Constitución

La Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, en vigor desde el día de su publicación en el BOE de 29 de diciembre de 1978, no habla del notariado. Ni una sola vez menciona la palabra notario. Es cierto que hay encaje de la función notarial en algunos preceptos constitucionales, pero sin ninguna consagración o garantía constitucional del notariado, a diferencia de lo que ocurre en Brasil y Colombia (y también en Ecuador) (10).

los 70 años, esposa de militar y madre y abuela de notarios; y en 1947, Carolina Bono Huerta (+2015), que se jubilará en 1988 con 70 (dos años después que un hermano, conocido notario de Sevilla, hijos de magistrado y ella esposa de magistrado, hermanos también de una registradora de la propiedad).

En 1961, se alza la prohibición por la Ley 56/1961 (de 22 de julio). En 1969 ingresa María Rosa Cameno Iglesias (jubilada en 2013), pronto nuera del prestigioso historiador Ramón Carande; y en 1971, María Jesús Guardo Santamaría (jubilada en 2014), también hermana de notario.

Margarita Baudín contó que al ir a *saludar* al tribunal de oposiciones, se le reconoció que no la aprobaban con gusto, sino por justicia: Carlos PÉREZ BAUDÍN, Carlos PÉREZ RAMOS y Tomás PÉREZ RAMOS, "Margarita Baudín. La profesión de notario no tiene género", *El Notario del Siglo XXI*, 25, mayo-junio de 2009, p. 231. Aunque es posible que lo que realmente le dijera el presidente del tribunal, es decir, el notario José María de Porcioles (1904-1993), entonces Director General de los Registros y del Notariado (y luego por muchos años alcalde de Barcelona), fuese: "No nos dé las gracias, porque hemos hecho todo lo posible por suspenderla", según cuentan tanto su nieto el notario Carlos PÉREZ RAMOS, en comentario a Elisa DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO y Rodrigo TENA ARREGUI, "Entre *Mission Impossible* y *12 hombres sin piedad*. ¿Es posible evitar el nepotismo mediante reglas?", *¿Hay Derecho?*, 12 de mayo de 2014, como su hijo el notario Carlos Pérez Baudín, en reportaje de Nuria CORONADO, "Margarita y Lucía: de cuando ser mujer notaria era delito, a número uno en la oposición", *El Español*, 12 de mayo de 2018.

(10) La función notarial puede incardinarse en el principio constitucional de seguridad jurídica de su artículo 9.3, como defendió el notario José Luis MEZQUITA DEL CACHO, *Seguridad jurídica y sistema cautelar para su protección preventiva en la esfera privada*, 1989 (su tesis doctoral de 1988). En el mismo sentido, el entonces presidente del Tribunal Constitucional el profesor sevillano Miguel RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, "La fe pública como valor constitucional", en AAVV, *La fe pública*, 1994:17-30 (especialmente pp. 19 y 24 ss).

La conocida Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 67/1989 (de 11 de mayo, BOE de 13 de mayo), resolviendo un conflicto de competencias planteado por el Gobierno de Cataluña, interpreta que la competencia exclusiva del Estado en la "ordenación de los registros e instrumentos públicos" (artículo 149.1.8ª) incluye la regulación completa del notariado, más allá de la competencia exclusiva del Estado para regular "las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus

Tras la Constitución, sin embargo, se mantienen la Ley de 1862 y su Reglamento de 1944, bien que con los oportunos retoques y con algunas reformas de gran aliento(11). Y se mantiene sobre todo, aquí sí intacta, esa combinación que gustó a Carrillo: el funcionario que funciona y que nada le cuesta al contribuyente. *Noli me tange-re*.

El notario es parte del Estado, pero no le cuesta un céntimo al Estado. Ni entonces ni ahora. A diferencia del sistema judicial, lastrado por una financiación siempre insuficiente, el sistema notarial lo paga quien lo usa, a coste cero para las arcas públicas. Es el usuario quien abona el peaje del arancel, y nunca al entrar en la notaría, sino al salir con el trabajo hecho. Porque todas las autovías son de peaje, lo pague solo el conductor o lo paguen los contribuyentes; y se ha decidido que el peaje del servicio notarial lo pague el usuario solamente.

Y es verdad que el notariado funciona. Y tanto que funciona. Entonces y ahora. En 2006, sin duda el año de más documentos notariales de la historia del notariado español (si descontamos los protestos de otros tiempos), los casi tres mil notarios de España autorizaron (autorizamos) 11,6 millones de documentos, es decir,

funcionarios" (artículo 148.1.18ª). Se complementa por otra Sentencia del Pleno, la 74/1989 (de 24 de abril, BOE de 22 de mayo), también en respuesta al Gobierno de Cataluña.

(11) Siendo tan parca la Ley de 1862 hasta su reforma por la Ley 15/2015, su Reglamento ha venido siendo el que ha regulado la función notarial; muchas veces, *praeter legem*, al amparo de la autorización al Gobierno que se contiene en el artículo 47 de la Ley de 1862 y que vino a consentir la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989. Con todo, el Colegio Nacional de Registradores impugnó varios aspectos de la reforma reglamentaria de 2007, dando lugar a la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 2176/2008 (de 20 de mayo), que exige expresa cobertura en una norma con rango de ley para cualquier previsión normativa de un control de legalidad por el notario, y más en concreto, para que deniegue su ministerio si detecta una ilegalidad; cuestionada interpretación del control de legalidad que ha sido reiterada por la Sentencia de la misma Sala 528/2016 (de 7 de marzo), también por recurso del Colegio Nacional de Registradores.

El Estatuto catalán de 2006, por su parte, ha introducido una quiebra en el principio de unidad del notariado español de la Ley de 1862, al incluir entre las competencias ejecutivas del Gobierno catalán "la convocatoria, administración y resolución de las oposiciones libres y restringidas y de los concursos" (a. 147.1.a de la Ley Orgánica 6/2006), lo que viene obligando a coordinarse los gobiernos central y autonómico en convocatorias conjuntas. Confróntese con la restricción del posterior Estatuto de Andalucía (a. 77 de la Ley Orgánica 2/2007).

unos quince y medio por día laborable. Y si el notariado fue capaz de asimilar con éxito todo este auge de la contratación que enseguida se revelaría como una burbuja inmobiliaria, es sin duda por su peculiar autonomía de organización (12).

Notariado y política

El notario es un funcionario público. Pero no detrás de una ventanilla en unas oficinas del Estado, sino en un despacho propio, sentado a la mesa con las personas que están contratando. El notario es el Estado mismo sentado con los contratantes. En esto no se parece al juez, que se sienta en el estrado y no consiente el diálogo. El notario es más parecido a un mediador, que se sienta entre las personas en conflicto, y dialoga con ellas. Aunque el notario no solo dialoga: además, asesora gratuitamente, con la imparcialidad propia de todo funcionario, pero con una imparcialidad activa que le distingue de cualquier otro profesional del derecho y le obliga a prestar "asistencia especial al otorgante necesitado de ella", según impone el artículo 147 del Reglamento Notarial, a imitación del Reglamento republicano de 1935.

Si el notario es Estado, podría parecer lógico que quienes no quieren Estado, no quieran notario. Incluidos quienes creen en un neoliberalismo que es cada vez más un signo de identidad de la derecha, y cada vez menos, de la izquierda. Como sus partidarios quieren reducir al mínimo la intervención del Estado, y como la generalidad de los países anglosajones no tienen notarios parejos a los nuestros de la tradición jurídica continental, entonces no sienten como cosa necesaria al notariado. Y con la influencia cultural anglosajona, esa ideología va calando también, a veces imperceptiblemente, en los políticos de la tradición jurídica continental.

Sin embargo, quienes entre nosotros quieren menos Estado, es casi siempre por querer menos impuestos y menos gasto público, ese conservadurismo fiscal (*fiscal conservatism*) tan característico del Partido Republicano norteamericano, y aun de una parte de su Partido Demócrata. Pero el argumento no es válido para el notariado español, que le sale gratis al contribuyente y al erario público.

Además, esa famosa *mano invisible* que postulaba Adam Smith, como metáfora de la capacidad autorreguladora del libre mercado, tiene por requisito la contratación entre partes con información com-

(12) Son datos del CIEN (Centro de Información Estadística del Notariado), disponibles en www.notariado.org.

pleta y simétrica, que la imparcialidad activa del notario, informando más a quien menos sabe, precisamente contribuye a conseguir. La intervención del notario, en vez de perjudicarla, favorece la libertad de mercado que consagra el artículo 38 de la Constitución (13).

Pero si el notario es Estado, entonces la función notarial debería reivindicarse por la izquierda, por aquellos que quieren al Estado como garante de la protección del contratante más débil, como moderador de las inclemencias del mercado. Si no existe esta reivindicación del notariado por parte de la izquierda, ¿no será por aquel tópico sociológico sobre la persona del notario?

Resulta que el notario puede satisfacer a un tiempo los postulados del liberalismo y los de quienes propugnan una intervención siquiera mínima del Estado en la contratación y la economía. En la figura del notario vienen a encontrarse derecha e izquierda.

Como bien supo ver Carrillo, da igual que este y aquel notario singularmente considerados sean franquistas o demócratas, republicanos o monárquicos, de derechas o de izquierdas. El notariado rinde servicio a las políticas de cualquier signo con idéntica eficiencia. La política, más allá de la sociología.

Es una pena que los gobiernos de izquierdas y de derechas no lleguen a entenderlo. Cuántas veces se echa de menos aquella lucidez de Carrillo, en la hora difícil de construir para España una nueva Constitución.

(13) Para el economista peruano Hernando de Soto, la intervención del notario hasta puede sacar de la pobreza a quienes tienen algo, por poco que sea, pues serán menos pobres con solo darle un título público a su pequeña propiedad inmobiliaria. Hernando DE SOTO, *El misterio del capital: por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo*, 2000, *passim*. Un buen resumen, en su conferencia en el Colegio Notarial de Madrid publicada bajo el título *El valor económico de la propiedad formal*, 2004.

Ya lo he dejado dicho en otro lugar: "Cuando un compañero me dice que se siente de derechas, o de izquierdas, pero igual de poco querido por los gobiernos de izquierda y derecha, yo le digo que se nos quiere poco en la medida en que unos y otros comparten una ideología liberal de corte anglosajón, que no conoce notario ni quiere Estado, sin darse cuenta de hasta qué punto el notario puede contribuir a uno de los postulados de esa misma ideología liberal: la libre contratación entre iguales. Porque el notario es el Estado mismo sentado con los contratantes, sí, pero echando una mano a la mano invisible de Adam Smith". Javier FEÁS COSTILLA, "El alquiler notarial: eficacia privilegiada de la escritura de arrendamiento", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 55, 2015:241-308 (en p. 306).

LA CONSTITUCIÓN Y EL NOTARIADO

LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES

Antonio Rodríguez Adrados

(Palabras pronunciadas por Don Antonio Rodríguez Adrados en la Sesión de Clausura del Simposio "NOTARIAL, 83" en el Salón Sant Jordi del Palacio de la Generalitat. Barcelona, 15 de octubre de 1983).

SUMARIO

- I. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA
- II. LA CERTEZA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS
- III. EL NOTARIADO, CREACIÓN SOCIAL
- IV. LA SEGURIDAD DOCUMENTAL
- V. LA SEGURIDAD SUSTANCIAL
- VI. LA JUSTICIA
- VII. CONSERVATISMO Y PROGRESO
- VIII. LA LIBERTAD
- IX. LA IGUALDAD
- X. EL ARTÍCULO 9.2 DE LA CONSTITUCIÓN

Voy a intentar en la clausura de este Simposio, contemplar nuestra función notarial latina, tan persistente a través de los siglos, a la luz de los principios y de los valores constitucionales, que constituyen la base de todo el Ordenamiento jurídico actual.

I. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

La referencia inicial al principio de seguridad jurídica se impone por sí misma: “La Constitución –dice su artículo 9.3– garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Todos estos principios, ya prefigurados en la idea de Estado de Derecho con que se abre el artículo 1.º 1, pueden reducirse a un principio único de seguridad jurídica que la Constitución garantiza:

- Seguridad jurídica, o certeza del Derecho objetivo: principios de legalidad, de jerarquía normativa, de publicidad de las normas y de irretroactividad de las disposiciones indicadas;
- seguridad jurídica en la aplicación de las normas, y consiguientemente interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos;
- y subsidiariamente responsabilidad, esto es, seguridad económica, indemnizatoria del fracaso de la seguridad jurídica.

II. LA CERTEZA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

La función notarial encuentra su encaje en el segundo de esos grupos; supuesta la certeza del Derecho objetivo, la función notarial tiende a conseguir la certeza de su aplicación a las relaciones y situaciones jurídicas y a los derechos subjetivos, en su estática y en la dinámica del tráfico, en una actuación preventiva o sin contienda.

Las normas jurídicas pueden ser objeto, en efecto, de un ataque frontal, que al mismo tiempo lesionará los derechos o situaciones que en ellas se amparaban. La reintegración del orden jurídico violado corresponde entonces a los Jueces y Tribunales: al proceso, a la sentencia y a su ejecución, reparadora también de la lesión sufrida por el particular.

Igualmente puede ser utilizado el proceso para resolver algunas de las variadas manifestaciones de otra crisis del Ordenamiento, la originada por la incertidumbre, que pudiera parecer menos grave,

pero que es más insidiosa, más difícil de combatir. Pero, al igual que la Medicina, el Derecho tiene que ser cada día más preventivo, procurando que la incertidumbre no se introduzca solapadamente en las relaciones entre los particulares a fin de que esas *res dubiae* no destruyan, como termitas, todo el Orden jurídico; y en esta labor profiláctica colaboran la jurisdicción voluntaria judicial, el Ministerio Fiscal, los Registros Públicos, y también el Notariado, sin que entre tantos puedan aspirar a un éxito total.

III. EL NOTARIADO, CREACIÓN SOCIAL

Hay, sin embargo, una importante diferencia de origen entre el Notariado y esas otras Instituciones.

Suelen los autores encontrar precedentes de la figura del Notario en los más variados pueblos de la antigüedad. Hace pocos años el argentino PONDÉ, por ejemplo, se remontaba al escriba egipcio, al Código de Hammurabi, a las Leyes de Manú, a la Biblia y al Talmud, a la antigua Grecia y a la antigua Roma; y estos precedentes demuestran por sí solos que lo que en un sentido lato pudiéramos denominar función notarial orientada a la consecución de la seguridad jurídica es muy anterior al Notariado propiamente dicho. Y cuando a finales del siglo XII y principios del siglo XIII aparecen simultáneamente y se difunden, como ha enseñado magistralmente BONO, el *instrumentum publicum* y su autor, el *notarius publicus*, no se debe a una meditada decisión del legislador, sino a una lenta evolución de los *scriptores* y de sus *chartae*. Quizá la mejor demostración de esta creación social del Notariado se encuentre precisamente aquí, en Cataluña.

IV. LA SEGURIDAD DOCUMENTAL

La seguridad que proporciona el Notario aparece, ante todo, como una seguridad documental: seguridad derivada de la eficacia del instrumento público. La escritura pública, que es su género más destacado, arranca de un acta, de una narración por el Notario de hechos que él mismo realiza o que tienen lugar a su presencia y percibe por sus propios sentidos: la autoría del documento y su fecha, la autoría y el texto de las declaraciones, el otorgamiento y la autorización del documento, etc. Y es en este esqueleto de "autenticidad auténtica", en el pleonasma de NÚÑEZ-LAGOS, donde se insertan las declaraciones de ciencia o de voluntad, los actos y los contratos, arropados por una serie de calificaciones y de juicios del Notario

que producen una presunción *iuris tantum* de validez, de legalidad. El documento, en bloque, va a desplegar una eficacia sintética en el tráfico y en el proceso en las más diversas direcciones –eficacia probatoria, ejecutiva, registral, legitimadora, etc.–, de manera que el interesado va a obtener, junto a la seguridad de unos resultados finales, el medio –el instrumento de conseguirlos con facilidad. El documento notarial va a proporcionarle seguridad y eficacia.

V. LA SEGURIDAD SUSTANCIAL

La importancia de esta seguridad formal no puede hacernos olvidar, sin embargo, que hay una seguridad anterior a la del documento, sin la cual la seguridad documental sería vana; es la seguridad sustancial, que requiere:

- que el negocio sea válido, según las prescripciones del Ordenamiento;
- que el documento que lo contiene (prescindiendo de su valor) esté redactado con claridad y sistema, sin contradicciones, ambigüedades ni lagunas;
- y que el negocio sea apto para satisfacer las finalidades prácticas que las partes persiguen; porque una consideración administrativista tiende fácilmente a olvidar que el Notario tiene también por misión el cuidado de los intereses privados, que los particulares acuden al Notario para que les ayude a conseguir sus fines lícitos y no sólo para que les proporcione seguridad.

Es necesaria, por tanto, la plena adecuación del negocio al Ordenamiento, y a las finalidades de los otorgantes; sólo así tendremos un negocio perfecto, que proporcione completa seguridad sustancial; a ello se encamina la mayor y la mejor parte del trabajo del Notario.

No se vaya a pensar que se trata de una evolución perfeccionadora del Notariado. El Notario actuó, desde un principio, en la esfera del Derecho, de los actos y negocios jurídicos, y sólo con posterioridad fue surgiendo la doctrina de la autenticidad para extender la eficacia del documento a los hechos en que los derechos se apoyaban. Recordemos a los *tabelliones* romanos, precedente tan próximo del Notariado que sin exageración pueden calificarse de Pre-Notariado; eran unos profesionales, unos escribas especializados en la escrituración de los negocios jurídicos entre los particulares, que acabaron

desplazando a los jurisconsultos de sus funciones cautelar y jurisprudencial pero que nunca, ni con Justiniano, llegaron a obtener la *fides publica*; los documentos tabeliónicos proporcionaban a sus clientes una fuerte seguridad sustancial, pero una muy escasa seguridad documental. Lo mismo ocurría con los *scriptores* y con los escribanos profesionales de nuestra Edad Media, que darwinianamente lograron prevalecer sobre otras manifestaciones notariales de nuestros Fueros, como los escribanos de concejo, o los escribanos del Juez o de los Alcaldes.

VI. LA JUSTICIA

La función notarial no se agota, sin embargo, en esa colaboración formal y sustancial, a la seguridad jurídica, sino que también coopera a la consecución de los valores superiores del Ordenamiento jurídico que propugna el artículo 1º. 1 de la Constitución: la libertad, la justicia y la igualdad; y ante todo, claro es, de la justicia.

Está muy difundida la idea de que existe una contraposición entre seguridad y justicia; en este sentido CARNELUTTI advierte, por ejemplo, que el precio de la certeza es nada menos que la injusticia, y así ocurriría, en efecto, si se tratase de buscar una seguridad a toda costa; pero también si pretendiéramos una justicia absoluta sacrificaríamos la seguridad, sin la que ninguna justicia es posible. En cuanto abandonamos ambos extremismos la contraposición entre certeza y justicia cesa puesto que, como enseñó LÓPEZ OÑATE, la certeza es "la específica eticidad del derecho", hasta el punto de que "en la certeza del derecho está su equidad".

El Notario tiene, en consecuencia, que procurar la justicia del acto o contrato contenido en el documento ante todo por razones de seguridad. Si en el contrato se ha resuelto con justicia la contradicción de intereses entre las partes, será improbable que surja entre ellas un contencioso, y el documento habrá cumplido su misión anti-conflictiva; y si a pesar de todo se produce el litigio, nada tendrá que temer el contrato equitativo, mientras que la ruptura grave del equilibrio contractual, aun consentida por los interesados en el momento de la conclusión del contrato, no podrá resistir el examen judicial.

Pero con independencia de estas consideraciones, que al fin se reconducen a la idea de seguridad, la justicia tiene que ser buscada por sí misma, como valor superior del Ordenamiento. El Notario, un sólo Notario, tiene que "cuidar *simultáneamente* (de los) intereses de varias partes, aunque ellas obren desde posiciones irremediablemente antitéticas" (GRASSO), para "fundirlos en un armónico equili-

brio" (LOVATO), porque como dijo el Presidente de la Unión, Maître CHAINE, que hoy tenemos entre nosotros, el Notario tiene "la obligación... de velar por la equidad y por el equilibrio de las convenciones, y no por la defensa, más allá de esa equidad, de los intereses de su cliente"; y ante las divergencias entre los otorgantes, el Notario va a actuar precisamente como "*árbitro de equidad*", a pesar de ser técnico en Derecho; árbitro libremente elegido, cuyos consejos han de ser también libremente aceptados.

No cabe, sin embargo, exigir al Notario un "negocio óptimo", a la manera de PERLINGIERI, porque se entrecruza otro de los valores superiores del Ordenamiento, el de libertad; estamos en la esfera de la autonomía privada, y el Notario carece de toda potestad para imponer sus criterios.

VII. CONSERVATISMO Y PROGRESO

Esta actividad jurídica del Notario en pro de la seguridad y de la justicia negociales, da origen a una específica *aplicación notarial del Derecho*, en la que se incardina una no menos típica *interpretación notarial del Derecho*; una y otra adquieren particular relevancia en variadas circunstancias, y especialmente ante las nuevas normas y ante los hechos nuevos.

El Notario es, con mucha frecuencia, "el primer intérprete de las nuevas normas" (CANDÓ), "apenas salidas" (DELLE VENERI). El fenómeno es tan antiguo que ya Justiniano explica la *vacatio legis* que introduciría en la Novela 66 con estas palabras: "*ut tabelliones vim eius cognoscant*"; Y esta prioridad cronológica de la interpretación notarial la ha permitido configurar muchas veces la ulterior interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia.

Los Notarios están, por otra parte, en estrecho "contacto con la realidad sobre la que la norma opera, y son por tanto los que pueden captar, primero y mejor que otros, las inevitables mutaciones de esta realidad, sus variaciones, su imparable evolución" (SANTANGELO).

La actuación notarial está caracterizada por una situación de especial libertad. En cuanto a los hechos, porque al intervenir en la fase preparatoria del negocio, contribuye a formar las declaraciones de voluntad, que todavía no han tenido lugar, con lo que influye, cautelarmente, a crear esa misma realidad de la que luego ha de dar fe. Y también en cuanto al Derecho, puesto que a través de la voluntad de las partes puede corregir los preceptos de índole dispositiva y goza de gran amplitud para llenar las lagunas de la ley.

Aquí está el arranque de esa labor promocional del Notario, de la colaboración del Notariado a la evolución y al progreso jurídico que ha dado vida a tantas y tantas instituciones. Ello hace que el Notario, sin contradicción ninguna, quede situado, como dicen ATLANTE y PANVINI ROSATI, "entre el progresismo (como operador "de primera línea") y el conservadurismo (como productor de "certeza" y de tranquilidad)".

VIII. LA LIBERTAD

Otros dos valores superiores del Ordenamiento jurídico, que hacen que España se constituya en un Estado de Derecho "social y democrático", son la libertad y la igualdad.

El ámbito de actuación del Notariado latino es el de la libertad. "Dondequiera que florece el Notariado –nos dice la Moción de la Comisión "Pietro MicheIli"–, allí hay también un reconocimiento y un respeto a las libertades individuales, protegidas por el Estado y desenvueltas y hechas efectivas en gran medida por la actividad de los Notarios".

Nuestro sistema confiere ante todo a los particulares una libertad civil –el derecho de libre elección de Notario–, de excepcional importancia para la persona si se tiene en cuenta la índole privada, familiar, íntima, que con frecuencia tienen los asuntos en que el Notario interviene; y que es una garantía indispensable para el normal desenvolvimiento de las restantes libertades.

Las libertades civiles –la libertad testamentaria, la libertad contractual, la libertad de asociación, etc., encuentran en el instrumento público su más adecuado medio de actuación.

Y ya que estamos en Barcelona no quiero dejar de referirme aquí a la especial vinculación entre el Notariado y el Derecho foral, posiblemente derivada de la amplitud de su sistema de libertad civil, condensado en el *stantum est chartae* aragonés, o en el *paramiento ley vence* navarro; "el Notariado –escribió MASPONS ANGLASELI– es el principal cauce de la concreción de los pactos y de las reglamentaciones que originan la regla de derecho y, por su medio, cada una de las instituciones"; quizá no sea muy exagerado afirmar que sin los Notarios difícilmente habría sobrevivido el Derecho foral a un siglo de leyes generales y de jurisprudencia y de doctrina uniformadoras.

La intervención notarial en garantía de las libertades y de los derechos públicos y políticos tiene carácter marginal, aunque tampoco sea infrecuente; sólo están específicamente reguladas –desde

la primera República–, las actas notariales en materia electoral; los particulares acuden a las actas notariales en defensa de cualesquiera de sus derechos; también de los derechos humanos.

IX. LA IGUALDAD

La igualdad da origen por su parte, a un concepto tan trascendente para la función notarial como es la imparcialidad del Notario; recordemos el juramento de los escribanos de las Partidas: “deben jurar, que fagan las cartas lealmente, e sin alongamiento, e que non caten y amor, nin desamor, nin miedo, nin verguenca, nin ruego, nin don que les den, nin les prometan”. No se trata solamente de que el Notario tenga un “deber” de imparcialidad; ni siquiera que esa imparcialidad constituya para él un “deber de estado”, en expresión de MAIGRET; es que lo exige su misma misión anticonflictiva, a fin de poder “obtener una composición duradera y, en cuanto sea posible, definitiva de los opuestos intereses” (LAURINI), en un “equilibrio no precario” (O’ORAZI FLAVONI).

Acostumbrados a vivir esta igualdad de los otorgantes, los Notarios han luchado siempre contra toda discriminación en el Ordenamiento, según dispone actualmente el artículo 14 de la Constitución; recordemos, en todo tiempo, las actas notariales, y modernamente la lucha por los derechos civiles de la mujer casada, a raíz de la reforma, en 1975, del Código civil.

X. EL ARTÍCULO 9.2 DE LA CONSTITUCIÓN

Vamos a referirnos, para terminar, a uno de los preceptos más interesantes de la Constitución, el artículo 9.2, de clara ascendencia italiana:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Ahora sí que estamos ante el Estado “social” de Derecho; quedan superadas la libertad y la igualdad formales, para atender decididamente a su sustancia; “el ordenamiento jurídico –había escrito FERRARI TONIOLO– no es mero instrumento de defensa de la situación de hecho ya poseída, sino que es fuerza equilibradora y tutela propor-

cionalmente más intensa frente a las posiciones más débiles O de mermado ejercicio de los derechos fundamentales de las personas". También en nuestros despachos tenemos frente a frente algunas veces al "cliente importante" y al "contratante débil"; contemplamos una **abismal diferencia en medios económicos, en** experiencia, **en** conocimientos y asesores jurídicos; y como ya decía en la sesión de apertura de este Simposio "la imparcialidad del Notario no puede ser, por tanto, una imparcialidad *formal*, que ante una desigualdad profunda de las partes podría significar, en el fondo, una verdadera parcialidad; tiene que ser una imparcialidad *sustantiva*, tendente a corregir la inferioridad del llamado contratante débil", en la línea de este artículo 9.2 de la Constitución.

EL NOTARIADO Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Juan Bolás Alfonso
Notario

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL SISTEMA NOTARIAL ESPAÑOL: IMPORTANCIA DE LA NATURALEZA PÚBLICA ESTATAL DE LA FUNCIÓN NOTARIAL. EL ARTÍCULO 149.1.8 DE LA CONSTITUCIÓN
- III. EL NOTARIO Y LA LIBERTAD
- IV. EL NOTARIO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA
- V. EL NOTARIO Y LA JUSTICIA
- VI. EL ARTÍCULO 38 C.E.: LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA DE MERCADO Y LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL
- VII. EL ARTÍCULO 49 C.E. Y EL NOTARIADO COMO APOYO A LAS PERSONAS QUE SUFREN DISCAPACIDAD
- VIII. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se cumplen cuarenta años de la aprobación de nuestra Constitución, parece que algunos han olvidado que la Constitución

es la norma fundamental que hace posible nuestra convivencia democrática, norma que rige para todos los ciudadanos y poderes públicos (artículo 9.1 CE) y que todos debemos respetar por cuanto que representa democracia y libertad.

En efecto, la celebración del cuarenta aniversario de la Constitución tiene lugar en tiempos revueltos en los que soberanistas y populistas pretenden socavar los fundamentos de nuestro Estado de Derecho y de nuestra Carta Magna.

Son tiempos en los que cobran plena actualidad las siguientes palabras contenidas en el discurso pronunciado por S.M. el Rey Don Juan Carlos I, ante las Cortes, el 27 de diciembre de 1978:

"...si los españoles sin excepción sabemos sacrificar lo que sea preciso de nuestras opiniones para armonizarlas con las de los otros; si acertamos a combinar el ejercicio de nuestros derechos con los derechos que a los demás corresponde ejercer; si postergamos nuestros egoísmos y personalismos a la consecución del bien común, conseguiremos desterrar para siempre las divergencias irreconciliables, el rencor, el odio y la violencia, y lograremos una España unida en sus deseos de paz y armonía".

El Preámbulo constitucional destaca con toda claridad el objetivo que se perseguía con la aprobación de la Constitución al afirmar que *"La Nación española desea establecer la justicia, la libertad y la seguridad"* y a tal fin, se trata, entre otras cosas, de garantizar la convivencia democrática, consolidar un Estado de Derecho y proteger a todos los españoles en el ejercicio de los derechos humanos.

Consecuentemente, a tenor del artículo 1.1 *"España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político"*

En suma, nuestra democracia se asienta en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en el Estado de Derecho.

Pues bien, partiendo de los valores constitucionales, en este breve estudio, haremos hincapié en el perfecto encaje de la función notarial en la Constitución y comprobaremos como el Notariado, tal como está configurado, no sólo se adecua perfectamente a la Constitución sino que es un mecanismo que potencia la realización de los derechos fundamentales a la libertad, a la seguridad y a la justicia.

El punto de partida ha de ser necesariamente la naturaleza y significado de la función notarial.

II. EL SISTEMA NOTARIAL ESPAÑOL: IMPORTANCIA DE LA NATURALEZA PÚBLICA ESTATAL DE LA FUNCIÓN NOTARIAL. EL ARTÍCULO 149.1.8 DE LA CONSTITUCIÓN

El notariado español es uno de los ochenta y siete notariados que integran la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) y en los que rige el sistema de notario funcionario y profesional del Derecho.

A tenor del artículo 1º de la Ley del Notariado: *"El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales"*, añadiendo el artículo 1º del Reglamento Notarial que: *"Los Notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado"*.

Este doble carácter del Notario ha sido ampliamente recogido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, entre otras muchas, en sentencia de 26 de enero de 1996 advierte que el artículo 1º de la Ley del Notariado es por sí solo insuficiente para obtener un concepto exacto de la función notarial, pues nada se dice en él de la función asesora ni del carácter profesional del Notario, que resulta, a juicio del TS, del citado artículo 1º RN y también, del artículo 147 del RN a cuyo tenor el Notario *"redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquellos del valor y alcance de su redacción"*,

En definitiva, a juicio del TS, el notario en nuestro ordenamiento ejerce una función compleja, en la que concurren aspectos públicos y aspectos privados.

El aspecto público, predominante tanto en el origen de la Institución notarial como en nuestros días, ha sido destacado por el Tribunal Constitucional que en sentencia 87/1989, de 11 de mayo justificó la competencia exclusiva del Estado respecto de la ordenación de los registros e instrumentos públicos que le reserva el artículo 149.1.8 de la Constitución, *"en la naturaleza pública estatal de la función notarial"* (1).

(1) En este punto deben hacerse dos matizaciones:

1ª- Los notarios no son funcionarios administrativos, integrados orgánicamente en la Administración y cuya retribución se extraiga de la correspondiente partida de los presupuestos generales del Estado, sino que son funcionarios en cuanto que son depositarios de una función pública estatal que ejercen, en parte, en régimen profesional para su mayor eficiencia.

En éste sentido dispone el artículo 1º del RN que *"El Notariado disfrutará de plena autonomía e independencia de su función, y en su organización"*

III. EL NOTARIO Y LA LIBERTAD

La libertad es la facultad natural que tiene la persona de obrar de una manera o de otra, o de no obrar, lo que le hace responsable de sus actos.

La libertad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE)

"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". (art.9.2 CE)

Ciñéndonos a la libertad de las personas para organizar su patrimonio y para actuar en las relaciones personales y contractuales en base a la autonomía de la voluntad, es indiscutible que la libertad contractual es imprescindible para el desarrollo socio-económico.

jerárquica depende directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado."

2ª- Y los dos caracteres –funcionarial y profesional– que explican la especificidad de la actividad notarial, son inescindibles. Al respecto es rotundo nuestro T.S. que en sentencias de la Sala 3ª de 22 de enero de 2001 y 10 de junio de 2003, declaró lo siguiente: "El Notario no es un simple profesional del derecho. Es también una persona que ejerce funciones públicas, lo cual no quiere decir, ni dice, que el notario ejerza dos profesiones. Es una y la misma, montada a doble vertiente, (...) Dos vertientes-privada y pública– que configuran una misma función, la notarial, dotándola de una especial coloración que la hace distinta de la una y de la otra".

En suma, el notario no es un profesional liberal, sino un funcionario público dependiente del Ministerio de Justicia, sin perjuicio de que ejerza en algunos aspectos como profesional, lo que tiene como única razón la eficiencia de la función, el incentivo para la excelencia profesional, y por tanto, la competencia para el mejor servicio a la sociedad.

La falta de encaje en los conceptos tradicionales de función pública y de profesión liberal explica que sea hoy dominante la caracterización de la función pública notarial como actividad derivada del ejercicio de una profesión reglada.

Ciertamente, la equiparación del notario a un profesional liberal, sin más, dejaría sin explicación gran parte de la regulación estatal del estatuto notarial. No hay comparación posible entre el régimen del notario y el del profesional liberal, propiamente dicho (sistema de acceso a la función; integración en un escalafón; sistema de ascenso; límites a la movilidad; obligación de prestación de la función; honorarios tasados por el Estado; jubilación, etc.

Para que la libertad contractual se desarrolle debidamente es necesario un marco legal flexible, que no ahogue la autonomía y la iniciativa de los ciudadanos, pero también son necesarios mecanismos de control pues la realidad demuestra que la ausencia de reglas o el deficiente control de su aplicación van en perjuicio de la Economía; de los consumidores; y de los intereses generales.

Por ello es imprescindible lograr el equilibrio entre libertad contractual y control de legalidad.

Pues bien, la función notarial tiene una gran importancia para la existencia de un efectivo control de legalidad pues facilita notablemente el control de la Administración Pública mediante el suministro de un caudal de información sobre la realidad del tráfico jurídico, cuya colaboración tiene especial relevancia en materias como las inversiones extranjeras, las comunicaciones en relación con la normativa del blanqueo de dinero, la información a efectos fiscales y catastrales, etc.

El control de la legalidad en el momento de la verdad, al contratar, es sin duda uno de los aspectos fundamentales de la función pública notarial pues el notario, como funcionario, no es un mero aplicador de la ley sino un controlador. El control notarial abarca la identificación de las partes, el juicio de capacidad, la suficiencia de las representaciones alegadas, y, en general el ajuste del contenido del documento a la ley (licencias, autorizaciones y cumplimiento de demás requisitos legales para la validez y eficacia).

Al respecto pueden traerse a colación las palabras del Tribunal Constitucional que, entre otras, en sentencia de noviembre de 1999 (STC 207/1999) declaró que, a la vista del artículo 1º de la LN, "A los Notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad, sea con apoyo en una ley estatal o autonómica...." y añade el Tribunal que "la función pública notarial incorpora un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del Notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público".

La libertad contractual presupone seguridad jurídica porque sólo la seguridad jurídica, la garantía en el cumplimiento de la ley y de los pactos, hace posible la libertad.

IV. EL NOTARIO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

A tenor del artículo 9.3 CE "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la

irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

La seguridad jurídica es certeza en la aplicación de la ley, y es también “saber a qué atenerse”, lo que supone que los ciudadanos conozcan sus derechos y obligaciones y puedan prever las consecuencias de sus actos.

Es un valor abstracto e intangible que, al igual que la salud, sólo se valora cuando no se tiene.

La seguridad es confianza en el sistema jurídico. Si la confianza se pierde es de difícil recuperación.

Desafortunadamente, no obstante la claridad del texto constitucional, es lo cierto que la realidad pone de manifiesto en muchas ocasiones la quiebra del principio de seguridad jurídica. Lo que es especialmente grave pues puede conducir a una crisis institucional.

La inseguridad jurídica puede ser resultado de una mala política legislativa, o de una confusa y contradictoria jurisprudencia o de medidas del ejecutivo irrespetuosas con el principio de irretroactividad de las normas.

No hace mucho tiempo que conocimos la inseguridad jurídica que provocaron las reformas legislativas en el sector energético cuya repercusión económica y social hoy ha sido ampliamente superada por el desgraciado asunto de la determinación del sujeto pasivo en el impuesto de Actos Jurídicos Documentados en los préstamos hipotecarios. Sobran palabras.

La seguridad jurídica exige no sólo leyes claras y una tutela judicial efectiva sino también mecanismos preventivos que doten de especial eficacia a los pactos y contratos firmados en forma fehaciente y que hagan accesible al ciudadano un asesoramiento imparcial y equilibrador en el momento de la contratación, pues una persona sin información es una persona sin opinión.

La relevancia de la función notarial en este punto es incuestionable.

El notario, como jurista imparcial, debe velar por el equilibrio contractual, protegiendo especialmente a la parte menos informada frente a la que tiene una posición dominante. De ahí la importancia del deber notarial de información y consejo jurídico a las partes al elaborar el documento público.

Pero no son solo las partes las que se benefician de la labor jurídica del notario, pues el documento público notarial tiene una eficacia que trasciende a terceros.

En efecto, la eficacia del documento público, por la calidad de su elaboración, en base a la actuación reglada del notario, motiva que el legislador reconozca especiales efectos, sustantivos, traditorios, ejecutivos, probatorios y registrales al documento notarial, frente al documento privado, cualquiera que sea el soporte en que se redacte, y es también la razón que explica la confianza de los ciudadanos en el documento notarial que les proporciona la seguridad jurídica a que todos tienen derecho conforme al citado artículo 9.3 de nuestra Constitución.

En este punto es especialmente importante el artículo 17 bis de la Ley Notarial, en la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que tras señalar en su apartado 2.2 a) que *"Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes"*, añade en su letra b) que *"Los documentos públicos autorizados por notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en ésta u otras leyes."*

V. EL NOTARIO Y LA JUSTICIA

La realización de la Justicia es el fin del Derecho. Pero la aplicación del Derecho ha de ser efectiva e igual para todos, por ello la certeza en el contenido de la norma y el respeto a la legalidad son presupuestos para la efectividad de la aplicación del Derecho y la Justicia.

El notariado, como institución al servicio de la seguridad jurídica entendida como la dimensión formal de la Justicia, es una Institución que colabora a la efectividad de la Justicia para todos los ciudadanos.

Desde otro punto de vista, la Justicia requiere la existencia de Tribunales y procedimientos rápidos y no costosos. Una Justicia lenta no es Justicia.

Pero para ello no basta con dotar de medios humanos y materiales al aparato judicial sino que es preciso desbloquear los Tribunales, reduciendo el número de asuntos litigiosos, lo que puede lograrse a través de mecanismos alternativos, como el arbitraje y, más global-

mente, mediante la adopción de mecanismos de seguridad jurídica preventiva.

En este punto debe destacarse, de un lado, la idoneidad del notario para ser árbitro como jurista independiente, y, de otro, el hecho demostrado de que el documento público, gracias a sus especiales efectos privilegiados, es un elemento básico para la reducción de la litigiosidad y, por tanto, para la agilización de los Tribunales.

VI. EL ARTICULO 38 C.E.: LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA DE MERCADO Y LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL

Conforme al artículo 38 CE *"Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación"*

Explicado, a grandes rasgos, el valor de la función notarial para que la libertad contractual, la seguridad jurídica y la justicia sean efectivas para los ciudadanos, debe destacarse también el valor añadido de la función pública notarial para el correcto desarrollo del mercado o, en otras palabras, el valor económico de la función notarial.

La seguridad jurídica es una de las variables institucionales, como el mercado laboral y la fiscalidad, de las que depende el desarrollo del mercado.

Son varias las razones que demuestran la utilidad económica de la función notarial a saber:

1ª. No hay comercio sin inversión, no hay inversión sin financiación y no hay financiación sin garantías.

Un buen sistema económico requiere para su correcto desarrollo un sistema jurídico de garantías que permitan la rápida y eficaz exigibilidad del cumplimiento de los compromisos económicos asumidos y la predictibilidad de las consecuencias de los contratos celebrados.

2ª. Un sistema que no proporcione seguridad jurídica es un mal sistema porque el empresario, el inversor, necesita poder planificar su inversión a medio y largo plazo y a tal efecto puede calcular la incidencia de la conflictividad laboral, la oscilación de la moneda, las alzas salariales, la facilidad de las comunicaciones, etc. Pero la seguridad jurídica no puede cuantificarse en términos económicos.

3ª. El sistema de seguridad jurídica preventiva reduce los costes de información y de transacción y aporta la necesaria certidumbre, imprescindible para los proyectos empresariales.

Pues bien, la función notarial de previo asesoramiento y control de la legalidad, al autorizar el documento público, proporciona un notable grado de eficiencia a las transacciones, –de garantía de eficacia– y de predictibilidad. Además, al proporcionar fijeza a los contratos evita el pleito o facilita su solución y ya se sabe que un derecho que no se pueda hacer cumplir o que hacerlo cumplir tiene unos costes muy altos, pierde una gran parte de su valor, de ahí la importancia de los instrumentos que pueden evitar la contenciosidad judicial.

4ª. El artículo 33 de la Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, pero no hay desarrollo económico si el derecho de propiedad carece de la protección y fijeza necesarias para que valga la pena emprender actividades productivas.

La documentación notarial, con sus especiales efectos públicos, es la base de un buen sistema de propiedad formal que reconozca y proteja los derechos individuales.

VII. EL ARTICULO 49 C.E. Y EL NOTARIADO COMO APOYO A LAS PERSONAS QUE SUFREN DISCAPACIDAD

El principio constitucional de igualdad real y efectiva está expresamente recogido en diversos artículos del texto constitucional.

El artículo 9.2 CE sanciona la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra.

Conforme al artículo 14 *"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*

El principio de igualdad, real y efectiva, se refleja también en el artículo 35.1 respecto al derecho al trabajo, y tiene especial incidencia en lo tocante al disfrute de los derechos fundamentales por las personas que sufren discapacidad en cualquiera de sus modalidades. Por ello el artículo 49 dispone que *"Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos"*.

El siglo XXI está llamado a ser el siglo de la efectividad de los derechos humanos, sin exclusión ninguna.

Hoy el tratamiento de la discapacidad ha adquirido una gran importancia en el plano jurídico a fin de garantizar el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad

Del modelo de exclusión se ha pasado al de tratamiento médico y de éste al modelo social que impulsa la dignidad y la autonomía de estas personas bajo la perspectiva de los derechos humanos.

Tratándose de los derechos de las personas que sufren discapacidad hay que celebrar el avance positivo que ha supuesto la Convención de la Asamblea General de la O.N.U. de 13 de diciembre de 2006 abriendo un nuevo camino para *"promover, proteger y garantizar el pleno goce y en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad"*.

Se entiende por personas con discapacidad, conforme al artículo 1º de la Convención *"aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"*.

Se ha abierto una nueva perspectiva. Tras la Convención, la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titulares de derechos y de actuar en derecho.

La Convención, una vez ratificada por España en 2007 y publicada en el BOE en 2.008, forma parte ya de nuestro ordenamiento jurídico conforme al artículo 96.1 CE y por lo tanto, aunque a pesar del tiempo transcurrido, aún no se haya reformado el Código Civil, los operadores jurídicos deben tener en cuenta los principios sancionados por ella.

El reconocimiento del principio de igualdad conlleva la modificación de las leyes y el cambio de perspectiva en lo tocante a la discapacidad para impulsar la definitiva consagración del nuevo concepto de capacidad jurídica. La nueva sensibilidad no sólo debe ser tenida en cuenta por el legislador sino también por los operadores jurídicos, jueces, fiscales, letrados, notarios etc. (2)

(2) En el ámbito judicial, así lo declaró el TS en las conocidas sentencias de 30 de junio y de 30 de septiembre de 2.014, en las que se decantó abiertamente por la aplicación de los criterios de la Convención.

Por su parte, la circular de la Fiscalía General del Estado 9/ 2015 indicó que *"Hasta que llegue la nueva regulación ...hay que partir de los principios consignados en el artículo 12.4 de la Convención que señalan que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen*

En el campo de la discapacidad (3) el papel de los notarios reviste

salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Estas salvaguardias asegurarán: 1) que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; 2) que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida”.

(3) En la práctica notarial, si se trata de personas incapacitadas por sentencia judicial, el notario deberá ajustarse escrupulosamente al dictado judicial y comprobar lo que una persona puede y lo que no puede hacer por sí sola; o si debe actuar con el apoyo o asistencia de la curatela; o si en su sustitución deben actuar los padres, en virtud de la patria potestad prorrogada, o el tutor como representante legal, con las autorizaciones y aprobaciones judiciales pertinentes; o, en su caso, el defensor judicial; o el guardador con facultades tutelares, si bien, por lo general, la falta de constatación formal de esta situación dificultará su intervención en el documento público.

Pero si la persona no está judicialmente incapacitada, el control de su capacidad para la firma de la escritura recae en el notario, bajo su exclusiva responsabilidad.

Por ello, todo lo relativo a la capacidad jurídica tiene una enorme importancia en lo tocante a la autorización de documentos públicos notariales, en los que se formalizan negocios jurídicos pues sabido es que la esencia del negocio jurídico es la voluntad declarada y por ello, la capacidad para consentir.

Precisamente uno de los elementos que distinguen la documentación pública notarial de la documentación privada es sin duda la garantía de la capacidad legal de los otorgantes, garantía que, junto con la identificación fehaciente y el control de legalidad del contenido del documento, justifican la especial eficacia del documento notarial en el tráfico jurídico al que, como se dijo anteriormente, aporta una indudable dosis de seguridad jurídica.

Por ello, conforme al artículo 156 del RN, la comparecencia de toda escritura contendrá, entre otras cosas, la afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato al que la escritura se refiera.

Y, en la misma línea, el artículo 167 RH dispone que: “El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto en que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”.

El mismo juicio de capacidad debe hacerse constar en las pólizas (artículo 197 quater RN).

Y en materia de testamentos, el notario debe manifestar que el testador tiene, a su juicio, capacidad suficiente (de “cabal juicio” habla el artículo 663 CC) y respecto del testamento abierto conforme al artículo 696 del CC el notario hará constar que “a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento”.

Consecuentemente con lo expuesto, el notario, en su función de control de la legalidad, que debe venir referido al momento mismo del otorgamiento, deberá negar la autorización del documento cuando a su juicio, todos o

una gran importancia(4).

alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan. Pero el notario tiene que tener en cuenta que tal como han recordado el Tribunal Constitucional en sentencia de 9 octubre 2002, y el TS en sentencia de 10 de noviembre de 2005– la capacidad se presume siempre. La discapacidad es la excepción que se dará en casos extremos ante determinadas discapacidades intelectuales profundas que eliminan toda posibilidad de comprensión o discernimiento.

(4) Coincidiendo en el respeto a los mismos principios, la problemática de esta materia es distinta según se contemple desde la perspectiva judicial o desde la perspectiva notarial. El papel de jueces y fiscales es fundamental en la medida de que su labor determina las posibilidades de la persona que sufre discapacidad para actuar, en el mundo jurídico, según los casos, por sí sólo o con apoyos de mayor o menor alcance.

En concreto, en el plano judicial, la modificación de la capacidad de una persona puede ser resultado de un procedimiento judicial de incapacitación (artículos 756 y ss LEC) o de un expediente de jurisdicción voluntaria, hoy regulado en los artículos 43 y ss Ley 15/2015, de 2 de julio, artículos que serán de aplicación para la constitución de la tutela y de la curatela siempre que no se haya solicitado dicha constitución en un proceso judicial (art.44).

En ambos casos, la decisión sobre la capacidad de una persona lleva su tiempo.

El expediente de jurisdicción voluntaria, se inicia a solicitud de parte interesada en cuyo expediente se oirá al promotor; a aquel cuya tutela o curatela se pretenda constituir si fuera mayor de 12 años o al menor de dicha edad que tuviere suficiente madurez; a los parientes más próximos; al Ministerio Fiscal; y a cuantas personas se considere oportuno.

Y tanto el juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés de la persona con capacidad modificada judicialmente, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas.

Y en todo caso el juez deberá fijar, con el mayor detalle posible, los actos que puede llevar a cabo por sí sólo el discapaz y los actos para los que se requiere la intervención del tutor y los actos para los que sólo se requiere la supervisión y apoyo de éste o del curador.

Las limitaciones que se establezcan deberán motivarse, sin que sea correcto limitar totalmente la capacidad del demandado sino que dichas limitaciones deberán adaptarse a las necesidades concretas de la persona cuya discapacidad se declare. Se trata de hacer un traje a la medida (TS. sentencias de 16 de mayo 2017 y 8 de noviembre de 2017, entre otras).

El juez para determinar la capacidad puede tener en consideración todos los hechos que considere relevantes, gozando de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada, discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia en la que deberá indicar como ha llegado a determinada convicción.

La realidad vivida en los despachos notariales, demuestra que la perspectiva notarial es algo distinta.

El notario no puede nunca autorizar una escritura sin apreciar la capa-

Los notarios son testigos en el día a día de sus despachos, verdaderos observatorios de la realidad, de que la discapacidad es un fenómeno muy complejo que se manifiesta en muy diversas formas y que exige actuar con un gran casuismo, por lo que debe descartarse la idea de que las personas con discapacidad forman un colectivo homogéneo, como si todas las personas que padecen alguna limitación precisaran del mismo trato.

La variedad de supuestos que necesitan apoyo es notable, sin ignorar que hay situaciones severas que, siendo excepcionalmente graves, requerirán para el ejercicio de los derechos del discapaz y la protección de sus intereses, su sustitución legal y no un mero apoyo.

Incluso hay situaciones que escapan de este esquema como es por ejemplo, el caso de que la persona que deseaba firmar un contrato esté en coma a resultas de un accidente.

idad suficiente del otorgante. Ello es lógico pues en los documentos notariales, se formalizan negocios jurídicos y como se indicó antes, la esencia del negocio jurídico es la voluntad declarada y por ello, la capacidad para consentir.

Este aspecto es uno de los puntos más delicados de la labor notarial, dado como se desarrollan los acontecimientos, pues de un lado, la posibilidad de prestar consentimiento negocial no depende de la modificación legal de su capacidad sino de la madurez del otorgante; y de otro, en la mayoría de los casos, el notario debe emitir su juicio sobre la capacidad del firmante casi "ipso facto" de forma inmediata, y no cuenta para ello con los antecedentes personales y familiares ni con informes médicos, que de existir a veces se le ocultan por los propios interesados, e incluso puede darse el caso de que le oculte la sentencia de incapacitación.

Este fue el supuesto que resolvió el TS en sentencia del 20 de abril de 2016 en un caso en el que un matrimonio compró en escritura un inmueble y constituyó tres hipotecas cambiarias, todo ello ocultando que el esposo estaba incapacitado por sentencia. El negocio les salió mal, se impagan las letras y se ejecuta la finca y el ejecutante cede el remate a un particular que vende la finca a un tercero.

Así las cosas, la esposa y el hijo, que era el tutor de su padre, demandaron la nulidad de las hipotecas alegando la incapacitación del padre. El TS declaró la nulidad o anulabilidad de las hipotecas pero mantiene la adquisición por el tercero de buena fe.

Finalmente, esta visión global no quedaría completa sin recordar la labor del notariado, a través de la Fundación Aequitas para potenciar la autonomía de las personas con discapacidad, cuyo botón de muestra fue la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de "Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad" con la introducción de los poderes preventivos y de la autotutela entre otras medidas de constante aplicación en la práctica.

En este caso tal vez podría pensarse en la aplicación del artículo 27 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que prevé el nombramiento de un defensor judicial a personas con capacidad "por modificar" cuyo nombramiento, según la letra c) del precepto se solicitará en todo caso cuando se tenga conocimiento de que una persona a la que debe constituirse la tutela o la curatela, precise la adopción de medidas para la administración de sus bienes, hasta que recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento.

Y, en todo caso, debe el notario valorar la trascendencia del negocio que se pretende escriturar, pues no es lo mismo comprar que vender, ni donar que recibir una donación o aceptar una herencia, o hacer testamento, ni, hoy, casar que divorciar.

Conforme a la Convención, el notario antes de negar a una persona la posibilidad de realizar un negocio jurídico por una persona con discapacidad, debe brindarle su apoyo para hacerle fácil lo difícil.

Y, en la medida de lo posible, el Notario deberá solicitar otros apoyos, sea de familiares, de testigos y/o de informes médicos en su caso.

En este punto es importante destacar el nuevo contenido de los artículos 56 del CC y 58.5º de la LRC, relativos al matrimonio (introducidos por Ley 4/2017, de 28 de junio de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) artículos que apuntan una idea que pudiera trasladarse a otros supuestos.

Según estas normas, respecto de la capacidad para contraer matrimonio el Notario, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, *"la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o de los contrayentes. Sólo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento"*

En el informe presentado en diciembre de 2017 a la Asamblea General de las Naciones Unidas se menciona expresamente al notario como autoridad, responsable de la apreciación de la capacidad de las personas que pretenden firmar una escritura pública.

El punto 77 del informe señala que *"En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica"*.

El informe insiste en que los notarios deben actuar conociendo la nueva perspectiva de la capacidad y el paradigma de apoyo introducido por la Convención para que su labor no se traduzca en una restricción de facto de la capacidad jurídica.

Los notarios deben tener presente lo dispuesto en el artículo 12.5 pues son un mecanismo idóneo, como fedatarios públicos y profesionales del Derecho, para, como establece dicha norma: "... *garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velar por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*"

Los notarios deben actuar teniendo siempre presente la nueva dimensión de la discapacidad, favoreciendo y garantizando el derecho de las personas con discapacidad a operar en el mundo jurídico.

En conclusión, la actuación del notario ya es de por sí una buena medida de apoyo. El notario, como funcionario público y profesional del Derecho, cuya función está íntimamente relacionada con la persona, debe ofrecer su apoyo para el ejercicio de la capacidad a todos los ciudadanos sin exclusión, asesorando, advirtiendo y aconsejando sobre el alcance y consecuencias del negocio, haciendo fácil lo difícil para estas personas.

En suma, el notario contribuye a la efectividad del principio sancionado por el artículo 49 CE pues la intervención notarial garantiza el ejercicio de derechos por las personas con discapacidad en condiciones de igualdad.

No se trata de que las personas con discapacidad se adapten al sistema de documentación pública notarial sino de que la forma de elaborar la documentación pública se adapte a las personas con discapacidad pues el acceso a la Justicia no puede verse limitado por la discapacidad.

Añádase a lo dicho la labor del notariado, a través de la Fundación Aequitas, para potenciar la autonomía de las personas con discapacidad, cuyo botón de muestra fue la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, con la introducción de los poderes preventivos y de la autotutela entre otras medidas de constante aplicación en la práctica.

VIII. CONCLUSIÓN

A la vista del texto constitucional, en particular de los artículos 9.2 y 3, 33, 38, 49 y 149 1.8 puede afirmarse que en nuestro Estado de Derecho el Notariado colabora a la mejor y más efectiva realización de los derechos fundamentales, a la seguridad jurídica pero también a la libertad, la justicia y la dignidad e intimidad de las personas.

Como afirman Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ y Fernando SÁINZ MORENO (5) el Notariado es un mecanismo coadyuvante de la aplicación práctica de los principios constitucionales y su régimen jurídico está adecuado a la Constitución y potencia la realización práctica de los derechos fundamentales.

(5) Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ y Fernando SÁINZ MORENO. "El notario, la función notarial y las garantías constitucionales" Cuadernos Civitas 1989.

EL NOTARIO, LA CONSTITUCIÓN Y LOS VALORES CONSTITUCIONALES (1)

Ignacio Gomá Lanzón

Notario de Madrid

SUMARIO

- I. EL ENCAJE DEL NOTARIADO ENTRE LOS PODERES CONSTITUCIONALES
- II. LA CONTRIBUCIÓN DEL NOTARIADO AL DESARROLLO DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES Y AL CUMPLIMIENTO DE SUS NORMAS

Una importante efeméride como lo es el cuadragésimo aniversario de la Constitución Española merece los elogiosos comentarios que sin duda motivará, y las propuestas de reforma o mejora que probablemente suscite. Pero en una revista como la presente será también inevitable una referencia, aunque sea modesta y mínima, a la relación que la profesión notarial haya podido tener con la Constitución, el encaje que en ella le corresponda y el papel que hay podido tener en el desarrollo de sus valores y el cumplimiento de sus normas.

(1) Una versión más breve de este texto se publicará en la revista El Notario del Siglo XXI en el número conmemorativo de los 40 años de la Constitución Española.

I. EL ENCAJE DEL NOTARIADO ENTRE LOS PODERES CONSTITUCIONALES

Pero no es fácil la tarea, pues pareciera que Constitución y Notariado tuvieran una relación esquiva y distanciada; aunque de ser así no sería por el Notariado, siempre respetuoso con los requerimientos y preocupaciones de aquella, y atento a sus necesidades, sino por la Norma Madre, más atraída por otros de sus hijos, instituciones de mejor ver y quizá, en sus pensamientos, de mayores posibles y proyección. Sus antepasadas tampoco le hicieron mucho caso. Sólo la Constitución de 1812 se acordó de los escribanos aunque, lamentablemente, sólo fue para incorporar en su artículo 100 una especie de modelo de poder para usar con ocasión de las elecciones. Poco reconocimiento reducirnos a formulario. Ni siquiera el título de Notario Mayor del Reino está constitucionalizado, pues es el artículo 9 de nuestra vetusta Ley Orgánica del Notariado la que lo otorga al Ministro de Gracia y Justicia.

El Notariado lleva discretamente esta preterición de las modernas Leyes Supremas. Su ego está cubierto con el reconocimiento de las leyes más antiguas. El Fuero Real, de 1255, regula la figura del escribano público nombrado por el Rey y las Siete Partidas, del rey Sabio, y la Pragmática de Alcalá de Isabel la Católica, de 1503, lo desarrollan ampliamente. Pero el hecho de ser anterior a las Constituciones modernas no le priva al Notariado de preguntarse por su lugar en ellas.

La Constitución menciona en su articulado a diversas instituciones sociales que considera relevantes (la Iglesia, los sindicatos, las organizaciones empresariales y profesionales) y lógicamente contempla con más detalle la organización del Estado, porque precisamente es esa una de sus finalidades. Pero no es fácil encuadrar la función notarial dentro de las áreas que regula la Constitución. Y no lo es porque la propia naturaleza del Notariado es híbrida y mestiza. "Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho", dice el artículo 1 de nuestro Reglamento, mostrando una interesante y poco frecuente accesión de funciones que no se sabe si se trata de una adjunción –unión de elementos que pueden distinguirse pero no separarse– o de una conmixtión –unión de elementos que no pueden ni distinguirse ni separarse. Pero averiguar esto nos llevaría demasiado lejos. Bástenos hacer constar que nuestra función es una unión, quizá *frankesteniana*, de diversas funciones, unas públicas y otras privadas, que nos llevan, por un lado, a estar encuadrados en el Ministerio de Justicia, pero que, por otro, nos

permiten vivir de quienes requieren nuestro ministerio; o a tener limitada la competencia, y a la vez ser responsables económicamente de nuestra actividad.

Pero, si bien como institución social que no formara parte del Estado el Notariado bien podría ser ajeno a la Constitución, sí cabe plantearse en qué área hubiera de estar encuadrado como funcionario público, pues como tal le reconoce el artículo 1 de la Ley Orgánica del Notariado y el mismo artículo del Reglamento Notarial. Porque, ¿qué tipo de funcionario es? ¿A qué poder del Estado debería entenderse que corresponde? o, mejor ¿cuál de las funciones –ejecutiva, legislativa o judicial– ejerce? Por un lado, el notario se encuentra adscrito al Ministerio de Justicia, y concretamente a la Dirección General de los Registros y del Notariado y, desde este punto de vista, pudiera entenderse que corresponde al Poder Ejecutivo, al estar ejerciendo una función administrativa. Algunos antiguos notarialistas así lo creyeron.

Pero, desde otro punto de vista, cabría entender que en realidad su función se aproxima más a la jurisdiccional, y concretamente a la jurisdicción voluntaria. De hecho, hay autores, como LAVANDERA y BELLVER CANO, que defendieron esta postura a principios del siglo XX y, de alguna manera, el artículo 3 del Reglamento Notarial parecía confirmar esta tesis al calificar al notario como “órgano de jurisdicción voluntaria”; precepto este clarividente pues cuando se promulgó no había duda de que no éramos tal cosa, pero sus afirmaciones han resultado premonitorias porque en 2015 la Ley de Jurisdicción Voluntaria tuvo a bien adjudicarnos numerosos expedientes de esta jurisdicción que hasta ese momento habían correspondido a la Judicatura. Es más, cabría decir que, de alguna manera, esta norma cambió nuestra función, porque con la atribución de dichos expedientes puede entenderse que aumentó cualitativamente nuestras funciones, al incrementar la potestad de realizar los juicios y calificaciones que hasta ese momento se realizaban, pero también la de efectuar valoraciones y tomar ciertas decisiones más propias de la Judicatura. Ahora bien, desde el momento en que tales funciones son oficialmente nuestras, la aproximación a la función judicial decae un tanto.

O, excluida la adscripción al mundo judicial, con un poco de imaginación y voluntarismo, podría llegar a pensarse que el notario participa de las funciones legislativas, en cuanto redacta contratos, que son leyes entre las partes conforme al artículo 1091 del Código civil y que, con frecuencia, transitan zonas del vida jurídica aun no exploradas, ignotas o recién nacidas.

No queda muy definida, pues, qué función distinta realiza el notario ni a qué poder debería ser adscrito. A tal punto llega la cosa que algunos autores consideraron en su día que el Notariado constituía un poder autónomo entre la clásica división de poderes del Estado –legislativo, ejecutivo, judicial. Nada menos que don José CASTÁN TOBEÑAS, en su libro *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho*, de 1945, propugnaba “el encuadramiento la actividad notarial dentro de la función reguladora o legitimadora que es propia de un Poder del Estado (el Poder legitimador)” (pág. 18). Es decir, proponía que se admitiera otro poder o función, la función legitimadora, que comprendería todas aquellas normas e instituciones por las cuales el Poder público asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos, actos y negocios jurídicos: el órgano más característico de este poder o función sería precisamente el Notariado. VALLET DE GOYTISOLO consideraba al Notariado un órgano social al servicio de la seguridad en los negocios jurídicos mediante el ejercicio de su actividad conformadora y autenticadora. FONT BOIX observa que el cumplimiento ordenado de las actividades privadas tiene una trascendencia social evidente y es, por tanto, misión del Estado garantizarlo y protegerlo, y lo hace a través de ciertas instituciones de “tutela cautelar o preventiva”. La función notarial, que se integra en esa tutela cautelar, es una función pública, pero se ejerce en un área distinta de la que corresponde a la Administración, el área de las relaciones de los particulares entre sí. La tutela administrativa busca la justicia distributiva y la tutela cautelar la conmutativa (2).

Pero, a pesar de estas opiniones doctrinales, quizá sea un tanto voluntarista suponer que nuestra función constituye un nuevo Poder del Estado, uno nuevo y fantasmagórico que ni siquiera aparece mencionado en la Constitución. Pero no deja de ser cierto que nuestra inadaptación a las estructuras dogmáticas tiene un sentido: que el notario surge de la sociedad y no de una norma, aunque es recogida por esta por su utilidad, y ello explica su papel y su funcionamiento. El Notariado moderno surge con el trabajo de los escribanos que redactan los contratos porque saben leer y escribir (*cartas de vendidas, o compras*, que decían las Partidas). Luego, al aprender de leyes, ayudan a las partes a configurar sus negocios, aclarándoles su voluntad en evitación de pleitos. El Estado considerándolos fiables, y para facilitar los procesos judiciales, da a los

(2) Ver las diferentes teorías sobre la función notarial en el libro “Derecho Notarial”, Bosch, 2011, de José Enrique GOMÁ SALCEDO con la colaboración de Ignacio y Fernando GOMÁ LANZÓN (pág. 31).

documentos por ellos extendidos el carácter de prueba preferente –la fe pública– y, además, empieza a incorporarlos a su estructura recabando para sí su nombramiento. Finalmente, ya en ella, los usa imponiéndoles la obligación de velar por la legalidad del negocio, en interés del propio Estado y de los otorgantes. Serán, además, una fuente de información de la actividad social y mercantil y conservarán el documento matriz, garantizándose así el acceso al derecho con independencia de la copia del documento, que hubiera podido extraviarse.

Quizá no sea desacertado concluir que la función notarial no encaja definitivamente en ninguno de los poderes constitucionales y también que quizá tampoco sea uno nuevo y diferente de los clásicos. Pero ello no impide que la institución notarial, híbrida y multifuncional, a medio camino entre la actividad privada y la pública –y siempre en un delicado equilibrio entre ambas– cumple una tarea de tutela cautelar de las relaciones privadas que redundaba desde hace siglos, y también en la era constitucional, en una mayor eficiencia y regularidad del tráfico jurídico privado, y que ello complementa, modesta pero dignamente, la labor de los Poderes constitucionales.

II. LA CONTRIBUCIÓN DEL NOTARIADO AL DESARROLLO DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES Y AL CUMPLIMIENTO DE SUS NORMAS

Hemos visto que la Constitución no encuadra a los notarios en ningún sitio, y también que esto no es necesariamente malo. Ahora hemos de preguntarnos cómo el notario desarrolla la Constitución en el desempeño de su labor. Pero preguntarnos qué valores constitucionales contribuye el notario a desarrollar es tanto como preguntarse qué hace el notario y esto implica cuestionarse qué es.

Además, no resulta fácil anudar la función del notario a un valor constitucional (o de otro tipo) con una exclusividad suficientemente identificadora de su esencia. A un niño se le puede explicar que un juez busca la Justicia, un policía el orden público y un médico, la salud. La función notarial es abstracta y multifuncional y aquel notario que haya tratado de explicar lo que hace a sus hijos no lo ha tenido fácil. Pues no es fácil visualizar unitariamente el concepto de redactar actos y contratos, asesorando imparcialmente a las partes sobre el modo más eficaz de obligarse o actuar, mientras que, a la vez, se controla la legalidad y se da fe del contenido del documento, conservando su matriz indefinidamente para garantizar la justificación de los derechos en él contenidos; y, menos, que ello es útil

por sus efectos ejecutivos, probatorios y legitimadores. Ah, y que, además, se da fe de hechos singulares que se quieran demostrar a través de las actas.

Es, pues, una tarea compleja. Desde el punto de vista económico se suele decir que la actuación notarial tiende a la reducción de los costes de transacción, privados y sociales. En cuanto a los *costes privados*, es decir, los que se acarrean a las partes, se ha destacado la función del notario como "*ingeniero de los costes de transacción*", que es el aspecto más técnico de su *función facilitadora* al allanar el camino que permite la inserción de las transacciones en el sistema jurídico y económico. El notario reduce la incertidumbre y añade valor a las transacciones mediante su función de ejecutor o *enforcer* (la eficacia probatoria y ejecutiva), su función arbitral (solucionando problemas en la negociación), su función mediadora (en el sentido de hacer visible el espacio de la negociación) y su función auditora (el control de legalidad), aparte de su labor de diseño contractual al completar el contrato, adaptarlo al derecho e innovar mediante la creación de fórmulas.

En cuanto a la reducción de los *costes sociales* de las transacciones, es decir, el que se puede producir a terceros por las transacciones no ajustadas o contrarias a Derecho, se destaca por los autores no la función facilitadora, sino la *función obstaculizadora* del notario, que se configura en este sentido como un "guardabarreras" o "*gatekeeper*", porque el notario baja la barrera ante aquellos casos que no están ajustados a la ley (3).

Demasiados conceptos, demasiados valores involucrados para las mentes no familiarizadas con nuestro trabajo. De hecho, el carácter adaptable que nuestra naturaleza híbrida provoca ha hecho que, según las diferentes etapas sociales y políticas, nosotros mismos hayamos ido resaltando unos valores u otros.

Por ejemplo, en otros tiempos se destacó como función esencial del notario la fe pública –es la tesis más clásica y antigua– y esta, ciertamente, explica alguna parte de nuestra actividad, pero no toda la función, que es más variada y compleja; otros, en su momento, destacaron el componente del asesoramiento, pero esto, igualmente, supone coger la parte por el todo; algunos autores de tanto renombre como GONZÁLEZ PALOMINO incluso entendían que el asesoramiento era algo que el notario hacía *por ser* notario, pero no *como* notario, pero hoy nuestro Reglamento lo desmiente consagrándolo como elemento esencial en su artículo 1.

(3) "Derecho Notarial", cit. pág. 32 y ss.

Se ha destacado en los últimos tiempos la faceta de controladores de legalidad –la función auditora y de *gatekeeper*– que se podría vincular al principio de legalidad del artículo 9.3. En su día fue puesta en duda –al impugnarse algunos artículos de la modificación del Reglamento de 2007– como si en la realidad vivida (y en varias leyes) no fuera adaptar la voluntad de las partes a la legalidad una de nuestras principales funciones y quizá una de las que más perviven en la mente de los ciudadanos, junto con la socorrida de “dar fe”. Es más, el control de legalidad notarial ha experimentado en los últimos tiempos, a consecuencia de sucesivas normas, un incremento cuantitativo y también cualitativo, pues ahora tiene como objetivo o ideal no sólo la regularidad formal, sino también la material, lo que se manifiesta en una nueva actitud ante las cosas, más vigilante y proactiva.

Pero, aun siendo así, ese control material tiene un límite que podríamos llamar *constitucional*, porque no puede comprender aquellas cosas que están fuera de su alcance jurídico e incluso gnoseológico; por ejemplo, las intenciones no manifestadas ni evidentes –finalidades fraudulentas ocultas– o, incluso, la abusividad de las cláusulas incorporadas a los contratos que no hayan sido declaradas como tales por la ley o por un juez. El notario sólo debe llegar a lo que tiene ante sí: las declaraciones de las partes y los documentos presentados que, eso sí, han de ser lícitos, claros, coherentes y hasta poco sospechosos.

Pero al notario no le compete realizar presunciones sobre la licitud de las cosas apoyándose en su simple criterio subjetivo. Admitir lo contrario conduciría a consagrar una especie de “juicio notarial” carente de procedimiento contradictorio, que se incoaría con la única legitimidad de la subjetividad personal del notario ante la concurrencia de sospechas más o menos fundadas, y se sustanciaría sin disponer todos los elementos de juicio, que no podría exigir.

Ello nos conectaría, pero negativamente, con la Constitución, porque admitir tales juicios preventivos sería contrario al principio de tutela judicial efectiva, que prescribe el artículo 21.4 de la Constitución; incluso supondría un coartamiento de la autonomía de las partes en oposición al principio de libertad de su artículo 10.2, si partimos de la base de que en un sistema de democrático lo que no está prohibido está permitido (por el valor superior de la libertad consagrado en el artículo 1), por lo que no cabría negarse a autorizar documentos por sospechas, máxime cuando la actuación del notario es obligada de acuerdo quizá, con un cierto derecho a la forma pública que todos los ciudadanos tienen y que se podría

entender enmarcado en el artículo 9.3 de la propia Constitución. En resumen, el notario ejerce un control de legalidad, incluso de regularidad material, pero éste no nos define absolutamente porque tiene límites, más allá de los cuales se encuentran los jueces. No es fácil encontrar el límite entre la persecución de la regularidad material y la labor de los jueces, pero hay que buscarla, porque ese es nuestro campo de actuación constitucional.

Tampoco otros aspectos accesorios como el de ser sujetos obligados en materia de blanqueo de dinero y colaboradores con la Administración pueden definir nuestra función, por muy importante que hoy sea y por mucho que hayan suscitado el cambio cualitativo a la regularidad material mediante la incorporación del concepto de evaluación del riesgo en la lucha contra el blanqueo de dinero. Por supuesto, el notario es un evaluador nato por su lugar central en el tráfico; y, merced a los adelantos tecnológicos, un potente recolector y suministrador de información a todo tipo de organismos públicos lo que, con la ayuda de esas mismas tecnologías, genera un enorme poder: el que surge de la capacidad de vincular datos diferentes para controlar operaciones y personas, pulsar las diferentes situaciones sociales, formular estadísticas y generar planes estratégicos. Y ello cada vez recaba mayor parte de nuestra atención y esfuerzos, pero estas actividades no son, ni mucho menos, las que nos definen ni contienen los valores básicos o constitucionales que desarrollamos. Es más, centrarnos en ellos puede, a veces, distraer nuestra atención de la que se suponga que es nuestra actividad fundamental.

¿Y cuál es esta? Porque el notario no es un policía, pero lucha contra el blanqueo de dinero; no es un juez, pero proscribire prácticas ilegales; no es un inspector de Hacienda, pero ayuda a la regularidad fiscal; no es un abogado, pero asesora a las partes para la consecución de sus fines lícitos... Ninguna de estas profesiones nos define totalmente. En las épocas más recientes ha sido el valor de "seguridad jurídica" el que más se ha usado para definirnos, al punto de ser representados como abanderados de la seguridad jurídica preventiva o de la seguridad cautelar. Y, sin duda, también lo somos, pero quizá no como elemento único ni esencial. Hace casi 20 años, mi padre, José Enrique Gomá Salcedo, se planteaba, en un trabajo surgido de una conversación veraniega, qué había estado él haciendo como notario durante tantos años. Se negaba a aceptar que su función fuera sólo la de proporcionar seguridad jurídica pues, por mucho que ésta sea un valor constitucional recogido en su artículo 9.3, es un valor técnico-jurídico, instrumental y, aunque él no lo

decía así, un poco como de segundo orden, de carácter auxiliar. No, decía, el notario lo que hace es redactar escrituras públicas, es decir, trabajar con negocios jurídicos y la sustancia del negocio jurídico es la autonomía privada, la autodeterminación, la configuración creadora. O sea, el valor con el que tratamos es, fundamentalmente, el de la libertad, con todo lo que ello significa de aire fresco, de creación. Como decía González Palomino, el notario “pelea en las avanzadillas del Derecho” (4). Y, por supuesto, el notario con ello crea seguridad, porque al encauzar la voluntad de las partes la depura; al advertirles de los riesgos les previene, al proscribir lo nulo evita contiendas, al imprimir fe pública garantiza su prueba y al conservarlo en su protocolo asegura su pervivencia.

Pero no es la seguridad jurídica en sí misma el objeto de su actuación; más bien aquella es una consecuencia natural de ésta: la que resulta del encauzamiento de la libertad de los ciudadanos entre el horizonte de sus intereses y los límites de la ley. Además, la del notario no es la *seguridad del tráfico*, más propia del negocio abstracto que del causal, o del predominio de lo declarado sobre querido, o de la inscripción, como triunfo del propietario diligente sobre el real. El notario más bien se mueve en la seguridad jurídica del negocio bien diseñado, porque quiere actuar en el terreno de lo real y no de lo declarado, averiguando las verdaderas intenciones, valorando la capacidad o avisando a terceros inadvertidos. No se trata de sorprender en la buena fe, sino al contrario, destruirla con las advertencias y preguntas adecuadas. Es decir, el notario crea seguridad jurídica afrontando la realidad, no ignorándola.

Por supuesto, durante estos 40 años de Constitución ha habido actuaciones notariales singulares directamente relacionadas con los nuevos valores constitucionales. Baste recordar las regulaciones de las separaciones de hecho o las uniones de hecho cuando estaban proscritas jurídicamente, en las que el notario llegaba donde no llegaba la ley pero sí la Constitución; o las actas de notoriedad para determinar quiénes eran militares al servicio de la República en las que se facilitaba el reconocimiento de derechos relacionados con la reconciliación nacional; o las actas de presencia para constatar en un organismo público que a un ciudadano no se le dejaba hacer algo a lo que tenía derecho, actuando como contrapeso del propio Estado. Y tantas otras.

(4) GOMÁ SALCEDO: “¿Qué he hecho yo todos estos años?” La Notaría, abril 2001, págs. 52-58.

Pero quizá la mayor contribución del Notariado a los valores constitucionales no está en esas actuaciones singulares, sino en su quehacer diario cuando encauza la libertad del ciudadano en el tráfico jurídico, cohonestando lo que conviene a la comunidad con lo que interesa al Estado y todo ello con lo que quieren los ciudadanos, con espíritu a la vez tuitivo y pedagógico, y siempre aspiracionalmente ejemplarizante. Todos ellos valores de siempre, pero ahora elevados a la máxima jerarquía legal.

DERECHO A LA VERDAD. SU ENCARNACIÓN NOTARIAL Y CONSTITUCIONAL

J. Ignacio Navas Olóriz

Notario honorario. Abogado

Amicus Plato sed magisamica veritas.(Aristóteles).(1)

INTRODUCCIÓN

Entonces Pilato le dijo: "luego tú eres Rey?" Respondió Jesús:

"Sí, como dices, soy Rey.

Para esto he nacido yo

*Y para esto he venido al mundo: para dar testimonio de la **verdad**.*

*Todo el que es de la **verdad**, escucha mi voz."*

Le preguntó Pilato: "Que es la **verdad**?" (Evangelio según San Juan 18.37)(2)

En los Evangelios Apócrifos(3), en las llamadas Actas de Pilato o Evangelio de Nicodemo, en su parte I, Jesús contesta a la pregunta, que según Juan fue formulada por Pilato y dice: "La **verdad** proviene del cielo".

Pilato le replicó: "¿No hay **verdad** sobre la tierra? Y respondió Jesús a Pilato: "Estás viendo cómo son juzgados los que dicen la verdad por los que ejercen el poder sobre la tierra".

En el antiguo Egipto, la escritura era pictórica. Como saben el llamado arte egipcio no es tal, se produjo esa equiparación al tratarse de textos pictóricos, jeroglíficos. Cuando hablamos de arte egipcio estamos hablando de relatos, de expresión, de texto.

(1) Soy amigo de Platón, pero más amigo de la verdad.

(2) Biblia de Jerusalén. Editorial Española Desclée de Brouwer, SA.1967

(3) Los Evangelios Apócrifos. Biblioteca de Autores Cristianos. Aurelio DE SANTOS OTERO. 2ª ed. Madrid 1963.

La cultura occidental, nuestra cultura, nos permite idear, crear seres o entidades que nunca han existido, nos permite idear monstruos. En el llamado arte egipcio no, ya que emplea o utiliza palabras, textos. Los seres híbridos que textualiza son combinaciones de animales –que están y son visibles en esa realidad–, y seres humanos que obviamente también lo están. De ese modo a través de esa combinación o series de combinaciones repetidas en sus textos o relatos, describen la aportación que aquellos animales hacen al ser humano de las características que les son propias y que les atribuyen una determinada función o competencia.

El Libro de los Muertos relata que cuando un ser humano fallecía se sometía al juicio de Osiris, en el que Ammyt, divinidad compuesta de cabeza de cocodrilo, melena y mitad superior de leona y mitad inferior de hipopótamo, y que se situaba sentada y en observación bajo los platos de la balanza en la sala de las verdades, se comía el corazón del difunto que había sido desechado por haber arrojado en la balanza un peso superior al de la pluma de la verdad, situada como contrapeso en el otro platillo. El corazón para los egipcios, como para nosotros el alma, es el que contiene todas las verdades, y en el juicio de Osiris el del difunto que hubiera callado algunas o negado otras era de un peso superior al de la pluma de la verdad y, en consecuencia, desechado.

Las consecuencias de faltar a la verdad, negando o callando, eran severas: Ammyt, con los atributos que los animales combinados en su particular diseño le conferían, destruía o desgarraba el cuerpo del difunto que no pasaba ese juicio y se alimentaba con su corazón, que había sido desechado en la balanza del juicio de los muertos.

Callar o negar la verdad tenía unas consecuencias que, incluso, trascendían a la muerte.

La consecuencia que pretendo extraer de esta digresión histórica es la de que desde antiguo la verdad constituye una categoría en sí misma, una exigencia fundamental en el mundo relacional tanto social como religioso o metafísico, y por tanto necesaria para fundamentar los lazos y relaciones humanas que quieran ser fiables y auténticas.

Volviendo a los Evangelios: la pregunta que de forma retórica se formula Pilato refleja un evidente escepticismo acerca de que es la verdad. Escepticismo que a lo largo de la Historia ha acompañado al concepto y que ha logrado, en numerosas y dramáticas situaciones, subjetivarlo como modo de lograr seguir llamando verdad a lo que solamente era mentira.

La verdad subjetiva, lo que se ha conocido como MI VERDAD, logra así, en multitud de ocasiones llevar el marchamo de verdad objetiva y contrastada, consigue acreditarse como tal e impregnar de legitimidad moral a quien la propaga, logra de ese modo que quienes así la consideran, disfruten así mismo de esa legitimidad y puedan seguir llamándola verdad y no mentira.

¿Qué es la verdad? ¿Cual es su utilidad? Trataré de contestar a esta pregunta que de forma retórica, como Pilato, me formulo y de buscar su encaje constitucional dentro de la LexArtis notarial, que al fin y al cabo descansa sobre ella.

ETIMOLOGÍA

Verdad viene del latín *véritas*. Es sinónimo de vero que viene del latín *verus*, verdadero. Según María Moliner(4) es cualidad de una expresión o representación que corresponde a una cosa que existe o la expresa o representa tal como es.

Etimológicamente, dice Corominas(5), se utilizó en su variante arcaica (*vertat*) en el Auto de los Reyes Magos y en documentos leoneses de los ss. XII-XIII, con procedencia del latín *veritas*, verdadero.

CONCEPTO

En una primera aproximación podría definirse la verdad como la coincidencia entre una afirmación y los hechos a los que ésta se refiere, o como la coincidencia entre una descripción o relato y la realidad referida, pero son definiciones que no tienen en cuenta el filtro subjetivo que el narrador, compareciente o sujeto activo impone, espontánea y no intencionadamente, a su especial y subjetiva percepción, de manera que puede seguir llamándose verdad a la verdad aparente e indetectable como tal, a la que puede ser un mero relato parcial y subjetivo.

Hoy, las nuevas corrientes en psicología y la tecnología han demostrado que la narración que dos personas "veraces" hacen de un mismo hecho, no es la misma, es decir que el ser humano se automanipula, de manera que siendo veraz acomoda "su verdad" a su particular micro cosmos. Dos personas que presencian un mismo

(4) Diccionario de uso del español. María MOLINER. Ed Gredos 1975.

(5) J. COROMINAS. J.A. PASCUAL. Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico. Ed Gredos. 1986. Vol 5º

asalto a mano armada en la calle, no condensan las consecuencias para efectuar un relato muy parecido, sino que "permiten" que su particular idiosincrasia moralice ese relato; y así una dirá que el asaltante se vio obligado por las circunstancias y por la reacción defensiva del asaltado, a acuchillarle; y el otro dirá que la agresión se produjo de manera súbita, que no hay derecho que ya no se puede caminar tranquilamente por la calle, que seguro que el asaltante era inmigrante, etc, etc. He parodiado a propósito la exposición para poner de relieve la influencia que tiene la ideología en la apreciación de los hechos, la enorme influencia que ha de reconocerse a la educación, a la formación religiosa, a la opción política, etc. Todas estas características personales son contaminantes de la verdad objetiva que es la de que un sujeto asaltó a otro y le causó daños y le robó la cartera.

Según estas corrientes la verdad es subjetiva.

Yo creo que la verdad ha de ser la condensación de los hechos contemplados sin añadir valoración ética o estética alguna. En esto los notarios estamos muy entrenados.

Nos vamos aproximando a un concepto de verdad que trata de impermeabilizarla de las valoraciones subjetivas del sujeto veraz.

Otro contaminante muy potente es el religioso, el que nos obliga constantemente a distinguir entre lo aceptable o no aceptable, a colocar en el ranking de valoraciones en el lado de lo bueno o en el lado de lo malo, la realidad contemplada. Así el matrimonio que es, en el ámbito de lo civil, un contrato entre iguales sujetos de derecho, ya no es lo mismo para algunos si es entre sujetos del mismo sexo; mientras que para otros es perfecto, casi mejor que el heterosexual. Lo cierto es que el matrimonio desde el punto de vista civil es eso, un contrato entre dos personas, punto. Cualquier invitado a una boda de dos hombres o de dos mujeres, relatará esta circunstancia, cuando omitirá esa característica si se trata de boda entre hombre y mujer. La ceremonia civil condensa el hecho institucional en el último caso, mientras que si es homosexual hay que añadir a la palabra boda esa circunstancia.

Lo aceptable es que todos podemos tener distintas opiniones, pero no podemos "tener distintos hechos".

Antes de seguir adelante permítanme una pequeña pirueta humorística, que seguramente muchos de ustedes conozcan:

Cuentan que en la antigua Grecia, Sócrates que tenía una gran reputación de sabiduría fue abordado por la calle por alguien que le dijo:

—¿Sabes lo que acabo de oír sobre tu amigo Catón?

—Un momento, —respondió Sócrates— antes de que me lo cuentes, me gustaría hacerte una prueba, la de los tres filtros o tamices.

—¿Los tres tamices?

—Sí, —continuó Sócrates— antes de contar cualquier cosa sobre los otros, es bueno tomarse un tiempo para filtrar lo que se quiere decir. Lo llamo el test de los tres tamices. El primer tamiz es la verdad. ¿Has comprobado si lo que me vas a decir es verdad?

—No, sólo lo escuché.

—Muy bien. Así que no sabes si es verdad. Continuamos con el segundo tamiz, el de la bondad. Lo que quieres decirme sobre mi amigo, ¿es algo bueno?

—¡Ah, no! Por el contrario.

—Entonces,—cuestionó Sócrates— quieres contarme cosas malas acerca de él y ni siquiera estás seguro de que sean verdaderas. Tal vez aún puedes pasar la prueba del tercer tamiz, el de la utilidad. ¿Es útil que yo sepa lo que me vas a decir de este amigo?

—No, no lo creo.

—Entonces,—concluyó Sócrates— lo que ibas contarme no es ni cierto, ni bueno, ni útil; ¿por qué querías decírmelo?

Se trata de un chascarrillo, pero provoca una buena reflexión. Supongo que esta conversación jamás se produjo, pero no obstante conecta muy bien con el método peripatético socrático y con su ideal. Pone en evidencia la necesidad de salvar esas pequeñas mezquindades que día a día, hora a hora, nos van alejando de nuestras exigencias morales o éticas, y van penetrando irreflexiva y eficazmente en nuestros cómodos sistemas de autocritica.

Se trataba de poner en evidencia la acción continuada y permanente de nuestros condicionamientos ideológicos e intelectuales en la conformación de la verdad objetiva.

A partir de esta modalización de la verdad que tiene en cuenta las características del sujeto veraz, podemos ensayar un concepto de verdad como el siguiente:

La coincidencia entre una afirmación no valorativa y los hechos esenciales a los que ésta se refiere, o la coincidencia entre una descripción o relato y la realidad referida contemplada en su esencia según los efectos que dicha verdad haya de producir.

Se trata de conformar la "realidad" con la "expresión" de esa realidad.

Una concepción de la verdad más aquilatada ha de enunciarse en términos de correspondencia con los hechos o con la realidad. Desde esta concepción llamada realista (6) los enunciados que afirmamos y los juicios que hacemos están en una relación de representación con la realidad, constituida por objetos que pertenecen a clases naturales objetivas, cuyos miembros se comportan en función de ello de acuerdo con leyes naturales igualmente objetivas. Se trata de una relación sustantiva, no constreñida por nuestras limitaciones cognitivas o por nuestros intereses.

EXTENSIÓN Y CONCEPTOS QUE ABARCA. VERDAD MENTIROSA. VERDAD APARENTE O POST-VERDAD

La verdad abarca y resume honestidad, buena fe y sinceridad. Son virtudes que incluye, intrínsecas a su concepto y que sin ellas, por tanto, no puede ser construida. No existe la verdad tramposa. No existe la verdad post-verdad, esta es post-verdad y por lo tanto mentira.

A este respecto haré una pequeña puntualización:

En esta diferenciación entre verdad aparente o post-verdad y verdad mentirosa, juega un papel fundamental la intencionalidad.

La verdad mentirosa o mentira presentada como verdad lo es a sabiendas, intencionadamente, se enuncia o propaga sabiendo que es falsa y sin contrastar.

La post-verdad es una falsedad que continúa siendo aceptada aun a sabiendas de que es mentira, porque se acomoda a lo que el sujeto quiere o desea como verdad.

En la verdad falsa hay una absoluta falta de transparencia, no se sabe quien la ha emitido y cuales son sus fuentes. En política la principal preocupación es la de averiguar su procedencia pues así se podrá saber su intencionalidad.

La post-verdad es una verdad contaminada, una verdad sometida al filtro religioso o político de su propagador, que en ocasiones se mantiene, intuyendo o sabiendo su falsedad, por puras razones de interés: "lo creo porque me interesa y además lo propago porque quien lo cuenta es de los míos o piensa como yo." Este es el núcleo del mecanismo de aceptación y propagación.

Una gran parte de la ciudadanía busca la información en función de lo que piensa, no busca información veraz, sino la información que confirma sus propias y personales opiniones.

(6) Manuel GARCÍA-CARPINTERO ¿Qué es la verdad?

Obviamente la verdad para ser enunciada o relatada requiere conocimiento de las cosas que se afirman como realidades, de los hechos o el objeto de las afirmaciones. El conocimiento es esencial. Una "verdad" basada en el conocimiento indirecto de un hecho o de una realidad solo puede conformar la verdad de que dicho hecho o realidad ha sido transmitida al sujeto veraz por un medio indirecto que no garantiza la exactitud originaria.

Así pues las virtudes o valores intrínsecos en la verdad, esenciales en su percepción, conformación y relato y sin las cuales aquella no podría existir, son:

- La sinceridad como proclividad a decir sólo lo que se cree, y
- La honestidad intelectual de tomarse tanto esfuerzo como sea preciso para acercarse al ideal de formar sólo creencias verdaderas(7).

Por otro lado las cosas son verdaderas cuando son fiables. La fiabilidad constituye un valor práctico de considerable valor. No podemos olvidar que las cosas verdaderas son fieles porque cumplen lo que ofrecen. (Más tarde, en la referencias filosóficas, volveré sobre este tema).

Con ello entramos en la utilidad de la verdad, en la importancia de la verdad dentro de la LexArtis notarial, y en la necesidad de la verdad para que la fe pública notarial sea fiel a su encomienda constitucional, es decir que cumpla lo que ofrece. Pero antes, examinemos nuestra historia constitucional:

CONSTITUCIÓN DE 1812. "LA PEPA"

En la Constitución de 1812, que para muchos historiadores constituye el punto de partida y vertebrador de la idea que se conoce como España, la soberanía que hasta entonces había correspondido al Rey, pasa a la Nación. "La Pepa" no incorporó una tabla o relación de derechos y libertades, pero sí reconoció la libertad personal o el derecho de propiedad.

En cuanto a la verdad o al derecho a la verdad, nada establece, sólo contiene vagas referencias. Así en su artículo 12 reconoce a la religión católica como única y verdadera, y en su artículo 49 al regular la elección en las juntas de parroquia, al dar a la ciudadanía

(7) Sobre la verdad. Frankfurt. Ed. Peldís, Barcelona. Verdad y veracidad. Willians. Tusquets, Barcelona.

derecho a invocar queja, si esta fuera cierta provocaría la privación de voz activa al imputado.

Tampoco contenía el principio de seguridad jurídica.

CONSTITUCIÓN REPUBLICANA DE 1931

La Constitución de 1931 fue aprobada el 9 de diciembre de 1931 por las Cortes constituyentes tras las elecciones generales de 1931 que proclamaron la segunda república, y estuvo vigente hasta el final de la guerra civil en 1939.

Esta Constitución tampoco contiene referencia a la verdad, aunque de su texto resultan referencias indirectas a su búsqueda, como por ejemplo en su artículo 43 al aceptar el principio de investigación de la paternidad como después aceptó la actual de 1978; o en su artículo 48 al reconocer y garantizar la libertad de cátedra; o en el 55 al consagrar la inviolabilidad de los Diputados por las opiniones vertidas en el ejercicio de su cargo.

CONSTITUCIÓN DE 29 DE DICIEMBRE DE 1978

En el texto constitucional de 1978 tampoco se contiene alusión alguna a la verdad como derecho u obligación de los españoles, pero sí contiene una referencia a la "Información veraz" en su artículo 20.d.

¿Significará este silencio constitucional que la verdad es ajena a los haces de derechos y obligaciones fijados por la Constitución?

Obviamente no.

El artículo 9 de la Constitución de 1978, en su apartado 3 establece que "la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la irresponsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos."

¿El principio de seguridad jurídica contiene o ampara a las verdad?

El Consejo de Estado señaló en su memoria de 1992 que "la seguridad jurídica garantizada en el artículo 9.3 CE significa que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse, lo cual supone por un lado un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ellas se definen. Esas dos circunstancias, certeza y estabilidad, son muy importantes en un Estado de Derecho,

donde no cabe la posibilidad de que se viva "sine legegerta, sine iure certo".

Certeza y estabilidad deben coexistir en un estado de Derecho.

Ya aparece en esa aproximación el concepto de certeza, que es el sustantivo femenino del adjetivo calificativo cierto. En español ese adjetivo calificativo tiene el significado de seguro, verdadero o conforme a la verdad, con lo que ya estamos de nuevo alrededor de la verdad pero acotándola al lado de seguro, de seguridad.

No obstante, en esa pequeña descripción que el Consejo de Estado hace, la refiere a certeza y estabilidad en las leyes, pero no resulta suficiente para encajar ese principio, como acriticamente se hace con frecuencia, dentro de la actividad notarial, dentro de la que llamo *Lex Artis* notarial.

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA. LEX ARTIS (8) Y SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

Con la locución latina *Lex Artis*, literalmente 'ley del arte' o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trata, quiero referirme a aquella evaluación sobre si la actuación analizada se ajusta a las normas de excelencia del momento.

Se trataría de juzgar el tipo de actuación y el resultado obtenido, teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada supuesto de hecho y cada interesado.

La *Lex Artis* tiene en cuenta la actuación y el resultado. Se basa en el cúmulo de conocimientos de la profesión en el momento en el cual se juzga o evalúa la acción profesional y lo que con ella se obtiene.

Ya he dicho en otro lugar (9), que un contrato celebrado sin testigos, en la estricta intimidad de los contratantes, sin evidencia social, sin que nadie más tenga noticia del mismo, no constituye un dato jurídico observable, y por tanto poco importaría al Derecho, que se nutre de hechos jurídicamente relevantes; pero, incluso aceptando tal afirmación, no podemos olvidar que aquel contrato puede ser objeto de corroboración por parte de otras personas, con lo que, de

(8) Aproximación a la LEX ARTIS. J. Ignacio NAVAS OLÓRIZ. Consejo General del Notariado. Cuadernos del Derecho y Comercio.

(9) El Notario del Siglo XXI.

inmediato saldríamos del terreno de los hechos y de las obligaciones morales, para entrar en el de los títulos jurídicos.

El juez casi siempre ignora los hechos, sabe de ellos lo que dicen las partes del proceso, e incluso en aquellos casos en los que el juez comprueba por sí mismo la realidad de un hecho, –los linderos de una finca–, tiene que acudir, necesariamente, a ese referente corroborador que es el título, pues será necesario que compruebe la realidad de esa unidad jurídica –la finca–, que aunque físicamente pudiera aparentar una unidad podría tratarse de varias fincas registralmente independientes, en comunidad de explotación y que constituyeran una unidad física. La apariencia de los hechos puede no corresponderse con la realidad del derecho.

Por otro lado, el Derecho constituye –pero no solo eso– una colosal herramienta de pacificación de la contienda a través del orden social. Así pues, una parte importante del mismo se realiza poniéndose de relieve a través de las sentencias de los tribunales. Primero es la norma y después la sentencia, la resolución judicial que en cuanto resulta pacificadora o resolutive se hace derecho en sentido real e individual para quienes ha sido dictada. Pero la norma solo indica o regula. Es la libertad del ciudadano la que determina su cumplimiento o incumplimiento y éste determina, en definitiva, su análisis por el juzgador, quien a la hora de realizar tal análisis habrá de tener en cuenta otra serie de datos y normas cuyo incumplimiento o aceptación puede no haber estado debatido.

Volvemos con ello a los títulos jurídicos.

Una gran parte de la doctrina filosófica y jurídica afirma, y con ello recuerdo lo que afirmaba **Olivecrona** (10), que *"lo que realmente interesa en los litigios es el título legal y no el derecho. En nuestra ideación el derecho se concibe como algo creado por el título, algo que se ubica entre el título y la sentencia y que constituye el fundamento inmediato de ésta"*, así pues esos títulos o "equivalentes jurídicos" parecen definitivos en la resolución del litigio.

Entre el mero ocupante y quien exhibe escritura de propiedad, prevalecerá la razón de este último. La escritura se muestra como un dato observable para el juzgador que le muestra una evidencia jurídica acerca de un hecho sobre el que tiene que juzgar y sentenciar.

(10) OLIVECRONA K. "Lenguaje jurídico y realidad" Trad Ernesto Garzón Valdés. México. Fontamara, 1991.

Aparece así la actividad notarial como una fuente fiable de observables jurídicos sobre los que el juzgador aplicará y hará realidad el derecho.

Obviamente, poco fiable sería la actividad notarial si no respondiera a la verdad. Ésta es causa y fundamento de la fe pública notarial.

Es cierto que esta característica de verdaderos –por importante que sea– es una sola característica de nuestra actividad que es, evidentemente, poliédrica. Pero es una característica muy importante que no suele destacarse porque se da por cumplida, y además constituye un bien de confianza, como la salud que sólo se valora cuando se pierde.

Otra de las caras de ese poliedro que representa nuestra actividad es la del control de legalidad. El notario, parece un lugar común, da forma legal a las relaciones jurídicas, a los hechos jurídicos. La ley habla de forma "*legal*", no de forma jurídica. Pero como lo legal entra en la categoría de lo jurídico y lo ilegal en la de lo antijurídico, tal mandato parece poner de relieve que el legislador se está refiriendo a la categoría mas amplia de forma jurídicamente válida o lo que es lo mismo la que se ajusta no solo a las prescripciones legales, formales y sustantivas, sino también al recto proceder ético y moral, a la norma deontológica, a la verdad contrastada y buscada.

Ese recto proceder es el que contribuye a aproximar el sistema normativo, el ordenamiento jurídico, a la realidad social, a las necesidades de los ciudadanos, y el que acreditará o no, en definitiva, la necesidad social del notario.

JUSTIFICACIÓN FILOSÓFICA

No me resisto a acudir a una justificación poética –y por tanto inefable– a la hora de explicar la génesis que me ha llevado a utilizar el anterior argumento sobre la necesidad social del notario.

Del filósofo del derecho **Axel Hägerström** (11), arranca la vinculación a la magia de los conceptos jurídicos, señala que "*el derecho romano –incluso en su periodo clásico– tiene una concepción mágica de la realidad porque se fundamenta en el valor operativo de la palabra. Los nombres son considerados como portadores de fuerza, expresión y poder, y, por tanto, son capaces de producir efectos*

(11) Universidad de Upsala. Corriente del realismo jurídico escandinavo. Emitió junto a Alf Ross la teoría del "motor inmóvil" que se mueve con palabras. Obra citada.

por el sólo hecho de ser pronunciados. Tomemos el ejemplo de la *mancipatio*. Cada palabra había de ser pronunciada y cada gesto cumplimentado de la manera prescrita, con gestos simbólicos y fórmulas solemnes”.

Según dicho autor, las ideas no son producidas espontáneamente; se forjan a través de generaciones y son parte de la herencia cultural; para entenderlas plenamente es necesario regresar hasta el momento de su formación.

Las investigaciones de **Hägerström** sobre las ideas jurídicas de los griegos y romanos, lo llevaron a percatarse de la estrecha afinidad que éstas tenían con las creencias religiosas y mágicas. **Hägerström** encuentra que los viejos conceptos romanos, tales como “*ius*”, “*dominium*”, “*possessio*”, etc., no son sino conceptos mágicos.

Ciertamente, la tesis de **Hägerström** fue rechazada; parecía inconcebible que el “*ius civile*” fuera un orden para la distribución de poderes mágicos y que la jurisprudencia, la milenaria ciencia del derecho, fuera una ciencia sobre poderes místicos de origen divino.

En realidad, señala **Olivecrona**, el problema era comprender el contenido que atribuía **Hägerström** al término “*magia*”.

Así, por creencias mágicas **Hägerström** entendía cualquier creencia con la posibilidad de producir efectos deseados mediante medios diferentes a los de la causalidad natural. Un rasgo habitual de los actos mágicos es la formalidad con la que se les rodea: el acto tiene que realizarse exactamente de la manera apropiada si ha de producir un determinado efecto. Precisamente por ello, los romanos eran extremadamente cuidadosos al recitar las fórmulas jurídicas. Y poco importa si a estos actos y a estos poderes se les aplica la palabra “*magia*”. El uso del término, sin embargo, parece bastante apropiado, toda vez que tales actos y tales poderes contienen los rasgos esenciales de los actos mágicos.

Pues bien cuando el notario usa la fórmula DOY FE, parece utilizar la demiurgia en el discurso jurídico para construir un mundo *ex iure* o *ex magia*. Es muy difícil, casi imposible, explicar el lenguaje en que el derecho se formula usando el mismo lenguaje. Para hacerlo es necesario, como proponía **Axel Hägerström**, explicar las ideas y las creencias que están detrás de los hechos mágicos. Esto, sin duda, lo puede hacer el notario con su práctica diaria, explicando con su trabajo, los efectos del mismo, la magia del resultado: la seguridad jurídica.

La teoría del derecho tiene que explicar los hechos empíricos (actos jurídicos) que crean y aplican el derecho, por un lado, y tiene

que dar cuenta de las instituciones jurídicas creadas para amparar y proteger dotando de seguridad a tales actos, por el otro. Ahora bien, para responder a la pregunta ¿por qué los actos de ciertos individuos los sobreviven y se mantienen? O la pregunta más general: ¿qué hace que ciertos individuos (notarios, jueces) generen consecuencias jurídicas que se perpetúan en el derecho, solo puede hacerse desde la necesidad sentida por la sociedad de seguridad, de que se asegure lo que resulte conveniente asegurar.

A estos, y sólo a estos efectos, añadiré algo que ya he dicho en otras ocasiones y en diversos lugares, pero que cuando estoy refiriéndome al universo gremial de cualquier profesión regulada, conviene recordar, y es lo que Habermas señala de que *"el concepto de acción regulada por normas se refiere no al comportamiento de un actor en principio solitario que se topa en su entorno con otros actores, sino a los miembros de un grupo social que orientan su acción por valores comunes"*.

Las normas expresan un acuerdo existente en un grupo social; y todos los miembros de un grupo para los que rija determinada norma tienen derecho a esperar, que en determinadas ocasiones o situaciones se ejecuten u omitan, respectivamente, las acciones obligatorias o prohibidas. El concepto central de observancia de una norma significa el cumplimiento de una expectativa generalizada de comportamiento. Este modelo normativo de acción es el que subyace a la teoría del rol social.

Añade que la fase del capitalismo concurrencial que emerge como proyecto de la modernidad, supone un Derecho que entregue acabadamente a los sujetos su propia capacidad de autorregulación y de juridificación de las relaciones que se suscitan en el ámbito de la esfera privada.

Por ello el papel del Estado no es otro que el de propiciar las relaciones de intercambio sin intervenir en el proceso más que como árbitro de las controversias que se produzcan.

Ahora bien, este marco legal mediante el cual los sujetos privados se dan un orden autorregulador de sus actuaciones, ha ido ganando sistematicidad con el orden jurídico codificado, el cual dista mucho de lo que significó para el derecho romano la codificación del emperador Justiniano. No es una simple compilación de normas y principios agrupados en un solo texto legal, lo cual en su época jugó un papel de excepción; el código moderno recoge y unifica toda la normativa institucionalizada en torno a las materias específicas de actuación y de intercambio comercial; los sujetos se atienen a una normativa sistematizada, no dispersa, simplificada. Pero además la

codificación normativa moderna implica la instauración de principios y de reglas de interpretación técnico-jurídicas que propician la estabilización del sistema jurídico-económico, el cual requiere de un órgano especializado del Estado para su aplicación, cuya responsabilidad recae en los Tribunales de Justicia técnicamente capacitados y dotados de herramientas prácticas y teóricas para cumplir eficientemente con su misión estabilizadora del sistema concurrencial; más aún, capaces de garantizar la seguridad jurídica del sistema calculista limpiándolo de ambigüedades.

La **calculabilidad** –como objetivo de la codificación es una exigencia de la producción mercantil: el empresario precisa saber de antemano el coste de producción de los bienes, el de su circulación en el mercado y los costes transaccionales. (Entre otros, los notariales).

Estos últimos dependen principalmente del derecho, pero indirectamente también dependen de él los otros dos. La exigencia de calculabilidad se traduce en el plano del derecho en la exigencia de seguridad jurídica. (Principio al que ya he hecho referencia con anterioridad).

Es lo que, en términos mas familiares para nosotros los notarios, hemos venido llamando **previsibilidad**. Cualquier sujeto que se aproxime a un notario solicitando su ministerio, lo hace *previando* un resultado, que la propia práctica notarial se encarga de confirmar, y ratificar como *previsible*.

Por otro lado en aquella fase de capitalismo concurrencial de la que habla **Habermas**, la deseada capacidad de autogestión normativa que reclaman los agentes sociales de manera que se les "*entregue acabadamente... su propia capacidad de autorregulación y de juridificación de las relaciones que se suscitan en al ámbito de la esfera privada*", capacidad que se expresaría en "*normas (que) expresan un acuerdo existente en un grupo social*" y que se perfilan a través de la codificación como una exigencia de **calculabilidad**, de seguridad jurídica, no puede, a mi juicio, ser excluido el Estado a la hora de fijar esa regulación.

Habermas mantiene que la pretensión de legitimación del derecho positivo no puede agotarse en la validez moral. Una norma jurídica es tal en la medida en que se agrega un componente empírico, el de su imposición a todas las personas por igual. Queda justificado así el poder político y sus instituciones, claro que generando nuevos conflictos derivados del contraste entre una idealidad deseada y una pragmática factibles.

No pretendo corregir a Habermas, por supuesto, pero sí debo señalar que la inspiración de la cláusula constitucional del Estado social dificulta que la sociedad diseñe sus propios sistemas o mecanismos autorreguladores, pues el Estado social es en sí mismo "un intento de normativización del orden social económico".(12)

Esa es entre otras la razón de existencia de los Tribunales, son estos y no ningún otro cuerpo de funcionarios del Estado, por muy importantes que sea, los llamados a comprobar y sancionar en su caso esa violación de los principios a los que me he estado refiriendo a lo largo de este trabajo, especialmente a la violación o infracción del principio o derecho a la verdad.

VUELTA A LA REALIDAD. FUNCIÓN DEL NOTARIO. AJUSTE CONSTITUCIONAL. LA VERDAD Y EL CONTROL DE LEGALIDAD

Todas las grandes formulaciones, o para no ser ambicioso, simplemente, las que resultan socialmente convenientes, requieren del esfuerzo y el impulso del universo gremial, tal y como acabo de exponer.

En este territorio, en el colectivo, las consideraciones expresadas a lo largo de esta intervención demuestran que SIN VERDAD no existe SEGURIDAD.

El notario ADEMÁS DE VERAZ es , entre otras cosas y en lo que aquí me interesa destacar, y por eso, fiel vigilante de la legalidad cuyo cumplimiento controla. Sin verdad no es posible el control de legalidad, sin control de legalidad no es posible la verdad.

Ese carácter de servidor y actor de la verdad le convierte asimismo, en impulsor democrático de los objetivos que persigue la norma. Su verdad, o mejor dicho la verdad notarial alcanza, de ese modo, el carácter de verdad social y democrática, no es una verdad impuesta sino una verdad aceptada y valorada que convierte al objeto cierto, sea cual sea el negocio auditado, en verdad que sólo puede ser negada o contradicha por los tribunales de justicia.

A estos efectos conviene recordar lo afirmado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) de 21 de diciembre de 2006 que se expresa en los siguientes términos:

"...las presunciones de veracidad y de legalidad de que goza el documento público notarial" resultan "no sólo de los artículos 1218

(12) Aurelio MENÉNDEZ. "Contribución, sistema económico y derecho Mercantil".

del Código Civil y 1 de la Ley del Notariado, sino también del artículo 17 bis, apartado b), de esta última, introducido mediante la Ley 24/2001...

En efecto, la seguridad jurídica que el instrumento público proporciona cuenta con dos apoyos basilares: la fe pública que se atribuye a determinadas declaraciones o narraciones del Notario autorizante respecto de ciertos hechos ..., y la presunción, "iuris tantum", de validez, de legalidad, la cual, según la Resolución de 15 de julio de 1954, tiene su base "en la calificación personal del Notario respecto de los requisitos de validez del acto, que abarca el propio requisito de capacidad de las partes... debiendo, en principio, el Notario, no sólo excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial cuando a su juicio se prescinde por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos".

Uno de ellos sería lógica y rotundamente el de faltar a la verdad contrastada y comprobada por el notario, a la verdad protocolar si tiene un antecedente fundado o a la verdad comprobada si se refiere a un hecho nuevo.

Y es que sería ilógico que no tuvieran efecto alguno todas las calificaciones y juicios que el Notario ha de emitir y el control de legalidad que ha de llevar a cabo –como funcionario público especialmente cualificado para dar fe, con arreglo a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, según los artículos 1 y 17 bis de la Ley del Notariado y 145 del Reglamento Notarial; cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1999, de 11 de noviembre, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000–.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 207/1999, de 11 de noviembre afirma que:

'A los Notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad, sea con apoyo en una ley estatal o autonómica, dado que el art. 1 de la vieja Ley por la que se rige el Notariado, Ley de 28 de mayo de 1862, dispone que 'El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales', función de garantía de legalidad que igualmente destaca el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en su art. 145, párrafo 2, al imponer a los Notarios no sólo la excusa de su ministerio sino la negativa de la autorización notarial cuando '... el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral y a las

buenas costumbres, o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos”, sosteniendo a continuación que ‘La función pública notarial incorpora, pues, un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del Notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público’.

No quiero ni pretendo completar lo que nuestro TC dice, pero es que faltar a la verdad ¿no es acaso contrario a la ley, a la moral o las buenas costumbres? ¿No significa acaso, frustrar el desempeño encomendado a la función notarial?

Situados ya en sede de control de legalidad, resulta obvio afirmar que sin este control difícilmente podríamos hablar de seguridad jurídica preventiva. Es cierto que nuestro sistema de transmisión, inmobiliario y de financiación, es un sistema del que nos tendríamos que sentir bastante orgullosos. El sistema de seguridad jurídica preventiva español funciona bien. En las notarías se elaboran con eficacia, rigor y seguridad los documentos que después se inscribirán en los registros –a modo de espejos que reflejan con exactitud lo que aquellas escrituras dicen–, para dotar de publicidad a los derechos y titularidades, cargas y obligaciones, garantías y condiciones contenidos en aquellos, al objeto de que queden muy claros, y todo el mundo sepa a qué atenerse. Y es así fundamentalmente por ese servicio a la verdad y ese control previo de legalidad que efectúa el notario.

Se habla de seguridad jurídica preventiva, pero quizás el término preventivo supone una cierta minusvaloración del núcleo esencial, que es el de la seguridad jurídica. Sustancialmente, la seguridad jurídica es un auténtico derecho civil, aunque derecho civil con minúsculas, sobre el cual se asientan otros derechos y libertades fundamentales, como es el derecho a la propiedad, derecho a la herencia, el derecho a la libertad de empresa. Todos ellos protegidos constitucionalmente y vehiculado su ejercicio y destilación práctica, a través de la actividad notarial, a través del documento público notarial.

Es indudable el papel de controlador de la legalidad mediante el servicio a la verdad, que el notario efectúa, pero la pregunta es ¿debe de quedarse ahí, o ha de profundizar en ese control, asesorando a las partes? Ya hace tiempo que el Notariado se propuso ser un referente en el mundo de la defensa del usuario y consumidor. Impulso que, obviamente, no significaba su conversión en lo que vulgarmente se conoce como notario de parte, sino que, más bien

al contrario, se trataba de que, manteniendo su independencia y neutralidad, pudiera servir con eficacia a los intereses sociales reforzando la información y asesoramiento del cliente menos avisado o más débil, y ello supone una información veraz y ecuánime, una información no acomodada al interés de ninguna de las partes, pero equilibradora por lo que puede no ser neutral sino insistente cerca del lado del cliente menos avisado, más débil. Una información completa, veraz y fiable para todos los otorgantes del instrumento público. Un asesoramiento veraz y transversal.

Se ha tratado interesadamente, en ocasiones y desde corporaciones más atentas a sus intereses que al servicio de los intereses de la sociedad, de desacreditar esa labor equilibradora y restauradora de la libertad y veracidad, interrumpidas en la contratación entre desiguales, que el notario logra y efectúa.

Se ha tratado de desacreditarla, incluso de ridiculizarla, para evitar, los que así argumentan, la aplicación del principio de libertad de competencia. Y así han llegado a afirmar la maldad intrínseca de ese principio pues su aplicación al notariado, en nada le prestigia y de nada sirve sino que perturba, ya que como habitualmente en el tráfico de los actos en masa el notario no es elegido por las partes sino por el agente económico más avisado y poderoso, la tendencia natural del notario "designado" –dicen–, será servir, o aproximar su ministerio al lado de ese cliente más potente económicamente, asegurándose con ello la captación de un cliente inesperado. Así pues, concluyen, de nada serviría aplicar ese principio a su actividad, pues, en su caso, la objetividad y neutralidad, está garantizada por la sola aplicación a su actividad de aquel viejo principio de la competencia territorial. Desconozco si el resultado es el que pregonan, supongo que sí, pero no es suficiente, pues ese solo principio no basta para lograr la celeridad y eficacia en el tráfico jurídico que debería presidir su actividad monopolista.

Además esa crítica se formula desde el lado de los que no conocen la libre competencia ni están dispuestos a perder el enorme poder que confieren las organizaciones gremiales basadas en la jerarquía y la protección de sus –legítimos y privados– intereses.

Con esa antigua distribución competencial territorial se aseguran la no aplicación de ese principio con lo que la excelencia y la eficacia y rapidez en el despacho de sus asuntos se sujetan a la mera evaluación corporativa.

Esa cerrada defensa de sus antiguos y caducos(13) intereses, olvida que esa imputación podría tener una cierta credibilidad si el notario fuera de parte, pero el universo gremial notarial al enfocar su actividad colectiva, desde ese principio de veracidad o servicio a la verdad, que engloba o participa del de control de legalidad y del que he llamado de información –vertebrador, restaurador y protector de la libertad contractual y de la verdad institucional y democrática–, evidencia y audita la actuación individual, convirtiendo en falsario al notario que no se acomode a tal principio, dejándolo de inmediato en evidencia y expuesta su actuación a la valoración de los tribunales, por lo que esa pretensión quedaría amortizada por el simple principio de la libertad de elección. Recuerdo aquí las afirmaciones de **Habermas**.

Cualquier crítica interesada de origen gremialista, que no proceda de la práctica jurisprudencial, carece de legitimación democrática, choca de frente con la que debe ser emitida por esa jurisdicción, que tiene atribuida constitucionalmente competencia y jurisdicción de actuación monopolística y obligatoria; quedando desvelado su origen y finalidad: la cerrada defensa de intereses meramente particulares por muy colectivos y trascendentes que se presenten.

Por ello mantengo que el **derecho a la verdad** ha de impregnar toda nuestra vida jurídica, no sólo aquella parte que se concreta en el resultado apetecido, sino en todas sus manifestaciones, incluso en la actuación crítica de nuestros valores e instituciones. Esa es la gran aportación de la Constitución.

(13) El principio de seguridad jurídica preventiva exige celeridad en el examen, independencia en el criterio y rapidez y conocimiento en la solución. El tratamiento de lo nuevo, de lo innovador no puede ser abordado con actitudes y conocimientos propios del siglo XIX. No puede convertirse en el juego de los siete errores.

LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL EN CLAVE JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL

Leonardo B. Pérez Gallardo

Profesor Titular y Principal de Derecho Notarial
Facultad de Derecho Universidad de La Habana
Notario

*"Constituir bien al notariado
es completar las garantías constitucionales"*

Gonzalo DE LAS CASAS

SUMARIO

- I. CONSTITUCIÓN Y NOTARIADO. RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
- II. ACCESO AL EJERCICIO DEL NOTARIADO. LA CARRERA NOTARIAL. EL CONCURSO
- III. INHABILIDADES PARA EJERCER LA FUNCIÓN NOTARIAL
 1. Destitución de cargo público por faltas graves.
 2. Las discapacidades auditivas, del habla y visuales.
- IV. DEBERES DEL NOTARIO
 1. Uso del papel de seguridad
 2. Fijación de la residencia en el lugar donde desempeña la función.
 3. El deber de información de contenido tributario sobre operaciones sospechosas de lavado de activos vs el secreto profesional y el respeto de los documentos contenidos en el protocolo
- V. PROHIBICIONES PARA EJERCER LA FUNCIÓN NOTARIAL
 1. La autorización de documentos en que comparezcan parientes del notario y el cónyuge
 2. ¿Límites en cuanto a la edad para el ejercicio de la función?
 3. La condición de extranjero

- VI. LA FUNCIÓN NOTARIAL. NATURALEZA JURÍDICA. EL SERVICIO NOTARIAL COMO FUNCIÓN PÚBLICA. LA TESIS DE LA DESCENTRALIZACIÓN POR COLABORACIÓN
- VII. EL NOTARIO ¿ACASO UN FUNCIONARIO PÚBLICO? ¿UN SERVIDOR PÚBLICO? ¿UN PROFESIONAL DEL DERECHO QUE EJERCE UNA FUNCIÓN PÚBLICA?
 - 1. El notario como autoridad pública
- VIII. INCOMPATIBILIDADES CON EL EJERCICIO DE OTRA FUNCIÓN PÚBLICA. LA PROHIBICIÓN DE INTERVENIR EN POLÍTICA
- IX. LA INHABILITACIÓN O DESTITUCIÓN DEL NOTARIO. CAUSAS QUE LO PROVOCAN
- X. FUNCIÓN NOTARIAL Y FUNCIÓN JUDICIAL. CRITERIOS DIFERENCIADORES
- XI. LA DACIÓN DE FE NOTARIAL
- XII. EL NOTARIO CARECE DE PODER DECISORIO Y DE RESOLVER CONTIENDAS
- XIII. BIBLIOGRAFÍA

I. CONSTITUCIÓN Y NOTARIADO. RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Uno de los valores o principios informantes de las Constituciones modernas es el de seguridad jurídica, a cuyo logro se encomienda en gran parte el ejercicio de la función pública notarial. La seguridad jurídica se convierte en uno de los megaprincipios del Derecho, cuyos fines son de diversa índole. "Se ha dicho que la seguridad jurídica es la dimensión formal de la Justicia. En este sentido, puede decirse que la seguridad jurídica es un principio funcional o de carácter instrumental, pues sirve a la realización de todos aquellos otros principios que se contienen en el texto constitucional"(1).

(1) OLLÉ FAVARÓ, Joan Carles, "Constitución y seguridad jurídica. Valor de

La seguridad jurídica se erige entonces en razón de ser o fundamento de otros valores que se asientan en ella. La seguridad es sinónimo de certeza y credibilidad, confiabilidad en las instituciones jurídicas, es garantía de la realización del Derecho, que en su dimensión fisiológica encuentra en el notario uno de sus artífices. Como apuntara VALLET DE GOYTISOLO "Esa seguridad jurídica precisa, en primer lugar, que la gente que contrata sea fielmente informada de las normas de derecho que rigen la materia objeto del negocio que pretende efectuar, que sepa qué debe hacer para obtener jurídicamente el resultado práctico que quiere conseguir. Requiere, también, que se adopten las medidas que deban tomarse para que el resultado querido no falle, ni sea defraudado"(2).

"El Notariado (...) es una institución cuya existencia está justificada en la conveniencia de alcanzar la mayor seguridad jurídica posible. Para ello atiende a tres factores fundamentales: la fehaciencia, la juridicidad externa y la verdad interna de los actos en que el Notario interviene. Es necesario que pueda confiarse en la verdad de un enunciado, en que, realmente, se ha concluido un negocio jurídico, en que ello ha tenido lugar entre ciertas personas y en una fecha precisa; es indispensable que el negocio jurídico de que se trate reúna todas las condiciones exigidas por la Ley para su plena validez; es imprescindible que el negocio jurídico concluido obedezca realmente a la voluntad de los interesados. Al primer punto responde la fe pública notarial; al segundo, el carácter de jurista –de perito en Derecho– que al Notario se exige; al tercero, la actividad de asesoramiento a que el Notario está obligado. Si la voluntad negocial nace y se conforma correctamente, con visión de las posibles alternativas y de las consecuencias jurídicas –y no jurídicas– de lo deseado; si esta voluntad se canaliza en una fórmula permitida legalmente y si el negocio jurídico se exterioriza y proclama hacia el exterior de forma fehaciente, la seguridad jurídica querida queda plenamente realizada"(3).

Ciertamente, el notariado se convierte en uno de los guardianes de la seguridad jurídica preventiva, esfera de su realización profesional. La fe pública notarial garantiza, a la vez que legitima la

la función notarial ante los retos del siglo XXI", en *La Notaría*, No. 2, 2013, p. 45.

(2) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., "La función del notario y la seguridad jurídica, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 92, Colegios Notariales de España, abril-junio 1976, p. 231.

(3) FIGA FAURA, Luis, "La función social del Notario", en *Revista de Derecho Notarial*, No. 79, enero-marzo 1973, pp. 8-9.

actuación de los particulares como sujetos del tráfico jurídico, dotándolo de un ropaje jurídico y un blindaje, resultado de la actuación del notario, de su asesoramiento, de "purificar" las declaraciones de voluntad de las partes, encauzarlas por los senderos del Derecho, volcarlas en el "Jordán jurídico"(4) y adecuarlas conforme con los fines perseguidos, en fin "toda la actividad notarial, incluida la de informar y asesorar, confluye en una función pública que las implica e integra, dando lugar a un órgano de realización del principio constitucional de seguridad jurídica en la esfera privada", "El notario es un agente especial de la seguridad jurídica, y contribuye a la realización global del Derecho y al control de su cumplimiento, convirtiéndose en pieza básica del Estado de Derecho, en el ámbito de la seguridad preventiva" "no es un funcionario pasivo, sino un colaborador leal, imparcial y eficaz de los particulares y también del Estado en perfecta conjunción, con el fin de realizar el valor de la seguridad jurídica cautelar"(5).

Pocas Constituciones han recepcionado la función pública notarial, resaltan entre ellas, la de Colombia en el artículo 131 y la de Ecuador en los artículos 199 y 200, en ambas concibiendo el ejercicio del notariado como un servicio público(6). En tanto, el artículo 236 de

(4) Hago referencia al principio de legalidad, fuerza propulsora de la licitud del acto, calificada por el notario. A él compete buscarle el cauce legal a las pretensiones de los particulares, muchas veces tras un ejercicio exitoso de la mayéutica notarial, pero desde una dimensión diferente, según los esquemas de la sociedad moderna. Como apunta Pilar BLANCO-MORALES en el contexto español (*cit. pos* MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, "La función notarial a la luz de las últimas reformas legislativas", en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 63, Consejo General del Notariado español, julio-septiembre 2007, nota (15), p. 204), "el control de la legalidad en una sociedad compleja como la actual no consiste solamente en la verificación de que el acto no viola ningún texto legal, significa, además, introducir el acto o contrato autorizado en la plenitud de la vida jurídica, lo que supone el cumplimiento de múltiples obligaciones legales anteriores y posteriores al otorgamiento, y que el notario como funcionario público debe integrar el acto en la esfera de lo público dentro de los valores supremos de seguridad y legalidad proclamados por la Constitución".

(5) MAGARIÑOS BLANCO, V., "La función notarial...", *cit.*, pp. 197, 202 y 205.

(6) Artículo 199: "Los servicios notariales son públicos. En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarias y notarios que determine el Consejo de la Judicatura. Las remuneraciones de las notarias y notarios, el régimen de personal auxiliar de estos servicios, y las tasas que deban satisfacer los usuarios, serán fijadas por el Consejo de la Judicatura. Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado conforme lo que determine la ley".

la Constitución del Brasil lo regula como un servicio que se ejerce con carácter privado pero por delegación del poder público(7).

Empero, no es desdeñable la manera en la que las Cortes y Tribunales constitucionales de Iberoamérica se han pronunciado, incluso de manera reiterada, sobre temas notariales, de modo que el notariado, la función notarial y el notario como órgano de autoridad pública que la desempeña han sido puntos de mira en la jurisprudencia constitucional del continente, esencialmente a partir de acciones de constitucionalidad establecidas por ciudadanos en general o notarios en particular. Los temas se han enfocado desde la posible o no vulneración de derechos fundamentales, a partir de la restricción al ejercicio de la función notarial, por razón de inhabilidades o incompatibilidades, que superan o no los tests de constitucionalidad, el quebrantamiento de esenciales deberes notariales, con la consecuente –en algunos casos–, destitución del notario, para lo cual se ha tenido que abreviar en la naturaleza misma de la función notarial y del notario, como requerimiento metodológico para solventar la

Artículo 200: *"Las notarias y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años. Las notarias y notarios permanecerán en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución".*

Artículo 131: *"Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarias, con destino a la administración de justicia. El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso. Corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarias y oficinas de registro".*

(7) Artículo 236: *"Los servicios notariales y de registro se ejercerán con carácter privado por delegación del poder público.*

1º. *La ley regulará las actividades, disciplinará la responsabilidad civil y penal de los notarios, los oficiales de registro y sus delegados y regulará la fiscalización de sus actos por el poder judicial.*

2º. *La ley federal establecerá normas generales para la fijación de emolumentos relativos a los actos practicados por los servicios notariales y de registro.*

3º. *El ingreso en la actividad notarial y de registro depende de concurso público de pruebas y títulos no permitiéndose que ninguna plaza quede vacante sin apertura de concurso de provisión o de traslado por más de seis meses".*

pretendida pretensión de inconstitucionalidad. No se puede olvidar, como presupuesto básico que, como ha sostenido el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Formosa, en la República Argentina, en su sentencia de 16 de febrero de 2016 (8), *"la declaración de inconstitucionalidad de una ley, constituye una decisión de naturaleza excepcional, en tanto en juego se encuentra justamente el equilibrio de poderes que consagra la Constitución Nacional y la Carta local, no pudiendo los Jueces sustituir a los legisladores, por mera diferencia de criterios o de oportunidad. Rigor que resulta mayor cuando se trata de resolver declaraciones de inconstitucionalidad de oficio, siguiendo este Tribunal el ya conocido criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando determinó que 'Los Jueces no pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, exigiéndose para ello petición de la parte cuyos derechos se hallen afectados, en atención al equilibrio de los poderes que sanciona la Constitución Nacional, el que de lo contrario se quebraría por absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros' (CSJN, fallo del 29 de noviembre 1983, en La Ley, 1984-A, p. 396"*.

II. ACCESO AL EJERCICIO DEL NOTARIADO. LA CARRERA NOTARIAL. EL CONCURSO. INHABILIDADES PARA EJERCER LA FUNCIÓN NOTARIAL

Uno de los tópicos tratados desde el enfoque de la justicia constitucional es el relativo a la posible o no existencia de una carrera notarial. El acceso a la función pública notarial ha sido tema de debate no solo doctrinario. Así, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en su sentencia de las 11 horas del día 7 de octubre de 2011 conoció del proceso constitucional (20-2006), promovido por un ciudadano a los fines de que se declarara la inconstitucionalidad por vicio en su contenido del artículo 145.1º de la Ley Orgánica Judicial (9), emitida mediante D. L. No. 123, de 6 de junio 1984, por la supuesta contradicción con el artículo 182.12º de la Constitución. El recurrente se explaya en el sentido de que el precepto de la Ley Orgánica Judicial se contrapone al constitucional,

(8) Partes: S., C. O. Publicado en: LLLitoral 2016 (mayo), 20 de mayo de 2016, 9 - *La Ley*, 23 de junio de 2016, 7, con nota de Christian A. Cao; *La ley* 2016-D , 25, con nota de Christian A. Cao; DJ03/08/2016, 49. Cita Online: AR/JUR/3769/2016.

(9) A cuyo tenor: *"Los abogados autorizados podrán ejercer la función pública notarial, mediante autorización de la Corte Suprema de Justicia, previo examen de suficiencia rendido ante una comisión de su seno"*.

dado que en su interpretación la norma constitucional no habilita a la Corte Suprema de Justicia para realizar un examen a los fines de acceder al ejercicio de la función pública notarial, sino que dicha disposición solo se aplica con respecto a las sanciones que ha establecido para los abogados. O sea –a juicio del reclamante– el precepto infraconstitucional atribuye a la Corte Suprema de Justicia, facultades que la Constitución no le ha otorgado en cuanto al recibimiento de notarios para examen, y por lo tanto es inconstitucional, es decir –que la Corte Suprema de Justicia va a realizar estas mismas funciones, respecto de los notarios ya autorizados, para verificar la intención del legislador de realizar una función depuradora para los que ejercen la función pública del notariado–, más no para colocar un filtro en su autorización, como lo ha implantado la citada disposición, en contravención a una disposición expresa y terminante de la Constitución de la República. En dicha Sentencia, la Corte deja esclarecidas las razones que justifican la existencia de un examen para el acceso al ejercicio de la función notarial por la Corte Suprema de Justicia, en tanto que *“el notario debe ser una persona con un determinado grado de preparación jurídica y social, pues su función –como se anotó– está destinada principalmente a brindar seguridad jurídica; de allí que este sea un especialista del derecho, un controlador de la legalidad de los actos.*

“El notario interpreta las normas en su calidad de especialista en derecho para poder dar una mejor solución a los problemas que se le planteen, esto obliga a que se mantenga jurídicamente actualizado y domine integralmente la legislación, la jurisprudencia y los criterios administrativos que se vinculan con todas las materias jurídicas con las que mantiene relación constante.

“La responsabilidad que implica el desempeño de esta función, así como su relación con todas las ramas del derecho, ha llevado a la selección –autorización– de los notarios por medio de exámenes, circunstancia que pretende garantizar la acreditación objetiva de un nivel profesionalmente, técnico y académico aceptable de preparación del notario.

“C. Por lo anterior, es que la Constitución dispone un marco competencial para los aspectos más importantes del ejercicio de esta función pública notarial. Así, prescribe que corresponde a la Corte Suprema de Justicia ‘practicar recibimientos de abogados y autorizarlos para el ejercicio de su profesión; suspenderlos por incumplimiento de sus obligaciones profesionales (...) Las mismas facultades ejercerá respecto de los notarios’”.

Por su parte la Sentencia C-741/98, de 2 de diciembre, dictada por la Corte Constitucional de Colombia (magistrado ponente: Martínez Caballero) deja sentada la existencia para Colombia de la carrera notarial y la obligatoriedad del concurso por los postulantes como una manera de comprobar la solvencia intelectual de quienes aspiran al ejercicio de la función pública notarial. La existencia de la carrera notarial se fundamenta desde la propia Constitución, "(s)i la Constitución ordena perentoriamente que los notarios en propiedad sean nombrados por concurso, la existencia de la carrera notarial es la consecuencia natural de ese mandato constitucional. El diseño de la carrera es entonces la forma legal de reglamentar el servicio prestado por los notarios, por lo cual la carrera notarial, como carrera especial para la reglamentación de la función fedante, tiene pleno respaldo constitucional, tal y como esta Corte ya lo había señalado en anteriores decisiones, en donde señaló que, al ser la función notarial una labor eminentemente técnica, y al haber ordenado la Carta el nombramiento en propiedad de los notarios por concurso, entonces debe entenderse que la Constitución establece la carrera notarial como un sistema especial de carrera".

La Corte Constitucional colombiana también deja sentado en dicha Sentencia que "La Constitución confiere (...) una amplia libertad al Legislador para regular de diversas maneras el servicio notarial, puesto que el texto superior se limita a señalar que compete a la ley la reglamentación del servicio que prestan los notarios y registradores, así como la definición del régimen laboral para sus empleados (CP art. 131). Por consiguiente, bien puede la ley atribuir la prestación de esa función a particulares, siempre y cuando establezca los correspondientes controles disciplinarios y administrativos para garantizar el cumplimiento idóneo de la función; sin embargo, también puede el Legislador optar por otro régimen y atribuir la prestación de ese servicio a funcionarios públicos vinculados formalmente a determinadas entidades estatales".

La *ratio* misma del concurso como vía necesaria para calibrar la excelencia en el acceso de los profesionales del Derecho para el ejercicio del notariado, como un filtro que purifica la calidad de los juristas que ingresan al servicio notarial también es sustentada en dicha Sentencia, en tanto "la exigencia constitucional del concurso tiene la pretensión de mejorar el servicio notarial y garantizar la idoneidad de quienes accedieran a esa función, así como evitar ciertos manejos no muy claros en el nombramiento de los notarios, con lo cual también se quería proteger los derechos de los notarios y asegurar el respeto del principio de igualdad en el acceso a la

función pública". En este orden se enfatiza en que "los concursos notariales no existen con el fin de adjudicar un contrato a la mejor oferta económica sino que pretenden establecer quién es la persona más idónea, por sus calidades intelectuales, profesionales y morales, para desempeñar en propiedad la función de notario. Es pues un concurso similar al previsto por el artículo 125 de la Carta para el nombramiento de los funcionarios y su incorporación a la carrera administrativa, por cuanto en ambos casos se diseña un procedimiento para seleccionar, con base estrictamente en el mérito, quien es la persona mejor calificada para desarrollar una determinada función pública. Las finalidades son entonces las mismas pues en ambos casos la Carta ordena establecer un procedimiento objetivo y transparente de selección, que permita escoger a la persona más apta para el ejercicio de la función pública, con el pleno respeto del principio de igualdad en el acceso a tales funciones. No es entonces posible asimilar el régimen de concurso previsto para la función pública, que es el caso de los notarios, con el concurso desarrollado para la contratación administrativa (...)". Como apuntarán ROAN MARTÍNEZ Y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ al estudiar el tema de la carrera notarial en el Derecho español: "Creemos, sin embargo, que la carrera notarial, mientras pueda conservar sus esencias, tiene todavía los suficientes atractivos para seguir siendo una de las salidas o soluciones clásicas de la carrera de derecho (...). Un producto residual de nuestra carrera, que en modo alguno conviene aumentar, aunque sea imposible eliminarlo del todo, es el opositor fracasado. Nos interesa que en el cuerpo de Opositores predomine la calidad más que la cantidad. El ideal sería que hiciesen oposiciones solamente los jóvenes con probabilidades y merecimientos para ser Notarios de tal modo que todos o casi todos consiguieran en un plazo más o menos largo llegar a serlo"(10).

Sigue sosteniendo la Corte Constitucional de Colombia que "La Constitución ha querido entonces la profesionalización de los notarios, y por tal razón los ha sometido al régimen de concurso para que sean nombrados en propiedad, por lo cual es claro que la propia Carta ha fundamentado la existencia de una carrera notarial para garantizar aún más la idoneidad de quienes desarrollan esa función pública. En efecto, si la Constitución ordena perentoriamente que los notarios en propiedad sean nombrados por concurso, la existen-

(10) ROAN MARTÍNEZ, José y Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, "La formación y selección del Notario", en *Revista de Derecho Notarial*, Nos., 61 y 62, julio-diciembre 1968, p. 176.

cia de la carrera notarial es la consecuencia natural de ese mandato constitucional. El diseño de la carrera es entonces la forma legal de reglamentar el servicio prestado por los notarios (CP art. 131), por lo cual la carrera notarial, como carrera especial para la reglamentación de la función fedante, tiene pleno respaldo constitucional (...)”.

En fin, “La formación jurídica del Notario no puede limitarse a la que adquiere a través de la Universidad, y posteriormente merced a la preparación de las oposiciones. No es solo que el Notario (...), necesita, por exigencia ineludible de su ejercicio profesional estar al tanto de la evolución del derecho positivo, sino que además su condición de intelectual le exige mantener vivo y vigente su interés por el estudio y la investigación del derecho”(11).

III. INHABILIDADES PARA EJERCER LA FUNCIÓN NOTARIAL

1. DESTITUCIÓN DE CARGO PÚBLICO POR FALTAS GRAVES

El ejercicio del notariado está supeditado al cumplimiento de requisitos a tono con la función pública que representa. Si el notariado es precisamente una función pública, el notario como crisol social y titular del desempeño de dicha función ha de ajustar su conducta moral y su comportamiento social y profesional a los cánones que la profesión exige e impone. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en ejercicio del control de constitucionalidad, en su Sentencia de 23 de junio de 1992 (12), sustenta que *“la reglamentación a que puede someterse el ejercicio de las profesiones liberales ofrece aspecto esencial tratándose de los escribanos, porque la facultad que se les atribuye de dar fe a los actos que celebren conforme a las leyes, constituye una concesión del Estado acordada por la calidad de funcionario o de oficial público que corresponde a los escribanos de registro. De ahí, pues, que la atribución o concesión de facultades tan delicadas tiene su necesario correlato en las exigencias y sanciones que la reglamentación contiene, en el sentido de revocar aquel atributo cuando la conducta del escribano se aparte de*

(11) ROAN MARTÍNEZ, J. y M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La formación...”, *cit.*, p. 196.

(12) Colegio de Escribanos s/ verif. de libros de requerimientos de firmas del Esc. Enrique J. I. Garrido.

Publicado en: *La Ley* 1993-C, 29, con nota de Miguel Ángel Ekmekdjian; DJ1993-2, 325 -

Cita Online: AR/JUR/230/1992.

los parámetros que la ley establece para tutelar el interés público comprendido. No es, entonces, el Estado quien a su capricho puede retirar la facultad asignada sino el sujeto quien voluntariamente se margina al dejar de cumplir los deberes a su cargo.

"(...) la actividad del escribano de registro importa el ejercicio de una profesión, dotada del atributo de la fe pública y sometida a una particular relación con el Estado, que se manifiesta a través del acto de la investidura, el control y las facultades disciplinarias.

"... la destitución del cargo de escribano de registro y la pérdida de la matrícula del colegio profesional, no traen necesariamente aparejadas la imposibilidad de realizar otros trabajos, que no se vinculen con la actividad fedataria, y que son propios de la capacitación profesional adquirida por el apelante.

"... esa especie de concesión estatal que constituye el ejercicio del notariado no es un derecho que puede reclamar para sí todo aquel al que se le ha otorgado el título universitario de escribano, sino que requiere además que se le haya discernido el cargo de escribano de registro (art. 10), profesional al que le está reservada la autorización de escrituras públicas y demás actos (art. 12, primer párrafo). La creación y cancelación de los registros, así como la designación de sus titulares y adscriptos corresponde al Poder Ejecutivo nacional, quien dentro del número habilitado por la norma escoge a los titulares, a partir de una selección y propuesta del Colegio de Escribanos (arts. 17 y 19); y a los adscriptos, a propuesta del titular y previo informe de la corporación (art. 21).

"Dentro del marco de esta peculiar vinculación con el Estado, que supone la designación de escribanos de registro, no parece irrazonable que la autoridad indicada por la ley –en el caso, el a quo– pueda resolver la destitución, una vez acreditados incumplimientos de extrema gravedad, como los probados en el sub lite; reveladores de la transgresión a un estatuto, al que el recurrente se sometió voluntariamente cuando accedió a la adscripción del registro".

Por su parte la Corte Constitucional de Colombia ha definido lo que se entiende por inhabilidades para el ejercicio del notariado, en la doctrina muchas veces entendida por prohibiciones para el ejercicio notarial. *"Las inhabilidades o inelegibilidades son impedimentos establecidos por el constituyente o por el legislador, que restringen el acceso a la función pública de personas que, a su juicio, carecen de las cualidades requeridas para ejercerla. Así mismo, se consideran 'como hechos o circunstancias antecedentes, predicables de quien aspira a un empleo que, si se configuran en su caso en los tér-*

minos de la respectiva norma, lo excluyen previamente y le impiden ser elegido o nombrado'. (13)

"- La finalidad de establecer inhabilidades radica entonces en garantizar los principios de moralidad, idoneidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública, entendida ésta como 'el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines'. (14)

La razón de ser de tales inhabilidades, según la Sentencia C-1212/01, de 21 de noviembre(15), es "asegurar la excelencia en el ejercicio de la función pública, a través de personas idóneas y con una conducta intachable" y "evitar que personas sin suficientes cualidades (moralidad, probidad y honestidad) accedan al cargo de notario. En efecto, la norma está dirigida a garantizar que quienes vayan a ejercer la función fedante tengan una excelente reputación e intachable conducta, lo cual se demuestra con sus antecedentes disciplinarios, toda vez que se les confía la función pública de dar fe de los actos sometidos a su consideración. Dicho fin, en cuanto satisface el interés general plasmado en el correcto ejercicio de la función pública por parte de personas idóneas y, sobre todo, respetuosas del ordenamiento jurídico, es a todas luces constitucional.

"En este orden de ideas, la consagración de tal inhabilidad, en tanto impide que personas sin suficientes cualidades accedan al cargo de notario, representa un medio adecuado para alcanzar un propósito constitucionalmente legítimo, como es el de asegurar la moralidad, probidad e idoneidad en el desarrollo de la función fedante (...) Mal haría el legislador en premiar a quien, en ejercicio de su cargo, cometiera faltas de esa índole, permitiéndole ejercer el cargo de notario, cuando precisamente lo que se busca es que la función notarial sea desarrollada por personas sin tacha alguna de conducta".

Como lo ha sostenido la Corte en otras de sus sentencias, "fue propósito esencial del Constituyente de 1991 establecer un régimen rígido de inhabilidades, incompatibilidades y limitaciones para el ejercicio de los cargos públicos, con la fijación de reglas que de-

(13) Sentencia 483/98, Magistrado ponente: José Gregorio Hernández.

(14) Sentencias C-631/96 y C-564/97, Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

(15) Que resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra los numerales 6 y 7 del artículo 133 del Decreto 960 de 1970, relativo al estatuto del notariado colombiano (Magistrado ponente: Araujo Rentería).

terminen los requisitos y condiciones personales y profesionales necesarios para su acceso, a fin de que dicho ejercicio sea resultado de decisiones objetivas acordes con la función de buen servicio a la colectividad que garanticen que el desempeño del cargo público por parte de la persona a quien se designa o elige, tenga como resultado un adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”(16)

Si bien, “... aun cuando el régimen de inhabilidades restringe los derechos fundamentales a la igualdad (C.P. Art. 13), al trabajo (C.P. Art. 25), a la libertad de escoger profesión u oficio (C.P. Art. 26) y a participar en la conformación del poder público (C.P. Art. 40), se trata de una limitación que, en principio, es justificada y acorde con los preceptos constitucionales.

“Dado que las inhabilidades restringen los derechos fundamentales señalados, su regulación debe adecuarse a un estricto criterio de razonabilidad y proporcionalidad, pues si bien el legislador goza de cierta discrecionalidad para consagrarlas, esa facultad de configuración normativa no es absoluta, puesto que no pueden limitar injustificada ni excesivamente los referidos derechos”

La propia Corte en la ya referenciada Sentencia C-1212/01, de 21 de noviembre, ha definido qué supone la inhabilidad y la proporcionalidad en este orden, a saber:

“Que la inhabilidad deba ser razonable significa que, siendo una medida adoptada por el legislador para alcanzar un fin legítimo, cual es la designación de personas idóneas y con antecedentes disciplinarios intachables para garantizar el correcto cumplimiento de la función pública, aquélla no puede ser arbitraria sino objetivamente justificable. Por consiguiente, debe existir una correspondencia adecuada entre el medio adoptado y la referida finalidad.

“Que sea proporcional implica que no puede ser excesiva en procura de alcanzar el fin buscado, es decir, que sea estrictamente necesaria para conseguirlo o que exista una relación justa o mesurada entre la causal de inelegibilidad adoptada y la finalidad que se pretende al impedir el nombramiento de la persona incurso en ella.”

En relación con la destitución del cargo por incurrir en una falta grave, la sentencia últimamente citada de la Corte Constitucional colombiana deja sentado que ello *“indica la falta de cualidades suficientes del sancionado, que a su vez impide el cumplimiento de la*

(16) Sentencia C-380/97, Magistrado ponente: Herrera Vergara.

función notarial bajo los principios de moralidad, idoneidad, probidad, transparencia e imparcialidad, pues ese hecho demuestra la irresponsabilidad del candidato en el manejo de los asuntos que le fueron confiados. Resulta razonable, entonces, que la persona sancionada con la destitución esté inhabilitada para desempeñarse como notario, toda vez que dichos antecedentes cercenan la credibilidad depositada en él por parte del Estado y la comunidad, y se desatiende el interés general allí comprometido.

"La consagración de inhabilidades con una vigencia indefinida no viola la Constitución, siempre y cuando la medida adoptada se adecue a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y con ellas no se restrinjan ilegítimamente los derechos fundamentales de quienes aspiran a acceder a la función pública.

"La comunidad debe tener la certeza de que quienes ostentan tal cargo, poseen unos antecedentes y una hoja de vida sin tacha, factores que permiten predecir la excelente conducta, profesionalismo y ética con que desarrollarán dicha función. Con tal fin, es indispensable que quienes aspiren a desempeñarla, cumplan con dichos requisitos para asegurar sus aptitudes".

Con fundamento en lo anterior, se puede concluir que *"las inhabilidades bajo estudio, entendidas como requisitos que debe cumplir quien aspira a acceder al cargo de notario, tienen un propósito moralizador del Estado y de la función notarial, lo cual justifica la intemporalidad en su aplicación. Así pues, con la vigencia indefinida de tales inhabilidades se busca atender y satisfacer el interés general, en vez de castigar ilimitadamente al funcionario, como considera el actor"*.

2. LAS DISCAPACIDADES AUDITIVAS, DEL HABLA Y VISUALES

¿Puede una persona con discapacidad auditiva, del habla, o visual acceder al ejercicio de la función notarial? Tradicionalmente en las normas notariales se han concebido estas como inhabilidades para ejercer la función notarial (17).

La Corte Constitucional de Colombia a través de su Sentencia C-076-06, de 8 de febrero (Ref.: expediente D-5897, Magistrado ponente: Córdoba Triviño), resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 2 (parcial) del artículo 133 del Decreto 960 de 1970, regulador del estatuto del notariado. En su demanda el

(17) Así lo establece el artículo 3.3 del Código del Notariado de Guatemala. Igualmente el artículo 4 a) del Código del Notariado de Costa Rica.

actor consideró que la expresión "*Los sordos, los mudos, los ciegos*" contenida en dicho precepto legal vulnera los artículos 2, 5, 13, 16, 25, 47 y 54 de la Constitución Política.

En su criterio, la parte acusada vulnera el artículo 2 de la Constitución, en cuanto que desconoce uno de los deberes primordiales de las autoridades, cual es el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos que consagra la Carta Política. A su juicio, dichos principios y derechos en cabeza de personas con discapacidad no resultan protegidos, pues en lugar de promoverse la integración de personas con discapacidad sensorial, la disposición demandada promueve el aislamiento de la mencionada población.

En concepto del demandante, la circunstancia de que una persona tenga unas ciertas limitaciones, no la inhabilita para desempeñar el cargo de notario, pues con la utilización de otros sentidos y de la tecnología existente, puede desarrollar a cabalidad las correspondientes funciones.

En cuanto al artículo 5 de la Carta, considera el demandante que éste se ve vulnerado por la parte acusada del numeral 2 del artículo 133, pues con su consagración desaparece el deber del Estado de garantizar, sin discriminación alguna, los derechos inalienables de la persona.

Afirma que al señalar que los sordos, ciegos y mudos no pueden ocupar el cargo de notario, la norma censurada vulnera la dignidad, capacidad y oportunidades de las personas con discapacidad, las que con ayuda de los adelantos tecnológicos pueden desempeñar sin problema alguno, no sólo el cargo de notario, sino también otros cargos públicos como en la actualidad lo hacen muchas personas con discapacidades sensoriales. Para ilustrar su afirmación menciona el hecho de que personas con discapacidades sensoriales de que trata la norma, parcialmente demandada, han dirigido u ocupado importantes cargos en entidades públicas como las alcaldías, personerías municipales, gobernaciones, departamentos administrativos y superintendencias.

Alega el demandante que la norma acusada vulnera el artículo 13 de la Carta, pues al consagrar que los sordos, mudos y ciegos no pueden ser notarios, está propugnando un trato desigual y discriminatorio que desconoce el principio fundamental de la igualdad de oportunidades, en lugar de proporcionar espacios de competitividad para las personas con discapacidad. Al respecto recuerda que a través de la sentencia C-401 de 1999, la Corte Constitucional declaró inexecutable la prohibición legal de que las personas sordas, ciegas o mudas fueran testigos válidos de un matrimonio civil, por considerar

que tal prohibición daba lugar a una discriminación que violaba el artículo 13 de la Carta.

Así mismo, considera que se infringe el artículo 16 de la Constitución, que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. A su juicio el aparte demandado restringe las posibilidades de las personas ciegas, sordas y mudas sin atender al hecho de que puede tratarse de personas que se han rehabilitado y capacitado y que tienen plena capacidad para integrarse al entorno social y ocupar cargos como aquel de que trata la disposición cuestionada. En consecuencia, al no permitir que dicha población acceda al cargo de notario, se está coartando su desarrollo y su realización personal.

De otra parte, sostiene que la disposición objeto de su demanda vulnera el artículo 25 de la Constitución. Considera que dicha norma desconoce el derecho de las personas con discapacidad a acceder a un trabajo digno y justo, por el solo hecho de tener una discapacidad sensorial, situación que en su concepto, no incide de manera directa ni indirecta en el desarrollo de las actividades propias del cargo de notario, gracias a los adelantos tecnológicos y científicos que existen en la actualidad.

Según el demandante, la imposibilidad de que las personas ciegas, sordas y mudas puedan ser designadas como notarias, contradice el deber del Estado de brindar y adelantar políticas de rehabilitación, capacitación, integración social y reinserción laboral de la población con discapacidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Carta.

Finalmente, señala que la disposición demandada viola el artículo 54 superior, pues mientras esta norma establece que el Estado propiciará la debida ubicación laboral de las personas con discapacidad, en la norma acusada se restringe la posibilidad de que una persona con discapacidad visual, sensorial o auditiva ocupe el cargo de notario. En su criterio, el legislador no puede disminuir las ya de por sí escasas oportunidades de trabajo de dicha población, ni desconocer el deber del Estado de garantizar "*a los mal llamados por el artículo 54 minusválidos*" un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Por todo lo anterior, solicita sea declarada inconstitucional la primera parte del numeral 2 del artículo 133 del decreto 960 de 1970 que dispone: "*Los sordos, los mudos, los ciegos...*".

El problema jurídico planteado por la Corte en el caso, fue si resultaba ajustada a la Constitución la norma que establecía que las personas sordas, mudas o invidentes no pueden ser designadas notarias. Para resolver esta cuestión la Corte debía definir si existía una justificación objetiva y razonable que soporte la decisión del

legislador de excluir a estos tres colectivos –personas ciegas, personas sordas y personas mudas– de la oportunidad de acceder al cargo de notario público o si, por el contrario, se trata de una decisión que vulnera el derecho a la no discriminación de las personas concernidas.

En su fundamentación jurídica la Corte Constitucional colombiana razona que: *"En primer lugar, el Estado tiene el deber de remover las normas discriminatorias y abstenerse de establecer diferencias fundadas en discapacidades físicas o sensoriales"*. A juicio de la Corte, *"una disposición que se funde en este criterio para restringir los derechos de los grupos desaventajados solo será constitucional si la misma resulta necesaria e idónea para el cumplimiento de una finalidad constitucionalmente imperiosa y siempre que, desde una perspectiva constitucional, el beneficio obtenido sea superior a la restricción impuesta."*

"En desarrollo del principio de no discriminación descrito y en virtud de lo dispuesto en los artículos 13, 26, 40 y 54 de la Carta, la Corte ha señalado que solo es admisible una barrera de entrada a un determinado puesto de trabajo, que afecte a las personas con discapacidad, si la desventaja es absolutamente incompatible con las funciones esenciales asignadas a dicho cargo (18). En otras palabras, si la restricción impuesta es absolutamente necesaria y útil para el cumplimiento de las tareas esenciales –y no simplemente accesorias o prescindibles– que la persona seleccionada debe desempeñar. En este sentido, la carga de la prueba se asigna a quien ha impuesto la barrera de acceso al trabajo de la persona desaventajada (19). En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte al estudiar la constitucionalidad de las barreras de entrada al sistema educativo, impuestas a las personas física o sensorialmente desaventajadas".

"En segundo término, el Estado debe adoptar medidas de diferenciación positiva que permitan que las personas que se encuentran en las circunstancias descritas puedan acceder, en igualdad de condiciones, al goce de sus derechos fundamentales. En este sentido, la Corte ha señalado que las personas que integran los grupos sensorial o físicamente desaventajados tienen derecho a una protección constitucional reforzada para lograr su plena inclusión social (...). En este sentido no sobra recordar que tal y como lo establece el artículo 2 de la Carta, las personas con discapacidad tienen de-

(18) T-1219 de 2005.

(19) T-1219 de 2005.

recho a participar, directamente o a través de sus representantes, en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas y programas destinados a remover la discriminación en su contra y a garantizar su adecuada inserción en la sociedad.

"El deber estatal de adoptar medidas de diferenciación positiva a favor de las personas con discapacidad, se encuentra consagrado, entre otros, en el artículo 13 de la Carta según el cual es deber del Estado adoptar medidas a favor de las personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Todo lo anterior permite a la Corte reiterar la regla constitucional según la cual "por lo menos dos tipos de situaciones pueden constituir un acto discriminatorio contrario al derecho a la igualdad de los discapacitados. Por un lado, la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable. Por otro, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho los discapacitados, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad"(20).

En conclusión "a las personas con discapacidad no se les puede negar, condicionar o restringir el acceso a un puesto trabajo –público o privado– o la obtención de una licencia para ejercer cualquier cargo, con fundamento en la discapacidad respectiva, a menos que se demuestre que la función que se encuentra afectada o disminuida resulta imprescindible para las labores esenciales del cargo o empleo respectivo.

"En consecuencia, de conformidad con las normas constitucionales vigentes, debe afirmarse que no entra dentro del ámbito de libertad de configuración del legislador la decisión de excluir o restringir el goce o el ejercicio de un derecho a una persona, con base en una discapacidad física, mental o sensorial. Cuando el legislador expida una ley que limite el ejercicio de un derecho con fundamento en una discapacidad o desventaja sensorial, física o mental, debe demostrar que con ello persigue el cumplimiento de una finalidad imperiosa –como la satisfacción de un servicio o una función pública– y que dicha restricción es idónea y necesaria para el logro de tal finalidad".

Al estudiar la disposición demandada y la finalidad que se busca con ella, la Corte expresa que "La norma acusada parte de la base

(20) Esta regla se ha reiterado desde la T-288 de 1995.

de que las personas afectadas por las discapacidades sensoriales en ella indicadas no tienen la posibilidad de conocer la realidad de la cual deben dar fe a través de la función notarial. En consecuencia, su finalidad es la de garantizar la confianza del público en dicha función, así como su eficaz prestación. En este sentido, como lo señalan algunos de los intervinientes, la certificación notarial establece una presunción de veracidad sobre los documentos y los hechos certificados por el notario. Por esta razón, tales intervinientes consideran que el notario debe tener la capacidad de percibir directamente a través de sus sentidos los hechos de los cuales va a dar fe y, en consecuencia, debe estar en pleno uso de sus capacidades y funciones físicas, mentales y sensoriales.

“En virtud de lo anterior puede sostenerse que la disposición parcialmente demandada busca evitar que personas que en criterio del legislador no pueden dar fe de ciertas situaciones, hechos o declaraciones, estén encargados de la función notarial. En su criterio, esto podría generar desconfianza e ineficiencia en la prestación de dicho servicio, todo lo cual termina por comprometer las razones que justifican su existencia. En suma, la norma parcialmente demandada persigue dar confianza y eficiencia a la prestación de la función fedante.

“La finalidad perseguida por el legislador –dar confianza y eficiencia a la función notarial– resulta de particular importancia para la Constitución. En efecto, la Corte ya ha tenido oportunidad de señalar la relevancia de la función notarial para el cumplimiento de los fines del Estado, pues persigue ofrecer mayor seguridad a las relaciones privadas con el propósito indirecto de brindar una mayor protección a un amplio abanico de derechos de todo orden. Adicionalmente la función notarial persigue evitar litigios judiciales prevenibles mediante la formalización de declaraciones o acuerdo”.

“Ahora bien, la disposición consagra la inhabilidad para tres tipos de circunstancias distintas. En efecto, una es la desventaja de quien se encuentra privado de la vista, otra de quien no tiene la posibilidad de escuchar y otra distinta la de quien no puede hablar. Estas desventajas, a su turno, presentan distintos tipos de intensidad y pueden estar o no acompañadas de otras habilidades o de desarrollos científicos o tecnológicos que tiendan a compensar sus efectos. Por las razones anteriores resulta fundamental estudiar, por separado, si cada una de las desventajas mencionadas puede ser tenida como una razón suficiente para que la persona que la sufre quede excluida de la posibilidad de competir para acceder al cargo de notario público.

“Para adelantar el estudio mencionado será necesario confrontar las funciones consagradas en el Estatuto Notarial y las exigencias propias de la prestación de este servicio, con las desventajas que supone cada una de las hipótesis mencionadas. Solamente cotejando dichas funciones notariales con las habilidades y capacidades de las personas que padecen cada una de estas discapacidades se puede establecer si existe o no otro medio menos lesivo de los derechos fundamentales, para garantizar la eficiente y adecuada prestación de la función notarial”. De este estudio donde la Corte confronta las funciones asignadas al notario, reguladas en el Estatuto Notarial colombiano con las discapacidades sensoriales de quienes aspiran al desempeño de dicha función, particularizando en cada una de estas discapacidades, la Corte se pronuncia en estos términos:

A la Corte le resulta claro que *“las personas sordas que directamente o gracias a la implementación de adecuaciones razonables especiales puedan comunicarse sin intermediarios con los oyentes, tienen derecho fundamental a competir, en igualdad de oportunidades con el resto de la población, para acceder al cargo de notario público. En esta medida, las autoridades, al diseñar el respectivo concurso (...) deben promover la participación de representantes de organizaciones de personas con discapacidad, organizaciones no gubernamentales que trabajan en este campo o si no existieren dichas organizaciones, personas con discapacidad, en la elaboración, ejecución y evaluación de medidas y políticas para que en el proceso de diseño e implementación del concurso de méritos que el Estado debe adelantar, se adopten adecuaciones razonables que se requieran para permitir la libre e igual competencia y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad”.* En relación con las personas con discapacidad en el habla *“pero que puede ver y escuchar y comunicar claramente su pensamiento, y que adicionalmente tiene los conocimientos y las habilidades necesarias para ejercer la función notarial, no pueda competir para acceder al cargo de notario, porque no puede leer de viva voz un testamento cerrado, es a todas luces una medida desproporcionada. En efecto para garantizar que el notario pueda dar fe sobre el estado y contenido de dicho documento existen múltiples medidas alternativas que tienen un costo menor para los derechos fundamentales de las personas con discapacidad y sin embargo protegen con igual fuerza la confianza que debe existir sobre el acto de apertura del testamento cerrado”.*

“En consecuencia, por las razones expuestas no existe una justificación objetiva y razonable para impedir que las personas con limi-

taciones del habla puedan ejercer la función notarial. Por esta razón, la expresión 'los mudos' demandada será declarada inexecutable'.

Mientras que respecto de la personas con discapacidad visual severa "no puede(n) acceder directamente a cierta información relevante en los documentos objeto de su conocimiento –como las firmas, rúbricas, fotografías, o el estado de los documentos, entre otros–. Por ello no puede(n) dar fe de la correspondencia entre dos firmas, entre dos planos, entre dos imágenes. No puede(n) asegurar que el documento que se lee a las personas es el mismo que estas firman, ni que la copia que extiende es idéntica al documento que custodia. Tampoco puede(n) dar fe sobre el estado de los documentos que se entreguen para su custodia o de los sobres que los contengan. Finalmente no puede certificar sobre la autenticidad de una fotografía, ni autenticar firmas o adelantar el reconocimiento de las mismas (...), tareas esencialmente visuales que exigen la confrontación entre dos imágenes y que en la actualidad no pueden ser desarrolladas directamente y con total confianza por personas con ceguera". De ahí que "dadas las características de la función notarial, aun con el avance logrado por la tecnología para ayudar a personas con limitación visual, todavía no se cuenta con los instrumentos apropiados que permitan a una persona ciega, cumplir con las funciones específicas del notario. Por esas razones de orden tecnológico, considera que no es inconstitucional mantener en el ordenamiento jurídico el impedimento legal impugnado por el actor.

"En consecuencia, dado que, al menos en las circunstancias actuales, no existen adecuaciones razonables que permitan que las personas con ceguera puedan cumplir directamente y con entera confianza, las funciones notariales mencionadas, la expresión 'los ciegos' demandada será declarada executable'.

IV. DEBERES DEL NOTARIO

1. USO DEL PAPEL DE SEGURIDAD

Entre los deberes impuestos al notario en el Derecho comparado se sitúa el de emplear el papel de seguridad, en tanto las normas funcionales estatuyen los requerimientos que ha de cumplimentar el papel que se emplea para la autorización de los documentos públicos notariales, como un requerimiento más que contribuye a la seguridad del documento, en evitación de falsedades o suplantaciones. El notario ha de garantizar que el papel empleado se ajuste a las disposiciones legales y reglamentarias establecidas. La Sala

Constitucional de Costa Rica (Sentencia 002857-00), resolvió a tal fin, la acción de inconstitucionalidad contra los artículos 24 incisos d), n) y ñ) y 143 inciso b) del Código Notarial; las Directrices número 10-98, 7-99 y 10-99; las resoluciones número 88-99 y 127-99, todas de la Dirección Nacional de Notariado; y el aviso de esa Dirección publicado en el diario *La Nación* del 11 de julio de 1999, en el sentido de que no se le viola al notario la libertad de elegir como consumidor, cuando se determina a qué empresa debe comprarle el papel de seguridad, entre otras razones porque el notario no ha de considerarse en ese estricto orden, un consumidor común y corriente. En ella el accionante alegó que como notario se le impone la obligación de uso de un presunto papel de seguridad que la ley no exige, con el agravante de que se limita los derechos de adquisición de ese papel a una sola compañía mercantil privada, constituyéndola en monopolio en manos de un particular, y señala que la función de la Dirección Nacional de Notariado es organizativa y, a lo sumo, supervisora, mas no gestora de los actos y medios notariales. La Sala por su parte estimó *“que no puede considerarse que al restringirse a los Notarios Públicos la libertad de escoger dónde y a quién compran el papel de seguridad que deben usar en todas sus actuaciones, se les esté violentado arbitrariamente su libertad de elección como consumidores, pues no solo ellos comprenden una categoría especial de consumidores, sino que además, en sí mismo el bien de que se trata también reviste particularidades especiales, y además, dadas las circunstancias concretas en que se llevó a cabo la elección, era imposible listar más de una empresa suplidora”*. Igualmente consideró la Sala que *“Los Notarios Públicos no son consumidores comunes y corrientes por disposición legal y por ese motivo sus derechos como tales encuentran restricciones que a juicio de la Sala resultan razonables, específicamente en lo que se atañe a las exigencias que la Dirección de Notariado les ha impuesto acerca del papel de seguridad que deben usar en todas sus actuaciones, y que como es lógico, no pueden adquirir en cualquier negocio que expendan papel”*.

2. FIJACIÓN DE LA RESIDENCIA EN EL LUGAR DONDE DESEMPEÑA LA FUNCIÓN

Al tenerse en cuenta el carácter público y a la vez social de la función notarial es lógico que el notario desempeñe su función en un lugar determinado, entendido ese espacio físico como la notaría, el lugar además donde se sitúa el protocolo, como el ancla que

ata al notario con su notaría(21). "El deber de residencia garantiza la función en el *espacio*"(22), con ello se viabiliza su perenne accesibilidad. De ahí que, como se ha dicho desde la jurisprudencia mexicana "*siendo un notario un licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignan actos o hechos jurídicos*" debe "*desempeñar dicha función en el lugar donde sea adscrito y resulte necesaria su presencia, en virtud de la naturaleza del acto o del hecho que pretenda pasar ante su fe, y desde luego en la notaría a su cargo*".

De lo anterior se desprende que "*un notario es una persona física que desempeña una función pública a la que la ley le impone la obligación de contar con un domicilio legal para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos*", lo cual puede tener innegables consecuencias en el orden procesal, *ergo* si se ventilara contra un notario una demanda de nulidad del instrumento público "*el emplazamiento es correcto si fue hecho en el lugar en el que desempeña esa función pública, es decir, en la notaría a su cargo, y no en su domicilio particular*"(23).

3. EL DEBER DE INFORMACIÓN DE CONTENIDO TRIBUTARIO SOBRE OPERACIONES SOSPECHOSAS DE LAVADO DE ACTIVOS VS EL SECRETO PROFESIONAL Y EL RESPETO DE LOS DOCUMENTOS CONTENIDOS EN EL PROTOCOLO

¿Ha de prevalecer el secreto profesional del notario sobre el deber de información que a él se le atribuye, ya sea este de contenido tributario o sobre operaciones de lavado de activos? El secreto profesional del notario se ha pretendido erigir como barrera contra el deber de información en supuestos de intereses generales o sociales

(21) En la doctrina chilena también se adopta esta posición. En el Derecho del país austral, según significa VIDAL DOMÍNGUEZ, el notario ha de residir en la ciudad donde tenga su asiento el tribunal en que deba prestar sus servicios, admitiéndose que en casos calificados la respectiva Corte de apelaciones pueda autorizar transitoriamente la residencia en un lugar diverso. Vid. VIDAL DOMÍNGUEZ, Ignacio, *Derecho notarial chileno*, Fallos del Mes, M. R., Chile, 1997, p. 80.

(22) Vid. GONNELLA, Robert, "El notario como órgano de la administración de justicia preventiva", en *Revista de Derecho Notarial*, No. 16, abril-junio 1957, p. 200.

(23) Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del segundo circuito. Amparo en revisión 290/97. 6 de mayo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Solís Solís.

atendibles como los relativos a la existencia de operaciones sospechosas de lavados de activos.

El notariado está alerta de esta situación y ha respondido en apoyo de las medidas antiterroristas y en consecuencia contra el blanqueo de capitales, lucha en la que está a la vanguardia por su papel de controlador en frontera de la legalidad de actos jurídicos, en los que puede intentarse "limpiar" el dinero mal habido que se invierte. "Incluso cabe apreciar una convergencia de intereses entre la lucha antiblanqueo y la política corporativa notarial, dado que aquélla busca la mayor transparencia posible de operadores y operaciones, su 'trazabilidad', algo que proporciona la forma pública, el documento notarial, que ve en esa adecuación a la normativa contra el blanqueo también una oportunidad de expansión de su propia competencia"(24).

En este orden "(h)oy en día, el profesional se encuentra entre la espada y la pared: la pared de su ética profesional, que le impone la confidencialidad, y la espada de la ley, que le obliga a informar, a revelar situaciones que se le han dado a conocer en el marco de su relación con el cliente, algo que siempre había estado protegido por la discreción, en las civilizaciones basadas en un estado de derecho (...). Al negar que el secreto profesional encierra un valor superior y merecedor de protección frente a los valores que se persiguen con las políticas contra el blanqueo, se afianza un modelo norteamericano en el que el secreto profesional es un mecanismo fruto del encuentro de dos elementos: la confidencialidad (confidentiality) y la relación privilegiada (attorney/client-privilege). Ya ha quedado establecido que el secreto profesional no es un valor en sí mismo, sino que está en función de la protección de unos bienes dignos de protección especial, pero de rango diferente, a saber, de interés público y general o de carácter privado. Esto obliga a cotejar los diferentes bienes jurídicos que están en conflicto entre sí, sacrificando el secreto cuando éste protege a uno de rango inferior, en aras del interés público"(25).

(24) ÁLVAREZ-SALA WALTER, Juan, "El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas", Ensayos de Actualidad, *Revista Pública*, p. 21, en http://www.seplac.es/espanol/informes_y_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf, consultada el 23 de septiembre de 2016.

(25) Según expone el notario español Pedro CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, en las líneas directrices orientadas a los notariados iberoamericanos para la realización de sus ponencias nacionales con vista al tema I, "Función notarial y las nuevas tecnologías; Función notarial y la colaboración con los poderes públicos", del que fue coordinador internacional en la XV Jornada

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en su Sentencia de 10 de diciembre de 1997 (26) expresa que:

"1. La información exigida a los escribanos de registro por la resolución general 4056/95 de la Dirección General Impositiva (Adla, LV-E, 6261) con relación a determinadas manifestaciones de capacidad contributiva, importa una dispensa establecida con motivos justificados y razonables respecto del deber de reserva o secreto que aquéllos deben observar.

2. Procede el recurso extraordinario y corresponde revocar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la resolución 4056/95 de la Dirección General Impositiva (Adla, LV-E, 6261), en cuanto instituyó a los escribanos de registro como agentes de información sobre determinadas operaciones de terceros en las cuales intervienen en razón de su cargo, toda vez que dicha obligación se corresponde con el alcance de los deberes impuestos a los funcionarios públicos por el art. 105 de la ley de procedimiento tributario (t.o. 1998) (Adla, LVIII-C, 2969) y no se exhibe como inadecuada a los fines perseguidos ni consagra una inequidad manifiesta"

Otro caso interesante en la jurisprudencia argentina resulta la Sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, sala I (C. Fed. Bahía Blanca), el 7 de julio de 2005 (27), dicho fallo judicial resuelve el recurso de apelación contra la sentencia que dispuso la inaplicabilidad transitoria de la resolución reglamentaria de la Ley 25.246 –resolución 10/2004– (Adla, LX-C, 2805), respecto de los actos notariales que se realizaren en el ámbito de la provincia de la Pampa por escribanos matriculados en el Colegio, hasta tanto se haya dictado sentencia definitiva sobre pretensión de inconstitucionalidad de la citada ley. La Cámara hizo lugar a la apelación y revocó la medida cautelar. En sus razonamientos la Cámara se pronunció en el sentido de que: *"las normas reglamentarias en crisis no erigen a los escribanos en investigadores o policías ni les imponen cargas insoportables. Solamente apelan a su experiencia y les imponen una atención activa, en función de detectar operacio-*

notarial iberoamericana, celebrada en 2012, en Madrid, España. Tomada de la ponencia argentina, pp. 104-105. En www.caauinl.com/boletines/boletín17/XVJNIESquema.pdf, consultada el 23 de septiembre de 2016.

(26) Partes: S. B., S. A. c. Dirección Gral. Impositiva Publicado en: *La Ley Online*; Cita Online: AR/JUR/5848/1997.

(27) Partes: Colegio de Escribano de la Provincia de La Pampa c. Unidad de Información Financiera, publicado en: LLBA2005 (setiembre), 967, cita online: AR/JUR/1717/2005.

nes complejas y alambicadas, que muchas veces pasan inadvertidas incluso a los ojos más perspicaces. En este sentido, nada de contradictorio tiene que la norma apele a la sospecha, en la medida en que ella es la acción y el efecto de 'aprehender o imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad' y/o 'Desconfiar, dudar, recelar de alguien' (...); actitud subjetiva que pueden tener más autorizadamente quienes, en razón de su oficio o profesión, tienen una experiencia más calificada, como es el caso de los escribanos públicos de registro. Es impensable una legislación contra el lavado de dinero que no los considere decisivamente a ellos".

"Es cierto que se podrían producir algunos inconvenientes y molestias, pero ellos de ninguna manera son suficientes para descalificar la norma, habida cuenta de la pirámide normativa de la Constit. nac.: 31, y que se trata de esa suerte de 'tributos personales' que(...), son indispensables como condición de la convivencia comunitaria"(28).

Sobre el lavado de activos y el deber de información del notario también se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina. La sentencia de 2 de febrero de 2016 conoció el recurso interpuesto por el Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, cuyo agravio central lo es la Ley 25246 y la reglamentación dictada por la UIF, de las que se acusaba no establecer pautas objetivas para determinar la existencia de una operación sospechosa, en contra del principio de legalidad, calificándose de exceso reglamentario, de modo que a juicio del recurrente se transforma el deber de informar en una delegación de deberes de control, persecución y juzgamiento de delitos, que son propios del Estado.

(28) Si bien es compatible el criterio de la Corte, tampoco es menos cierto que como se expone desde la doctrina argentina "En esto de la colaboración con el Estado, se podría advertir una convergencia de intereses entre la lucha antilavado y la política corporativa notarial, dado que aquella busca la mayor transparencia posible de operadores y operaciones, su 'trazabilidad', algo que proporciona la forma pública, el documento notarial.

"Pero, aunque exista la voluntad de colaborar y comunicar las operaciones sospechosas, sin embargo el problema más elemental es el de cómo comunicar esa sospecha, si no se tiene (subjetivo).

"... el mayor escollo en la información de operaciones sospechosas, es el carácter asintomático del blanqueo: por su polimorfismo y la errática conducta del blanqueador durante todo el proceso". *Vid.* PANERO, Federico Jorge, "El delito de legitimación de activos y el rol del notario" (en formato PDF), en <http://www.caauinl.com/boletines/boletin20/Lavado-de-dinero.pdf>, consultado el 24 de septiembre de 2016.

Conforme con el artículo 20, inciso 12, de la Ley 25246 compete a los notarios el deber de informar a la UIF. El artículo 20 *bis* dispone por su parte que el deber de informar es la obligación legal de llevar a conocimiento de la UIF las conductas o actividades de las personas físicas o jurídicas a través de las cuales pudiere inferir la existencia de una situación atípica, susceptible de configurar un hecho u operación sospechosa de lavado de activos o financiación de terrorismo. A su vez, el artículo 21 b), precisa que se considerarán operaciones sospechosas aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada.

La Corte Suprema argentina fundamenta un fallo adverso a lo solicitado por el recurrente en que *"el tipo de delitos que se busca prevenir y perseguir –el lavado de activos y financiamiento del terrorismo– contribuye a delimitar la noción de operación sospechosa. Más importante aún, las características de los destinatarios de la norma son determinantes en este caso: los escribanos, en atención a las particularidades y los deberes de su profesión y función, pueden y deben prever cuando se encuentran frente a una operación que debe ser informada en los términos de la Ley 25.246 y su reglamentación.*

"Por un lado, los escribanos tienen una experiencia y un conocimiento técnico que les permite comprender los criterios establecidos por ese marco normativo. Por otro, la ley 25.246 y su reglamentación les imponen el deber de actuar 'de acuerdo a la idoneidad exigible en función de la actividad que realiza[n]'. Esas pautas de idoneidad y diligencia, a las que deben recurrir los escribanos a los fines de detectar las operaciones inusuales que deben informar, se encuentran reguladas, en especial, en el plexo normativo que rige su ejercicio profesional.

"De este modo, esas pautas atienden a la finalidad prevista por el legislador. Se trata en algunos casos de pautas más estrictas (...), y en otros de parámetros más amplios (...) Sin embargo, esa amplitud no los transforma en pautas meramente subjetivas y libradas al criterio de cada escribano. Por el contrario, se trata de pautas que, considerando la idoneidad exigible a un escribano, los usos y costumbres y el contexto de aplicación de la norma, precisan qué operaciones deben ser reportadas a la UIF.

“Por otro lado, contrariamente a lo sostenido por el impugnante, el Estado no delegó sus facultades de prevención y persecución de delitos a través del régimen informativo cuestionado, sino que, en consonancia con los estándares internacionales, entiende que el cumplimiento de esas funciones en forma eficaz, demanda la colaboración de los escribanos que, además, cumplen una función de especial naturaleza al dar fe pública a los actos y contratos”.

En relación con el deber de información a que tienen derecho los ciudadanos en relación con los documentos públicos que obran en el protocolo notarial resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, de 4 de marzo de 2005 (29), que conoció del recurso extraordinario interpuesto por doña E. L. G. S., en representación de la Asociación de Trabajadores del Sector Educación para Villa Magisterial, contra la sentencia de la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, de 5 de noviembre del 2004, que declaró improcedente la acción de hábeas data ejercitada. En fecha 19 de abril de 2004, la recurrente, en representación de la Asociación de Trabajadores del Sector Educación para Villa Magisterial, interpone acción de hábeas data contra el Notario Público F. Q. R., a fin de que cumpla con expedirle copia de tres contratos de compra-venta anteriores al contrato de compra-venta celebrado por doña L. T. A. D., de tres contratos de compraventa posteriores al mismo, de todo el trámite efectuado sobre la sucesión intestada del 26 de octubre de 2001, así como del título registrado el 26 de octubre de 2001, bajo el No. 2001-0003227, del tomo diario 0006 y el talonario de recibo No. 00001545, del 23 de noviembre de 2001, en tanto que el emplazado se negaba a proporcionarle las copias solicitadas, razón por la cual sostiene que ese actuar del notario vulnera su derecho a la información.

En su razonamiento el Tribunal Constitucional se apoya en su Sentencia No. 0301-2004-HD/TC en la cual se aproxima a la naturaleza del notario público, al considerar que *“en su calidad de profesional del derecho autorizado por el Estado para brindar un servicio público en el ejercicio de su función pública, comparte la naturaleza de cualquier funcionario público en cuanto a la información que genera. En esa medida, toda la información que el notario origine en el ejercicio de la función notarial y que se encuentre en los registros que debe llevar conforme a la ley sobre la materia, constituye información pública, encontrándose la misma dentro de los alcances del derecho*

(29) Exp. No. 4566-2004-HD/TC. Loreto. Asociación de Trabajadores del sector Educación para Villa Magisterial.

fundamental del acceso a la información, sobre todo si se tiene en cuenta que en el servicio notarial es el notario el único responsable de las irregularidades que se cometan en el ejercicio de tal función”, razón por la cual declara haber lugar al recurso interpuesto.

V. PROHIBICIONES PARA EJERCER LA FUNCIÓN NOTARIAL

Las normas notariales suelen establecer aquellas causales, sustentadas en circunstancias cualificadas, que se erigen en prohibiciones legales para el ejercicio de la función notarial en esas propias eventualidades. No se trata de impedimentos para el acceso a la función pública notarial, sino de “interdicciones circunstanciales” que buscan mantener a buen resguardo principios del notariado latino como el de imparcialidad. No es dable que un notario autorice documentos públicos en los que se manejen intereses que le son propios, o en todo caso, intereses de personas que afectivamente están conectadas con él por vínculos parentales o incluso por vínculo conyugal, de ahí que “*el Estado regule y supervise su ejercicio mediante el cumplimiento de algunos requisitos y la imposición de algunas incompatibilidades y prohibiciones, (...) dado que la imparcialidad requerida por parte de los notarios y notarias exige, como en caso de los jueces, su separación y abstención en asuntos en los que haya relaciones de parentesco cercanas, que comprometan la función pública que ejercen*”(30). Se busca salvaguardar la imagen pública del notario, con su recto sentido de la probidad y el actuar imparcial. De igual manera, la misma razón prohibitiva debiera existir en aquellos notariados en que se compatibiliza el ejercicio del notariado con el de la abogacía, respecto de sus empleadores como abogados, pues no le es dable a la misma persona, en su dimensión abogadil, desligarse de su condición de notario. De ahí que no pueda hablarse de notarios de empresas, o de notarios de bancos, tratándose de una función pública que está al servicio de la sociedad, y no de determinados grupos de poder o élite política o económica.

(30) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su Sentencia No. 2015-006002, de las 9.05 a.m. del 29 de abril de 2015.

1. LA AUTORIZACIÓN DE DOCUMENTOS EN QUE COMPAREZCAN PARIENTES DEL NOTARIO Y EL CÓNYUGE

La imparcialidad es un presupuesto de la actuación notarial. El notario no puede comprometerse con los intereses de cualquiera de las partes del negocio que instrumentará. Su actuación no solo ha de ser objetivamente imparcial, sino también subjetivamente imparcial. "El notario sirve a la justicia en tanto en cuanto desempeña su oficio *sin parcialidad*. Precisamente para esto necesita el notario, en medida particular, la libertad interior. Esta peligra cuando está en relaciones personales estrechas con el asunto sometido a su actuación. Por esto está el notario totalmente *excluido* de su intervención en asuntos semejantes. Así, según los estrechos vínculos que le unan al asunto, no puede en modo alguno intervenir o puede rechazar su concurso; en último término, tienen también los interesados el derecho de recusarle.

"Con esto se cierra el círculo de las precauciones exigidas por el Estado de derecho, tomadas por el legislador para impedir que la actuación del notario sea determinada por otros influjos que los de la Ley y el Derecho" (31).

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su Sentencia No. 2015-006002 (32), de las 9.05 a.m. del 29 de abril de 2015, resolvió la acción de constitucionalidad interpuesta contra el artículo 7 c) del Código Notarial (33), en cuanto prohíbe que el notario pueda autorizar documentos públicos en los que intervengan como comparecientes parientes consanguíneos, en el caso se trataba de una sobrina de la accionante, quien acusa al mencionado artículo 7c) de conculcar lo previsto en los artículos 33 y 68 de la Constitución de Costa Rica. La accionante "(m)anifiesta que la norma, al prohibirle cartular en la circunstancia indicada, resulta discriminatoria y, además, la convierte en delincuente cuando

(31) Vid. GONNELLA, R., "El notario como órgano...", *cit.*, p. 203.

(32) Exp. 15-003832-0007-CO.

(33) "Artículo 7. **Prohibiciones**

Prohíbese al notario público: (...) c) Autorizar actos o contratos en los cuales tengan interés el notario, alguno de los intérpretes o los testigos instrumentales, sus respectivos cónyuges o convivientes, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos por consanguinidad o afinidad. Se entenderá que ese interés existe en los actos o contratos concernientes a personas jurídicas o entidades en las cuales el notario, sus padres, cónyuge o conviviente, hijos y hermanos por consanguinidad o afinidad, tengan o ejerzan cargos como directores, gerentes, administradores o representantes legales".

otorgó una escritura de manera objetiva e imparcial y de buena fe, lo cual ha dado lugar al inicio de un procedimiento disciplinario para suspenderla en el ejercicio del notariado”

La acción de inconstitucionalidad se sustenta en la posible vulneración que este precepto ofrece para el derecho al trabajo, el cual –considera la accionante– resulta restringido con la prohibición reafirmada en el Código Notarial de Costa Rica. A tal fin, responde la Sala de lo Constitucional aduciendo que la garantía al derecho del trabajo *“significa que los habitantes de la República se encuentran facultados para escoger entre el sinnúmero de ocupaciones lícitas la que más convenga o agrade al administrado para el logro de su bienestar y, correlativamente, el Estado se compromete a no imponerle una determinada actividad y respetar su esfera de selección. Por ende, el artículo 7 del Código Notarial no infringe el derecho al trabajo, porque no le impone a la accionante una determinada actividad laboral y tampoco le impide a ella –ni a ningún otro notario público– ejercer su profesión en general; tan sólo la limita respecto de cierta categoría de personas. Esa limitación, por sí, no es contraria al texto constitucional, desde que –como se sabe– ningún derecho fundamental es absoluto y puede sufrir restricciones impuestas por ley, siempre que éstas sean razonables y proporcionadas (...)”*.

Precisamente lo que se impone, desde una visión constitucional, es valorar, tal y cual hizo la Sala, si el contenido de la norma atacada es razonable y proporcionado o no, ya que sólo en caso negativo correspondería pronunciar su inconstitucionalidad. *“Para este fin, nota la Sala que el inciso c) del artículo 7 del Código Notarial consta de dos oraciones, cuyos enunciados se relacionan de manera que el segundo es extensión o aclaración del primero:*

i.– La primera frase dispone que es prohibido ‘Autorizar actos o contratos en los cuales tengan interés el notario, alguno de los intérpretes o los testigos instrumentales, sus respectivos cónyuges o convivientes, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos por consanguinidad o afinidad.’ El sentido de la restricción es evidente y sano: el cartulario y las otras personas enumeradas no deben beneficiarse de la actuación notarial; antes bien, el ejercicio de la fe pública debe ser absolutamente imparcial e independiente en todos los casos. Sobre este extremo de la norma no existe mayor consideración o reparo.

ii.– La segunda frase, desarrollando lo expresado en la anterior, señala que ‘Se entenderá que ese interés existe en los actos o contratos concernientes a personas jurídicas o entidades en las cuales el notario, sus padres, cónyuge o conviviente, hijos y hermanos

por consanguinidad o afinidad, tengan o ejerzan cargos como directores, gerentes, administradores o representantes legales'. Se advierte que, curiosamente, la prevención no se hizo extensiva –con mayor razón incluso– respecto de esas mismas personas en la medida en que éstas fuesen propietarias, accionistas o similares de la persona jurídica, puesto que en tales casos evidentemente también terminarían siendo ellas las receptoras de la ventaja o ganancia obtenida del negocio. Aun así, la restricción que en concreto se impugna es considerada razonable por la Sala, dado que es concebible que la administración de la persona jurídica en cuestión pueda favorecerse de la contratación plasmada en el instrumento notarial (...). De esta manera, el superior interés colectivo que existe en el hecho de que la función notarial se realice con máxima objetividad e independencia, dada la fe pública que en ella se deposita, justifica que se establezcan limitaciones como la del comentario". – O sea, como apunta MUÑOZ RIVERA "En toda actuación notarial debe guardarse una actitud equidistante y ecuánime. El desempeño de la función debe estar ajena de favoritismos, intereses o apasionamientos. (...). El notario no debe, en ningún caso, envolverle vínculo alguno con el objeto del servicio que presta. El concepto de interés es primordial (...) La palabra interés tiene un sentido amplio, entre otras, los de índole relativo a la personalidad, el honor y los vínculos familiares. (...). En una relación triangular el notario es impar en la composición, e impar en la actitud" (34). Lo que se busca en estos casos es un deber negativo, de abstención, un comportamiento omisivo, en aras de la seguridad jurídica, ineludible valor constitucional.

Igualmente, el notario ha de abstenerse de autorizar documentos públicos en los que los testigos instrumentales tengan vínculos de parentalidad con él. La *ratio prohibendi* se sustenta en los mismos argumentos esgrimidos con anterioridad. El testigo funge como un ente imparcial, que cuando concurre con carácter instrumental se convierte en contralor notarial, en tanto ha de aseverar sobre el cumplimiento de las formalidades y solemnidades notariales, o sea, ha de brindar testimonio de cuanto ha visto y ha escuchado en la audiencia notarial, cuya presencia para determinados instrumentos se hace *sine qua non*, si bien ello cada día se aminora, pues la fe pública notarial y su credibilidad se convierten en piezas claves para

(34) MUÑOZ RIVERA, Isidro, "La seguridad jurídica en el Derecho notarial", en *Revista de Derecho Notarial mexicano*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., No. 123, México, 2010, p. 40, en <http://biblio.juridicas.unam.mx>, consultada el 6 de septiembre de 2016.

la seguridad jurídica, sin que la presencia de los testigos instrumentales pueda ofrecer un valor añadido, aún así, los códigos civiles tienden a establecerlos en actos jurídicos solemnes como el testamento, reducto en el que aún encuentran asidero.

Tratándose por lo tanto de sujetos del instrumento público, cuya imparcialidad le es por esencia consustancial, no se conculca el principal constitucional de la igualdad cuando el legislador ordinario les veta la posibilidad de fungir como testigos instrumentales, pues en todo caso, tal prohibición es relativa, no es que se les impida *per se* fungir como testigos, sino que no pueden serlo cuando el notario tiene vínculos parentales con ellos. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica conoció de la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 42 del Código Notarial (Ref. 008287-99). El accionante alegaba que la norma recurrida contenía una prohibición que violenta el principio de igualdad contenido en el artículo 33 de la Constitución Política. A su juicio, siendo el parentesco el único motivo de exclusión resultaría una discriminación contraria a la dignidad humana. Estima la Sala –en criterio que comparto–, que *"la relación de parentesco, por el sólo hecho de serlo, crea una situación distinta entre quienes son parientes y quienes no lo son. Y si el legislador decidió excluir a los parientes del grupo de personas que puedan servir de testigos en un determinado acto notarial, no afecta con ello ningún derecho fundamental ya que no existe un derecho fundamental a actuar como testigo instrumental en un acto notarial. Decidir si la relación de parentesco es motivo suficiente para excluir a una determinada persona como testigo en tal tipo de actos, es una opción de política procesal adoptada por el legislador, que no lesiona el principio de igualdad"*.

2. ¿LÍMITES EN CUANTO A LA EDAD PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN?

¿Debe limitarse temporalmente el ejercicio de la función pública notarial? La respuesta a esta pregunta incluye dos temáticas verdaderamente muy polémicas, una que puede obedecer a razones políticas, y otra a razones puramente naturales.

En el primer supuesto nos encontramos con la singular regulación de la Constitución de Ecuador que dentro del continente se erige en la única que, además de regular en concreto la institución del notariado al igual que la de Colombia y la de Brasil, lo que no suele ser motivo o alcance de las constituciones, a diferencia de estas últimas, acota el período de ejercicio de la función notarial. En efecto, el artículo 200 dispone que *"Las notarias y notarios permanecerán*

en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez”, o sea, en el mejor de los casos los notarios ecuatorianos solo podrán ejercer la función notarial por doce años, período en que mínimamente se va alcanzando la mayor estabilidad en el ejercicio de una función como la notarial que requiere no solo de conocimientos jurídicos al más alto nivel, sino también de estabilidad no solo para el notario, sino también para los núcleos poblacionales a los cuales brinda el servicio.

Se trata de una norma constitucional que en cierta medida atenta contra la seguridad jurídica que brinda el notario(35). Téngase en cuenta el tiempo que se toma un profesional del Derecho para acceder a la función notarial, en países como Ecuador, con un notariado *numerus clausus*, que se evalúa –según este propio precepto constitucional–, según un “*concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social*”. La función notarial debe verse alejada de cualquier viso político, es una función técnica que constituye uno de los pivotes de la seguridad jurídica preventiva en los países del notariado latino. Una vez evaluada la solvencia y pericia técnica del concursante, sus méritos académicos y profesionales y su probidad moral, el ejercicio de la función notarial ha de ser vitalicio. En el entendido de que ha de ejercer la función hasta la edad que la ley establezca, en los ordenamientos jurídicos en que se dispone una jubilación obligatoria al arribo a cierta edad (*v.gr.*, los 70 o 75 años, por citar solo un ejemplo).

Por ello, a los ojos de los estudiosos del Derecho notarial puede resultar, digamos que “curioso”, la temporalidad del ejercicio de la función notarial en el Ecuador, con la sola posibilidad de un segundo sexenio, al estilo de los cargos políticos. Tomar como modelo estos últimos para el ejercicio de una función pública tan peculiar como la notarial, no es saludable de cara a la seguridad jurídica.

La otra arista del tema, igualmente peliaguda, y respecto de la cual sí hay pronunciamientos en el ámbito constitucional es el relativo a la fijación de una edad para la jubilación de los notarios.

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Formosa, en la República Argentina, en su sentencia de 16 de febrero de 2016(36),

(35) En la VI Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Quito, Ecuador, en 1993, en el tema IV, destinado a la función notarial, se arribó a la conclusión de que “La condición del Notario exige, por su esencia, que no sea de carácter temporal. Lo contrario implicaría impedir su perfeccionamiento a través del estudio y la experiencia”.

(36) Partes: S., C. O. Publicado en: LL Litoral 2016 (mayo), 20 de mayo de 2016, 9 –*La Ley*, 23 de junio de 2016, 7, con nota de Christian A. Cao;

resolvió el proceso interpuesto sobre inconstitucionalidad del artículo 19.1 del Decreto-Ley 719/79, por un notario de dicha provincia contra el aludido precepto legal, en cuanto este establece la edad de 75 años como causa de inhabilidad profesional para el ejercicio del notariado. El Superior Tribunal de Justicia local le hizo lugar. El agravante sostuvo que dicho límite etario no se sustenta en ningún argumento razonable y por lo tanto deviene arbitrario, debido a su generalidad y su falta de sustento racional. Para sustentar su fallo el tribunal se apoyó en el caso fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallo del 29 de noviembre 1983, en *La Ley*, 1984-A, p. 396). A su tenor, si bien *"no se desconoce la especial naturaleza de la función notarial y la necesidad de que la misma se encuentre reglamentada por el Estado, en tanto los Escribanos tienen la atribución de dar fe a los actos y contratos (CSJN Fallos: 325:2968 con cita de Fallos: 235:445; 311:506; 315:1370, entre otros), pero ni la concesión ni el retiro de la facultad asignada, puede sustentarse en una actitud caprichosa o desprovista de racionalidad y en el caso de autos 'la limitación temporal del ejercicio de la profesión aludida, no guarda adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, pues el solo hecho de alcanzar la edad de 75 años no revela ausencia de condiciones para cumplir la función encomendada' (cf. Fallo: 325:2968)"*.

Expresa el Tribunal *"Que tampoco es racional el argumento de la demandada, cuando sostuvo que la causal de inhabilidad, estaría sustentada en la necesidad de renovar con escribanos más jóvenes, los Registros Notariales, dando a estos últimos las oportunidades que ya tuvieron y usufructuaron los más longevos, fundamentalmente porque la 'inhabilidad' como tal, siempre está en función del sujeto al que va dirigida, como una especie de disminución de capacidad para el ejercicio de la función, la inhabilidad se juzga observando las condiciones del eventual inhabilitado, nunca en función de quienes en el futuro pueden acceder a la misma función. La inhabilidad no se puede sustentar en un trasvasamiento generacional, sino en una disminución de capacidad del sujeto a inhabilitarse, si el Estado aspira a dar mayores oportunidades a escribanos de menor edad, tiene a su alcance la creación de nuevos registros notariales, como de hecho, lo ha venido haciendo en los últimos años"*.

Por lo que *"Siendo así, resulta notorio que la disposición impugnada afecta el derecho a trabajar del actor, consagrado expresa-*

La ley 2016-D, 25, con nota de Christian A. Cao; DJ03/08/2016, 49. Cita Online: AR/JUR/3769/2016.

mente en el artículo 14 de la Constitución Nacional y en el artículo 29 de la Constitución Provincial, vulnerando también los tratados internacionales citados ut supra, que garantizan el derecho al trabajo y 'a la libre elección de su trabajo', como también se ha visto vulnerada la garantía de igualdad ante la ley (art. 16, CN y art. 9 de la Constitución local), por cuanto solo a los escribanos se los discrimina con la inhabilitación por edad”.

Sobre similar particular se ha pronunciado también el Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú (37) en Sentencia de 10 de agosto de 2010 que resolvió el proceso de inconstitucionalidad establecido por los Colegios de Notarios de Puno, San Martín y Lima contra el Decreto Legislativo No. 1049, del Notariado, publicado el 26 de junio de 2008. Entre otras normas impugnadas, se acusó como vicio de fondo, la inconstitucionalidad del inciso b) del artículo 21º del Decreto Legislativo cuestionado, que establecía la edad de 75 años para el cese de la función notarial, por vulnerar el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. Dicha afectación se produce, –según el criterio defendido por los actores– en la medida que el solo hecho de alcanzar la edad de 75 años no asegura la calidad del servicio y la seguridad jurídica que imparten, pues existen otras medidas menos gravosas que pueden lograr el mismo fin, como por ejemplo, la obligatoriedad de contar con exámenes o evaluaciones periódicas sobre el estado de las capacidades físicas y mentales, aplicándolas a los notarios que alcancen los 75 años de edad. En el mismo sentido, alegaron que un factor adicional que evidenciaba el efecto negativo del inciso b) del artículo 21º del Decreto Legislativo No. 1049, era que su aplicación provocaría, indefectiblemente, la violación de su derecho a la seguridad social, dejándolos en el desamparo al carecer de una jubilación que les asegurare una existencia digna, y ello porque, la mayoría de los notarios, en especial aquellos de mayor edad y muchos años en el desempeño de la función notarial (que sería a quienes directamente afectaría la norma cuestionada), son trabajadores independientes y, por lo tanto, no incorporados a ningún régimen laboral y menos pensionario. Ante este argumento, opuso la parte demandada que si bien es cierto que podría argumentarse que el problema de la actualización y diligencia de los notarios es independiente de la edad y que ello podría solucionarse con mecanismos menos intensos, como la evaluación periódica y la fiscalización constante del ejercicio de

(37) 00009-2009-PI/TC, 00015-2009-PI/TC, 00029-2009-PI/TC (acumulados).

la función notarial, sin embargo, existe una finalidad respecto de la cual no existe otra medida menos intensa que la imposición de una edad tope para el desempeño del cargo, lo que solo se logra con la equiparación del Notario a un funcionario público: la renovación parcial y periódica del cuadro de notarios. No existe, otra medida menos intensa, puesto que la salida alternativa, que sería la ampliación del número de notarios o la "liberalización" del ejercicio de la función notarial, supondría un socavamiento directo a la seguridad jurídica y a la confiabilidad que deben tener aquellos que ejerzan la función notarial.

El Tribunal sometió al test de igualdad el impugnado precepto, para ello realizó cinco pasos, primero, a los efectos de verificar la diferenciación legislativa, se analizó *"si el supuesto de hecho acusado de discriminación es igual o diferente al supuesto de hecho que sirve de término de comparación (tertium comparationis). De resultar igual, la medida legislativa que contiene un tratamiento diferente deviene en inconstitucional por tratar diferente a dos supuestos de hecho que son similares. De resultar diferente, entonces debe proseguirse con los siguientes pasos del test de igualdad, pues el hecho de que se dé un tratamiento legislativo diferente a dos situaciones jurídicas distintas no implica que tal medida sea constitucional, pues debe aún superar los siguientes pasos del mencionado test"*.

El Tribunal Constitucional de Perú tuvo en cuenta que la situación jurídica a evaluar se encontraba constituida por el artículo 21 inciso b) del Decreto Legislativo No. 1049, según el cual los notarios que cumplan 75 años de edad (supuesto de hecho) cesan en el cargo (consecuencia jurídica). La situación jurídica que funcionaría en este caso como término de comparación estaba constituida por la norma que se desprende del mencionado artículo 21 inciso b) según la cual los notarios que aún no cumplan 75 años de edad (supuesto de hecho) no cesan en el cargo (consecuencia jurídica). Realizado el respectivo examen, el Tribunal consideró que *"se aprecia la aplicación de distintas consecuencias jurídicas a dos situaciones de hecho que, a su vez, también resultan diferentes"*.

Conforme con el *segundo paso* (determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad), alegó el Tribunal que *"cabe destacar que, al tratarse del impedimento del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de trabajo y el libre desarrollo de la personalidad, se verifica que la intervención legislativa tiene una intensidad grave"*.

Y en relación con el *tercer paso* (verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación), *"debe precisarse que de*

una interpretación teleológica de los extremos de la disposición cuestionada se desprende que esta tiene como finalidad 'optimizar el pleno uso de las capacidades del notario en el desempeño de la función notarial'. En consecuencia, la medida estatal cuestionada supera el tercer paso del test de igualdad".

En cuanto al *cuarto paso* (examen de adecuación), refuerza el Tribunal Constitucional que "es necesario precisar que la medida estatal diferenciadora (los notarios cesan a los 75 años de edad) resulta adecuada para conseguir el fin que se pretende, como es 'optimizar el pleno uso de capacidades en el desempeño de la función notarial'".

Respecto del *quinto paso* (examen de necesidad), "cabe mencionar que en el presente caso, tratándose de disposiciones legales que limitan el ejercicio de derechos fundamentales como al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad, se requiere de un juicio de igualdad estricto, según el cual, como se ha expuesto, se exige que la medida adoptada por el Legislador, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo".

El Tribunal Constitucional estimó "que la medida estatal cuestionada, que limita el derecho a la libertad de trabajo y al libre desarrollo de la personalidad de aquellos notarios que han cumplido los 75 años de edad, no resulta absolutamente necesaria para la consecución del fin que se pretende (optimizar el pleno uso de capacidades en el desempeño de la función notarial), pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas de los aludidos derechos fundamentales".

"Por tanto, es necesario precisar que debe entenderse como responsabilidad del Colegio de Notarios garantizar a la sociedad la aptitud y rigurosidad de los exámenes médicos (físicos y psicológicos), que certifiquen la capacidad del notario para dirigir su oficina, y verificar la autenticidad y legalidad de cada uno de los procedimientos sometidos a su control. Para ello, el Colegio de Notarios deberá acordar y publicar en un breve lapso, la modalidad del sistema de evaluación médica a partir de determinada edad, a cargo de comisiones médicas que brinden verosimilitud y legitimidad al resultado".

Concluye el Tribunal Constitucional que "(...) no habiendo superado el quinto paso del test de igualdad y en consecuencia haber establecido una diferenciación desproporcionada e irrazonable, el artículo 21º, inciso b) del Decreto Legislativo N.º 1049, resulta inconstitucional por vulnerar el principio-derecho de igualdad".

A juicio del Tribunal "(...) *la expulsión del ordenamiento jurídico del mencionado inciso b) del artículo 21º no genera inseguridad jurídica respecto de la verificación de la capacidades para ejercer la función notarial pues se puede lograr mediante la aplicación del artículo 10º inciso f) del Decreto Legislativo N.º 1049 que exige como un requisito para ser notario, 'Estar física y mentalmente apto para el cargo'*".

No obstante, el test de igualdad aplicado a la norma por el Tribunal Constitucional, no es tan radical ese fundamento, de modo que no se establezca una edad tope para el ejercicio de una función como la notarial. Destaca en este orden el voto particular que sobre dicho tópico emitió el magistrado VERGARA GOTELLI (38). En ella manifiesta que en relación con los notarios, *"si bien estos actúan de manera privada conformando un servicio especial que estando en función de las necesidades de la sociedad el legislador ha considerado que éste debe sujetarse al límite de los 75 años como está en la ley que se pretende declarar inconstitucional. (...) (L)a función notarial cumple una importantísima labor pública al servicio de la sociedad, lo que ha hecho que el legislador disponga determinadas exigencias, en veces extraordinarias, en la necesidad de asegurar que el notario pueda realizar una labor eficaz. Para esta eficacia se requiere desde luego idoneidad tanto profesional, moral y física. Sabemos que la única manera de asegurar la eficacia psicosomática se da en relación a la edad, lo que no significa necesariamente que un hombre no pueda superar con lucidez y competencia los 75 años en su edad, como que tampoco podemos asegurar que una persona de menos años pueda ofrecer el estado ideal que todos quisiéramos para el notariado, pero lo cierto es que poniendo estos topes se evita la decisión de la propia administración cuando sabemos que por amistad o por error pueden presentarse casos que ya se han presentado y que han quedado en el recuerdo considerando a notarios inservibles por viejos o por enfermos pero que teníamos que aceptarlos en su función en algunos casos hasta la muerte. Quiero con esto explicar que si la función notarial es ciertamente privada por ser gerenciada particularmente por su peculio por el propio notario, sin embargo tratándose de una función pública al servicio de la sociedad es que no se puede permitir que una persona con esta responsabilidad ten-*

(38) Es dable apuntar que esta posición es asumida por varias normas notariales, que establecen una edad límite para el ejercicio del notariado, así el Estatuto do Notariado, de Portugal, en su artículo 43 que lo fija en los 70 años.

ga que subsistir en el cargo hasta su muerte. Por todo esto es que estoy de acuerdo con el tope de 75 años para la culminación en el notariado para todos los casos”.

Y para más argumento sostiene el magistrado en su voto particular que “Por las razones antes expuestas (...) no podemos entender como inconstitucional esta norma al fijar para este servicio público especial el tope en la edad del notario, que como expresamos se trata de una función que se ha querido garantizar en sus bondades. 75 años para quienes ejercen dicha función es a no dudarle una edad aparente sin distinguir la posibilidad de que una persona sin llegar a esa edad pueda estar acabada antes, teniendo en cuenta además que el avance de la ciencia y la tecnología hace que unas u otras personas hoy en día puedan ser consideradas jóvenes, evitándose en estos casos la singularidad de los exámenes periódicos que sí pueden pedirse cuando las circunstancias lo aconsejen”.

3. LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO

¿Es la ciudadanía un presupuesto para el ejercicio del notariado? ¿Solo pueden ejercer los súbditos de un Estado la función pública notarial? ¿El veto que a tal efecto se suele erigir por los legisladores ordinarios conculcan el principio constitucional de la igualdad y el de la no discriminación?

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Ref. 2093-93) conoció de la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley No. 39/1943 y sus reformas, Ley que regía la función notarial antes de la aprobación del Código Notarial de Costa Rica, hoy vigente. La accionante solicitaba se anulara del ordenamiento jurídico la prohibición que impedía a los abogados el ejercicio del notariado en razón de su origen extranjero. Considera en tal orden, que esa prohibición es discriminatoria y contraria a los principios de igualdad y no discriminación protegidos por la Constitución de Costa Rica –artículos 19 y 33–, y en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial. Asimismo, estimó que la norma impugnada viola el derecho al trabajo, contenido en el artículo 56 de la Constitución Política de Costa Rica, artículo 1.1 y artículo 23 del Convenio de la O.I.T., relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y artículos 6incisos 1) y 5) del Pacto Internacional de De-

rechos Económicos Sociales y Culturales. La Sala declaró con lugar la acción sobre la base de que si bien *"la función notarial es pública, (...) no hay fundamento alguno para entender que el ejercicio de funciones públicas es privativo de los costarricenses, y excluye la participación de extranjeros. –. Si el extranjero que tiene la calidad de abogado incorporado al respectivo Colegio, puede ejercer su profesión en Costa Rica, no hay razón suficiente, evidentemente, para explicar por qué no ha de acceder a la función notarial. Al violarse el derecho a la igualdad en los términos expuestos, es lógico que por tratarse de una función laboral, se afecte también el derecho al trabajo, porque éste debe comprenderse en armonía con el principio de igualdad"*.

VI. LA FUNCIÓN NOTARIAL. NATURALEZA JURÍDICA. EL SERVICIO NOTARIAL COMO FUNCIÓN PÚBLICA. LA TESIS DE LA DESCENTRALIZACIÓN POR COLABORACIÓN

Varias han sido las tesis que se disputan la naturaleza de la función notarial. Entre ellas por la trascendencia que ha tenido no solo para España sino para la órbita de los ordenamientos jurídicos en los que ha irradiado, la que se colige adopta la Ley Orgánica del Notariado español de 1862. Como expone RODRÍGUEZ ADRADOS "La función notarial está caracterizada, como el Notariado todo, por aquella especial complejidad (...), debida a la confluencia, a la permanente actuación, de factores públicos y de factores privados. Se trata de poner de relieve ciertos aspectos fundamentales de la función pública que el Notario ejerce, originados por la incidencia de su actuación profesional: función pública y función privada, en efecto, no aparecen yuxtapuestas, sino que la función privada del Notario penetra en su función pública y la dota de una naturaleza especial, hace que no sea ya una 'pura' función pública. En otras palabras, vamos a seguir tratando de la función privada del Notario, pero no en sí misma considerada, sino en conexión con su función pública, fundiéndose con ella y dando así lugar al nacimiento de la verdadera función notarial, única e inescindible (...)"(39). Esa inescindibilidad es la piedra angular desde la cual hay que calibrar la función notarial. No se trata de una mera función pública más, sino de una función pública, dotada de cierta singularidad, por la presencia de un componente priva-

(39) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "El Notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", en *Revista de Derecho Notarial*, No. 107, enero-marzo 1980", p. 377.

do ineludible, palpable en la manera en que el notario ejerce el notariado y que con matices variopintos ha sido analizada en diversas sentencias de cortes y tribunales constitucionales iberoamericanos. Se trata de una simbiosis lograda con una perfección "cuasidivina". Como expone el propio RODRÍGUEZ ADRADOS al defender este concepto de la inescindibilidad entre lo público y lo privado en la función notarial, tales elementos "se han fundido en una realidad nueva", "(l)as funciones públicas del notario vienen, por tanto, modalizadas por sus actividades privadas, de jurista, potenciándolas. Y lo mismo sucede al contrario; su actuación privada también resulta afectada por su función pública, recibiendo la impronta de la imparcialidad; porque el notario, un solo notario (...) tiene que cuidar a la vez de los intereses de las dos partes, buscando su punto de equilibrio, su voluntad 'común'; y por tanto el notario tiene que ser imparcial en virtud de la esencia misma de su profesión, y no sólo por razones de ética profesional" (40).

De modo que –sigue sosteniendo el docto notario– "Por ese íntimo entrecruzamiento no se pueden escindir dentro de la función notarial lo que teóricamente (...), sólo teóricamente, cabría considerar como funciones públicas o como actuaciones profesionales privadas; un Notariado de pura función pública dejaría desatendidos los intereses privados y no pasaría de la corteza de los negocios jurídicos; y unos notarios privados, meramente profesionales, quedarían absorbidos por la abogacía, serían abogados y no notarios" (41).

GARRIDO CHAMORRO con una visión más economicista del notariado de cara a la contratación apuesta, también dentro de la doctrina española, por *el recurso a modelos híbridos o intermedios, en los que se equilibren correctamente las notas pública y privada* que están presentes hoy en la figura. Una decantación excesiva hacia un modelo de notario funcionario sofocaría las posibilidades de una actuación asesora del notario, por tanto creadora del Derecho y configuradora del contrato en la actuación de intermediación transaccional entre las partes. Y una desproporcionada inclinación hacia un modelo de notario, exclusiva o predominantemente profesional (o más aún, como perversamente se ha propuesto por algunos, empresarial), acentuaría de tal forma los vínculos de dependencia del notario respecto del demandante con el que hubiera llegado a es-

(40) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "De nuevo sobre la inescindibilidad notarial", en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 21, Consejo General del Notariado español, Madrid, enero-marzo 1997, pp. 162-163.

(41) *Idem*, p. 163.

tablecer relaciones de clientela que imposibilitaría una eficaz actuación equilibradora entre las dos partes del contrato y controladora de la legalidad, que constituyen seguramente la principal fuente de utilidad social de la actuación notarial” (42).

Igualmente DELGADO DE MIGUEL se afilia a la tesis defendida por RODRÍGUEZ ADRADOS y que tanto peso tiene en España y fuera de ella (43), al igual que TAMAYO CLARES (44). Esta posición también tiene su reflejo en el Derecho notarial comparado (45).

Sin embargo, esta posición defendida de inescindibilidad de los componentes público y privado de la función notarial ha sido ripostada, en cierta medida, por otros autores, entre los que destaca MAGARIÑOS BLANCO, quien defiende la idea de que la función notarial es netamente pública, siendo los elementos de naturaleza privada aducidos, presupuestos al modo de eslabones de una misma cadena, de esencia pública. En su criterio, “el notario actúa ejerciendo una función pública de modo unitario. No ejerce, además de la fe pública, una actividad yuxtapuesta o superpuesta o fundida con la de funcionario, la de profesional”, “(e)l aspecto profesional ha de entenderse, a mi juicio –sigue sosteniendo el autor–, en el sentido estricto de que para realizar la función de notario es básica su formación como jurista, su actuación como conocedor del Derecho para su aplicación, como ‘profesor’, como decían los autores que primero reflexionaron sobre la función notarial después de publicada la Ley del Notariado, sin que se pueda ir más lejos y entender que se trata de una función privada agregada, y menos una actividad liberal, al margen de su carácter de funcionario, al margen de su función pública, sino de una actividad más, integrada en la función pública

(42) GARRIDO CHAMORRO, Pedro, “La función notarial, sus costes y sus beneficios”, en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 37, Consejo General del Notariado español, Madrid, enero-marzo 2001, p. 17.

(43) DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, “La función notarial”, en *Revista Jurídica del Notariado*, II extraordinario, Consejo General del Notariado español, 1993, pp. 231 y ss.

(44) TAMAYO CLARES, Manuel, *Temas de Derecho Notarial*, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001, pp. 16-18.

(45) Es paradigmática la formulación del Estatuto do Notariado, de Portugal (Decreto-Lei Nº 26/2004, de 4 de Fevereiro), regulador de la naturaleza del notario, que dispone en su artículo 1:

“2 – O notário é, simultaneamente, um oficial público que confere autenticidade aos documentos e assegura o seu arquivamento e um profissional liberal que actúa de forma independente, imparcial e por livre escolha dos interessados.

3 – A natureza pública e privada da função notarial é incindível”.

notarial" (46), expresión ineludible de lo polémica que resulta la discusión en torno a la naturaleza de la función notarial lo que se hace palpable al estudiar los criterios manejados en las sentencias de los tribunales y cortes constitucionales, en lo cual, sin dudas, también influye la propia orientación de las leyes que organizan la función notarial en los distintos países pertenecientes al notariado latino.

En su Sentencia de las 11.00 horas de 7 de octubre de 2011 la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador conoció del proceso constitucional promovido por el ciudadano J. R. A. L., a fin de que se declarare la inconstitucionalidad, por vicio en su contenido, del artículo 145.1º de la Ley Orgánica Judicial (LOJ), dictada mediante Decreto Legislativo No. 123, de 6 de junio de 1984, por la supuesta contradicción al artículo 182.12º de la Constitución Nacional. En ella la Corte deja dicho que: *"La función notarial es la actividad jurídico-cautelar cometida al notario, que consiste en dirigir imparcialmente a los particulares en la individualización de sus derechos subjetivos, con el fin de dotarlos de certeza jurídica conforme a las necesidades de tráfico y de su prueba eventual.*

"En términos teleológicos la finalidad del notariado se justifica en función de la seguridad jurídica requerida por la sociedad, la cual se obtiene gracias a la dación de fe".

En su Sentencia C-741/98, de 2 de diciembre de 1998 (Magistrado Ponente: Martínez Caballero), la Corte Constitucional de Colombia considera a la función notarial *"no sólo un servicio público sino (...) también (...) desarrollo de una función pública (...)".*

"El servicio notarial implica (...) el ejercicio de la fe notarial, por cuanto el notario otorga autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante él y da plena fe de los hechos que él ha podido percibir en el ejercicio de sus atribuciones.

"Esta finalidad básica del servicio notarial pone en evidencia que los notarios no desarrollan únicamente un servicio público, como podría ser el transporte o el suministro de electricidad, sino que ejercen una actividad, que si bien es distinta de las funciones estatales clásicas, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, no puede ser calificada sino como una verdadera función pública.

"Algunos sectores de la doctrina consideran incluso que la función notarial es una suerte de administración de justicia preventiva, ya que la autenticidad de los documentos y la presunción de veracidad sobre los hechos evita numerosos litigios que podrían surgir en caso

(46) MAGARIÑOS BLANCO, V., "La función notarial...", *cit.*, p. 198.

de que hubiese incertidumbre sobre tales aspectos. El notario ejerce entonces una actividad complementaria a la del juez, ya que el primero previene los litigios que el segundo debería resolver”.

Para la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su Sentencia de las 9.05 horas del 29 de abril de 2015 (Ref. No. 2015-006002) *“...el notariado es una función pública que se realiza de manera privada (...). Por su naturaleza jurídica, esta función debe ejercerse dentro de las potestades y limitaciones que el ordenamiento jurídico dispone y le corresponde al Estado, a través de los mecanismos que considere adecuados, velar por el adecuado cumplimiento de los deberes y obligaciones de los notarios.*

“ (...) la investidura del notario solo se logra cumpliendo los supuestos y requisitos exigidos por la ley, de ahí que su habilitación formal supone una relación de sujeción especial. Aunado a lo anterior, tampoco puede obviarse que se trata de una función pública que se ejerce de forma personalísima”.

Para el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en su Acuerdo de 27 de enero de 2004 (47)(sexto Considerando), el notariado: *“Se trata de una institución de carácter especial, ya que si bien desde su inicio se ha conferido la autorización para su ejercicio por parte del Estado, así como su regulación, no se identifica al notario como un servidor o funcionario público (...). O sea, es “una función de orden público, a cargo de un profesional del derecho, al que se enviste de fe pública, mediante la expedición del fíat correspondiente por parte del Estado (...). El notario debe desempeñar personalmente su función, en forma obligatoria, cuando sea requerido; dicha función si bien se ha modificado a través de la historia, ha consistido fundamentalmente en hacer constar los actos, hechos o voluntades de las personas que ante él intervienen, para darles certeza y autenticidad, así como asesorarlos. (...) Por tratarse de una función de orden público, es el Estado el que expide la regulación de la función notarial y le corresponde determinar el número de notarías y su vigilancia; por lo que es el Poder Ejecutivo, en su nombre, el que expide la patente de aspirante y de notario;*

(47) Al conocer de la acción de inconstitucionalidad 11/2002, promovida por los diputados integrantes de la 56ª Legislatura del Congreso del Estado de Jalisco en la que solicitaron la invalidez en lo general del Decreto número “19471”, publicado en el Periódico Oficial *El Estado de Jalisco* de fecha 18 de abril de 2002, mediante el cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversos artículos de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco. Ministro ponente: Román Palacios.

verifica el cumplimiento por parte de los notarios de la legislación correspondiente; y tratándose de irregularidades en el desempeño de dicha función, puede sancionarlo, inclusive con la revocación de dicha patente. (...) El notario debe satisfacer los requisitos que el Estado establezca para otorgar la patente respectiva, entre los que destacan según su evolución, los relativos a su capacidad, a ser ciudadano mexicano por nacimiento, licenciado en derecho, vecino del lugar al que se encuentre adscrito, sin impedimentos físicos, y su moralidad. (...) La función notarial se ha considerado incompatible con cargos o empleos públicos, dado que es de orden público y por virtud de la importancia que respecto de la certeza y seguridad jurídica revise”.

De lo anterior deriva que, como se apuntó, *“conforme al sistema jurídico mexicano la institución del notariado es totalmente sui generis, ya que se encomienda para su desempeño a particulares, licenciados en derecho, mediante la expedición de la patente respectiva, después de haber presentado los exámenes de oposición correspondientes; empero, se trata de una función de orden público, toda vez que el notario actúa por delegación del Estado, con el objeto de satisfacer las necesidades de interés social: autenticidad, certeza y seguridad jurídica de los actos y hechos jurídicos; por tanto, es un servicio público regulado por el Estado, de ahí la obligación del notario para actuar y prestar sus servicios cuando sea requerido (...). El notario es una persona que por disposición de la ley recibe la fe pública del Estado, por un acto de delegación. Asimismo, el notario está facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen actos y hechos jurídicos, por lo que éstos al ser certificados por el notario tienen el carácter de auténticos, y valen ‘erga omnes’, esto es, con efectos generales, además debe asesorar a los otorgantes y comparecientes”.*

Asimismo, el Tribunal Pleno de la Corte Suprema de Justicia de México hace especial énfasis en puntualizar de que *“aun cuando se trata de una función de orden público, que originalmente corresponde al Estado, el notario no se identifica con un funcionario o servidor público, en atención a las siguientes características:*

1.- *No existe relación jerárquica con los Poderes del Estado, particularmente con el Ejecutivo, dado que no pertenece a la administración pública federal centralizada; ni tampoco se identifica con la administración pública descentralizada, ya que el notario no cuenta con personalidad jurídica propia, ni su función se identifica con la de las entidades paraestatales.*

En este orden se afilia a la tesis de que no se considera al notario como servidor público *"pues no detenta un cargo de elección popular, ni se trata de un funcionario o empleado, así como tampoco desempeña un cargo o comisión en la administración pública centralizada ni paraestatal (...); aunado a lo anterior(...), la propia legislación notarial ha establecido la incompatibilidad del ejercicio notarial con cargos públicos o de elección popular, lo que corrobora que no se trata de un empleado o funcionario público.*

"2.- *Su remuneración no proviene del erario público, sino del particular que acude a solicitar la prestación de sus servicios, de acuerdo al arancel respectivo.*

"3.- *El notario actúa a petición de parte, sólo presta sus servicios cuando una persona física o moral interesada en el otorgamiento de una escritura o en hacer constar un hecho o un acto jurídico, se lo solicita, y como se ha precisado la actuación notarial es obligatoria, sólo puede excusarse en los casos que la legislación prevea (...)"*.

Esta posición no siempre fue compartida por algunos representantes de la doctrina mexicana. Para ARCE Y CERVANTES el notariado comporta un servicio público, si bien sustraído de las normas del Derecho administrativo, cuya atipicidad viene dada en que el Estado como titular de la función pública de autenticación la delega en profesionales liberales, que, –a juicio del autor y criterio que comparto–, logran la amalgama perfecta entre funcionario público en cuanto tienen la fe pública y profesores libres en cuanto a su actividad y aspecto profesional(48). En la propia doctrina mexicana GARCÍA VILLEGAS considera que la función notarial "(p)osee una naturaleza compleja: es pública en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la Ley, que obran en reconocimiento público de la actividad profesional de notario y de la documentación notarial al servicio de la sociedad. De otra parte, es autónoma y libre, para el notario que la ejerce, actuando con fe pública"(49).

Para la Sala Plena del Tribunal Constitucional de Bolivia, en su histórica Sentencia 1620/2014, de 19 de agosto, cuyo magistrado relator lo fue Flores Monterrey (Ref. expediente 06259-2014-13-AIA)(50)*"El servicio notarial puede ser definido como el servicio pú-*

(48) *Vid.* ARCE Y CERVANTES, Ignacio, "La autonomía del Derecho notarial", en <http://biblios.juridicas.unam.mx>, consultada el 6 de septiembre de 2016, p. 267.

(49) GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, "La función notarial", p. 2, en www.orden-juridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/Eventos/.../27.pd, consultado el 2 de septiembre de 2016.

(50) Se trató la acción de inconstitucionalidad abstracta interpuesta por

blico a cargo de autoridades públicas o personas particulares, que por delegación del Estado, tienen la potestad de dar fe pública de aquellos hechos y actos jurídicos a requerimiento de la población. (...) (U)na de sus notas distintivas es que gran parte de la función notarial se desarrolla por particulares, en virtud del principio de descentralización por colaboración que se constituyen en depositarios de la fe pública.

"La función notarial no se halla identificada con ninguna de las funciones clásicas de los Órganos de poder (Judicial, Ejecutivo o Legislativo), pues si bien en el Sistema Anglosajón y en el Sistema Latino, la función notarial es distinta, en ninguna de las dos se ha asimilado que ésta tenga características jurisdiccionales, que hagan que la misma tenga que formar parte del Órgano Judicial, más al contrario, en el Sistema Anglosajón su ubicación parece tener mayor afinidad con el Órgano Ejecutivo.

"De todo ello, es posible desprender los elementos característicos del servicio notarial diseñado por la Ley del Notariado Plurinacional, entre los que tenemos: 1) Es una potestad delegada por el Estado a particulares o servidores públicos para otorgar fe pública notarial; 2) Tiene la facultad para tramitar la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas en la vía voluntaria notarial; 3) Se define como un servicio extra judicial pues toda la potestad de ejercicio notarial escapa a la labor de juzgamiento, y más bien se ocupa de dar fe de la voluntad de las personas; y, 4) Su estructura orgánica se halla bajo tuición de instancias del Órgano Ejecutivo".

La Corte Constitucional colombiana en su Sentencia C-181 de 1997, de 10 de abril (Ref. expediente D-1450) que resolvió el proceso interpuesto interesándose la inconstitucionalidad del artículo 2º (parcial) del Decreto 960 de 1970 que regula el estatuto del notariado y de la que fue magistrado ponente: Morón Díaz, en relación con la naturaleza de la función notarial deja dicho que la Constitu-

J. L. G. Z., diputado de la Asamblea Legislativa Plurinacional, demandando la inconstitucionalidad de los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 14.I, III y IV, 18 incs. g), j) y l), 34.I en la frase "La Dirección del Notariado Plurinacional y las Direcciones Departamentales", 84.III y IV en las frases "con autorización de la Dirección Departamental" y "previa autorización de la Dirección Departamental" respectivamente, 85 en la frase "previa autorización de la Dirección Departamental", 99, 100, 101, 110, 111, 112, las Disposiciones Transitorias Segunda, Quinta, Sexta y Séptima y las Disposiciones Finales Primera y Segunda de la Ley del Notariado Plurinacional; por ser presuntamente contrarios a los artículos 12.I y III, 120.I, 178.I y 193.I de la Constitución Política del Estado.

ción colombiana (artículo 131) *"instituye la función notarial como un servicio público en el que se advierte una de las modalidades de la (...) descentralización por colaboración, ya que la prestación de ese servicio y de las funciones inherentes a él ha sido encomendada, de manera permanente, a particulares. Las atribuciones de las que han sido investidos los notarios implican su sometimiento al régimen jurídico fijado por el legislador y aparejan el control y la vigilancia que ejerce el Estado, encargado por el Estatuto Fundamental de asegurar la eficiente prestación de los servicios públicos, de promover el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y de garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares"*.

En su Sentencia C-1508/00, de 8 de noviembre (Magistrado ponente: Charry Rivas, Ref.: expediente D-2967), que ventiló la acusación del aparte normativo del artículo 10 del decreto 960 de 1970, modificado por el artículo 21 de la ley 29 de 1973, la Corte Constitucional colombiana identifica como notas distintivas de la actividad notarial, el ser: *"(i) un servicio público, (ii) de carácter testimonial, (iii) que apareja el ejercicio de una función pública, (iv) a cargo normalmente de los particulares, en desarrollo del principio de descentralización por colaboración y (v) a los cuales les otorga, la condición de autoridades"*(51).

En ella se define el alcance de la descentralización por colaboración, donde la Corte ha ubicado la función notarial como aquellos *"casos en que el Estado decide acudir al apoyo de los particulares en el desempeño de algunas de sus funciones, cuando su manejo exige el concurso de personas con una formación especializada, de quienes no siempre dispone la administración, o cuando los costos y el esfuerzo organizativo que requiere el montaje de una estructura técnica adecuada para llevar a cabo la prestación del servicio especial, resulta fiscalmente onerosa y menos eficiente, que la opción de utilizar el apoyo del sector privado (...) mediante su aplicación el Estado soluciona la atención de una necesidad pública, por fuera del esquema tradicional de atribuir a un organismo público el manejo de la función que exige el cumplimiento de un determinado cometido"*.

A juicio de la Corte, *"Según se deduce del art. 131 de la Constitución, la actividad notarial es un servicio público en razón de que constituye una labor destinada a satisfacer, de manera continua y*

(51) Reiterado después en la Sentencia C-1159/08, de 26 de noviembre (Magistrado ponente: Araújo Rentería).

obligatoria, una necesidad de interés general, como es la función fedante, sometida a un régimen jurídico especial, bien ella se preste por el Estado o por los particulares(52). Los servicios públicos, según nuestro ordenamiento jurídico, son inherentes a la finalidad social del Estado, en virtud de lo cual asume éste la responsabilidad de asegurar su prestación eficiente. Vistos desde esta perspectiva, debe admitirse que la prestación de los servicios públicos hace parte y se traduce como expresión del Estado Social de Derecho (...) la actividad notarial, como ejercicio de un servicio público, este sometida a un régimen jurídico preciso y exigente establecido por la ley y sometido, además, al control y vigilancia que ejerce el Estado en virtud de las potestades que le reconoce.

"Ahora bien, las atribuciones de las que han sido investidos los notarios implican su sometimiento al régimen jurídico fijado por el legislador y aparejan el control y la vigilancia que ejerce el Estado, encargado por el Estatuto Fundamental de asegurar la eficiente prestación de los servicios públicos, de promover el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y de garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares (artículos 365, 366 y 2 de la C.P.)".

La jurisprudencia de esta Corte ha analizado en varias oportunidades problemas jurídicos que le exigen definir la naturaleza jurídica de las funciones que desempeñan los notarios(53), *"su condición como colaboradores del Estado, el sentido y finalidad de la función fedante y el ámbito de competencias del legislador para configurar la regulación sobre la materia"*.

En su Sentencia C-977/10, de 1º de diciembre (Ref.: expediente D-8133, Magistrado ponente, Mendoza Martelo)(54), la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana, se explaya una vez más sobre la naturaleza de la función notarial, la cual, a su parecer, corresponde *"a un servicio público, de carácter eminentemente testimonial, actualmente prestado por quienes, en desarrollo del principio*

(52) Criterio reiterado después en la Sentencia C-093/98, de 18 de marzo (Magistrado ponente: Naranjo Mesa).

(53) La naturaleza jurídica y los rasgos característicos de las funciones desempeñadas por los notarios, han sido objeto de varios pronunciamientos de esta Corporación. Así en la sentencias C-1159 de 2008 y C-1212 de 20001, M.P. Jaime Araújo Rentarúa; en la sentencia C-1508 de 2000, M.P. Jairo Charry Rivas; sentencia C-741 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; y sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

(54) Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 143 del Decreto 960 de 1970, *"Por el cual se expide el Estatuto del Notariado"*.

de descentralización por colaboración, se les asigna la condición de autoridades encargadas de la fe pública” (55).

En criterio de la Corte, la función notarial *“debe ser entendida principalmente como una función testimonial de autoridad, que implica la guarda de la fe pública, teniendo en cuenta que el notario, en virtud del servicio que presta, debe otorgar autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante él, y en consecuencia, dar plena fe de los hechos que ha podido percibir en el ejercicio de tales competencias (56).*

“La importancia de la función testimonial del notario y del cometido que ella cumple que, precisamente, consiste en dar fe y en otorgar autenticidad sufren notorio menoscabo cuando la persona que ejerce el cargo ha accedido a él mediante la aportación de certificados o declaraciones manifiestamente apócrifos, de modo que la relevancia de la función y de sus finalidades contribuye a otorgarle pleno sentido a la separación de plano prevista en el artículo demandado”.

VII. EL NOTARIO ¿ACASO UN FUNCIONARIO PÚBLICO? ¿UN SERVIDOR PÚBLICO? ¿UN PROFESIONAL DEL DERECHO QUE EJERCE UNA FUNCIÓN PÚBLICA?

La verdadera naturaleza del notario ha sido debatida a lo largo de la evolución de la institución y se pierde en la noche oscura de los tiempos. Entre los notarios alemanes se ha dicho que el notario es *“titular de un oficio público cualificado”, negándose que sea un empleado del Estado, “Su nombramiento es vitalicio, no puede ser privado de su oficio, ni, sin su consentimiento, trasladado a otro oficio, ni, finalmente, recibe su remuneración del Estado”, “El notario es, por su oficio, un órgano de la Administración de justicia creado especialmente para su misión” (57).*

En la doctrina española GIMÉNEZ ARNAU, si bien partidario de considerar al notario como un funcionario público, no le atribuye, sin embargo, naturaleza de funcionario del Estado. El Estado delega en él el ejercicio de la fe pública, pero tal delegación –a juicio de este autor–, no le hace un funcionario administrativo. *“Toda función pública tiene matiz administrativo en cuanto supone aplicación de*

(55) Cfr. también Sentencias C-1212 de 2001, C-166 de 1995 y C-1508 de 2000, entre otras.

(56) Cfr. Sentencia C-399 de 1999.

(57) *Vid.* GONNELLA, R., *“El notario como órgano...”*, *cit.*, pp. 200, 203 y 205.

medios a fines, pero la actividad notarial, como la judicial, no tiene ese marcado carácter administrativo que suele acompañar a otros funcionarios sometidos a la jerarquía no solo en razón a los fines que cumplen, sino en la realización de su función típica, cosa que no sucede al Notariado, independiente de todo superior en su actuación profesional” (58).

ROAN MARTÍNEZ y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ ahondan en esta posición en el sentido de que aun cuando “... el Notario sea funcionario público no quiere decir que se convierta en funcionario de la Administración del Estado. El Notario no depende, en el ejercicio de su función, de la misma. Tiene frente a ella una posición independiente parangonable a la de los Órganos judiciales. Como ellos, somos y tenemos que ser independientes, ya que somos un control del Estado de Derecho. Piénsese si no en la intervención imparcial y controladora del Notario en los contratos o actos en que es parte la Administración del Estado”, “por nuestra función tenemos una obligación de servicio, más profunda para el cumplimiento de los fines del orden jurídico que los simples particulares. Nuestra cooperación debe ser auténtica para que se realicen en la sociedad los fines a que tiende el ordenamiento jurídico. Esto no quiere decir que el Notario, a través de la libertad no deba canalizar y formar el derecho que se vive en la sociedad” (59).

En la doctrina española más reciente, algunos autores han resaltado el carácter funcionarista del notario, de modo que se le ha calificado como “realizador de una función pública cuya finalidad es obtener la mayor seguridad jurídica preventiva en el ámbito privado (...) funcionario público al servicio de la seguridad cautelar privada, y que se diferencia de otros funcionarios por una serie de características impuestas por la propia finalidad y naturaleza de su función”, “funcionario del Estado encargado de realizar la seguridad jurídica preventiva en el ámbito privado, cuya actuación se realiza bajo el principio de independencia frente a todos, incluida la propia Administración Pública, dando fe de los hechos, declarando derechos y legitimando situaciones en los casos previstos legalmente y, de modo especial, dando autenticidad y fuerza probatoria a los documentos, cuyo contenido se presume veraz e íntegro, redactando aquéllos conforme a la voluntad de los otorgantes, la cual deberá indagar,

(58) GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 41-42.

(59) ROAN MARTÍNEZ, J. y M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La formación...”, *cit.*, p. 165.

interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, previa información y asesoramiento; para cuya actividad necesita especial preparación como jurista, dedicación y colaboración imparcial” (60).

Entre los autores mexicanos CARRAL Y DE TERESA sostiene que el notario es un funcionario y a la vez un profesional del Derecho: “Los notarios nos sentimos y preferimos ser profesionales del derecho, aunque sin mengua de nuestra ‘función pública’ de fedatarios” (61).

MUÑOZ RIVERA asume que “Al notario, siendo un sujeto privado se le asignan tareas propias del Estado, y se le delegan para garantizar el logro de un interés público. Se trata de un ejercicio privado de funciones públicas. Siendo ajenos a la estructura administrativa, presta el servicio con recursos propios, como todo profesionista independiente, sin generar costos para la autoridad” (62). PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO le niega el carácter de funcionario público, “por no estar (...) dentro de la organización de la administración pública, no recibir salario, no existir contrato de trabajo o relación jurídica de dirección y dependencia”, pero a su vez niega también que el notario sea un supuesto de órgano descentralizado, ya que carece de personalidad jurídica, tampoco lo considera un empleado público para no comprometerse con el Estado y actuar parcialmente a su favor. En todo caso el autor resalta en el notario mexicano su faz profesional (63).

Ciertamente, –como ya se ha explicado– se ha tendido a entremezclar los conceptos funcionario público y funcionario administrativo. Se mira desde algún sector doctrinario con desdén la posición funcionarista del notario, desligándose así del innegable componente público de la función, a mi juicio, esencial en ella. Así, v.gr., se aduce en el reciente Derecho argentino que “lo que más condice en nuestro derecho con la particular naturaleza de sus tareas, es caracterizar al notario como profesional liberal a cargo de una función pública” (64).

(60) MAGARIÑOS BLANCO, V., “La función notarial...”, *cit.*, pp. 215-216.

(61) CARRAL Y DE TERESA, Luis, *Derecho notarial y Derecho registral*, 6ª edición, Porrúa, México, 1981, p. 47.

(62) MUÑOZ RIVERA, I., “La seguridad jurídica...”, *cit.*, p. 42.

(63) PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, 7ª edición, Porrúa, México, 1995, pp. 167-177.

(64) Posición asumida por el trabajo presentado por la delegación argentina, bajo la coordinación nacional de Martín J. GIRALT FONT al tema I “Función notarial y las nuevas tecnologías; Función notarial y la colaboración con los poderes públicos” de la XV Jornada notarial iberoamericana, celebrada en mayo de 2012, en Madrid, España, p. 73, en www.caauinl.com/boletines/boletin17/XVJNIESquema.pdf, consultada el 23 de septiembre de 2016.

Para el Tribunal Pleno de la Corte Suprema de Justicia de México (Sentencia 75/2005, de 28 de junio de 2005)(65) los notarios no son servidores públicos, *"toda vez que el notario actúa por medio de una patente otorgada por el Estado (...), en atención a que su cargo no es de elección popular ni se halla dentro de la administración pública estatal o municipal, además de que el notario no depende del gobierno o de una entidad paraestatal, ya que si bien actúa por delegación del Estado, no está dentro de su organización administrativa ni burocrática"*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en su Sentencia de 23 de junio de 1992(66) reitera el criterio ya esgrimido por la Corte en fallos anteriores, de que *"la actividad del escribano de registro importa el ejercicio de una profesión, dotada del atributo de la fe pública y sometida a una particular relación con el Estado, que se manifiesta a través del acto de la investidura, el control y las facultades disciplinarias. Luego de desechar la figura del funcionario público para caracterizar el estatuto jurídico del notariado (...) se lo puede definir como un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyos actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado, como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos. En el mismo orden de ideas(...) la función fedataria, aun considerada como la más trascendente de las que realiza el notario, no agota su actividad, pues concurre con otras que no ostentan ese carácter y que son propias de su condición de profesional independiente (Fallos: 306:2030, en especial, consids. 8º, 10, 11 y 13)"*.

Finalmente, la Corte, en el precedente citado, recordó también la doctrina respecto *"del particular status del escribano de registro, señalando que la reglamentación a que puede someterse el ejercicio de las profesiones liberales, ofrece un aspecto esencial tratándose de los escribanos, porque la facultad que se les atribuye de dar fe a los actos y contratos que celebren conforme a las leyes, constituye una concesión del Estado acordada por la calidad de 'funcionario' o de 'oficial público' que corresponde a los escribanos de Registro"*.

(65) Acción de inconstitucionalidad 11/2002. Diputados integrantes de la 56ª Legislatura del Congreso del Estado de Jalisco. Ponente: Román Palacios; en su ausencia hizo suyo el asunto Góngora Pimentel.

(66) Partes: Colegio de Escribanos s/ verif. de libros de requerimientos de firmas del Esc. E. J. I. G. Publicado en: *La Ley* 1993-C , 29, con nota de Miguel Ángel EKMEKDJIAN; DJ1993-2, 325 -

Cita Online: AR/JUR/230/1992.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania en su Sentencia de 19 de junio de 2012 (67) expresa que *"Los notarios ejercen una profesión controlada por el Estado. Como profesionales independientes que colaboran en la administración de justicia, ejercen funciones similares a las judiciales. En consecuencia, su profesión está estrechamente relacionada con el gobierno y la naturaleza del trabajo que realizan es similar a la de los funcionarios públicos. La garantía constitucional al libre ejercicio de una profesión, consagrada en el art. 12.1 de la Constitución alcanza a esta profesión del mismo modo que a otras que forman parte de la administración pública en sentido estricto. Dado el paralelismo que existe entre las profesiones controladas por el Estado y la administración pública, los notarios deben aceptar que su derecho fundamental a la libre práctica de su profesión está limitado por normas especiales"*.

"Desde un punto de vista sustantivo, –sigue esgrimiendo el Tribunal Constitucional Federal de Alemania–, no existen objeciones constitucionales a una instrucción en su calidad de herramienta de contralor, sea esta individual o general. En ambos casos, sirve al bien público, esto es, a la supervisión de la forma en que los notarios cumplen sus obligaciones oficiales y, por ende, responden ante la sociedad en términos del régimen legal de los funcionarios públicos que están fuera de la organización administrativa del Estado. Sirve, además, para asegurar que actúan adecuadamente en relación con la administración de justicia.

"La necesidad de mantener el paralelismo de la profesión de los notarios con la de los funcionarios públicos es la que justifica que las atribuciones de un organismo administrado en forma independiente no pueda excluir por completo el contralor estatal directo de la forma en que los notarios cumplen con sus obligaciones públicas, más allá de que el Estado tiene la plena responsabilidad de la administración de justicia".

Esta sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania ha marcado importantes pautas en la concepción misma de la función notarial. Lo que preocupa, en el fondo, al Tribunal Constitucional alemán, en interés de la ciudadanía, es que esa función pública prestada al margen del aparato de la administración pública no quede, pese a ello, fuera de control por parte del propio Estado (68).

(67) BvR 3017/09 – Notario contra la vigilancia oficial en relación a las operaciones de depósito.

(68) Como explica ÁLVAREZ-SALA WALTER "La cuestión debatida en Alemania no es más que un detalle de tipo formal sobre el modo de cómo deben anotarse las cantidades entregadas notarialmente en depósito. El protagonista

“Se trata –según apunta ÁLVAREZ-SALA WALTER que ha estudiado detenidamente la sentencia alemana–, de una función pública consistente en la documentación oficial de los negocios jurídicos. El carácter oficial de un documento presupone necesariamente la legalidad de su contenido, debiendo así el notario denegar su actuación si

del litigio es aquí, en realidad, un notario establecido en Schleswig-Holstein que recibe un buen día una notificación de un juzgado de su localidad conminándole, como consecuencia de una inspección oficial practicada en su notaría, a que rectifique el sistema de anotación seguido en su libro registro de depósitos, de manera que la numeración correlativa de los asientos se consigne exclusivamente por el orden correspondiente, en cada caso, a la fecha de entrada (“Eingangsdatum”) y no a la fecha de valor bancario de los cheques o efectos ingresados en cuenta (“Wertstellungsdatum”). El requerimiento judicial al notario se fundamenta, en efecto, en una ordenanza sobre el servicio notarial (la llamada “Dienst Ordnung für Notarinnen und Notare” –en abreviatura, DONot–), dictada en Alemania en 1985 con el fin de unificar la práctica notarial entre los distintos Länder (luego refundida en 2001), que impone a los notarios la obligación de llevar, además del protocolo o libro-registro de documentos autorizados (“Urkundenrolle”), una serie de libros (art. 5 DONot), entre los que se incluye también un libro-registro de depósitos (“Verwahrungsbuch”), que debe llevarse mediante asientos con numeración correlativa por orden de la fecha de entrada o salida y no de la fecha valor de los efectos depositados (art. 10 DONot), todo ello bajo inspección pública, pues la Ordenanza Federal del Notariado (“Bundesnotarordnung” –en abreviatura BNotO–)– sujeta la llevanza de todos los libros notariales (incluido el de depósitos) a la información y vigilancia de la autoridad tanto judicial como administrativa (arts. 92 y 93 BNotO”).

“El notario requerido impugna, sin embargo, la resolución judicial del requerimiento que se le formula sobre el modo de cómo llevar su libro registro de depósitos, alegando que con semejante exigencia se vulnera su derecho constitucional a la libertad profesional garantizada por el artículo 12 de la Constitución alemana, cuya limitación no puede venir dada más que por ley, pero no por la acción o reglamentación administrativa”.

“Con ello, al impugnarse la legalidad constitucional de esas ordenanzas, se abre, de pronto, el interrogante judicial de cómo encajar en Alemania el doble carácter del notario como autoridad pública y profesional independiente, con el deber de dilucidar cuál de ambos aspectos debe prevalecer sobre el otro y por qué, si el público sobre el profesional, de acuerdo con la reglamentación administrativa en vigor, o por el contrario, el profesional sobre el público o cuasi-administrativo, de estimarse la pretensión del recurrente, con la consiguiente quiebra entonces de todo el régimen reglamentario de la función notarial en Alemania”. *Vid.* ALVAREZ-SALA WALTER, Juan, “La función notarial en el crisol: ¿Tribunal Constitucional alemán o Tribunal Supremo español?”, en *El notario del siglo XXI*, No. 45, septiembre-octubre 2012, en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-45/310-la-funcion-notarial-en-el-crisol-tribunal-constitucional-aleman-o-tribunal-supremo-espanol-0-1869175175083033>, consultada el 13 de septiembre de 2016.

esa legalidad no se cumple y presumiéndose, al contrario, cumplida cuando actúa. La documentación oficial o con eficacia pública de los negocios jurídicos equivale a una especie de justicia preventiva, una actividad de carácter cuasi-jurisdiccional o de jurisdicción voluntaria ("freiwillige Gerichtsbarkeit"), encomendada por ley a los notarios, investidos de autoridad pública por la función que cumplen, aunque la presten como profesionales independientes que ejercen un cargo o ministerio público (...) La función notarial es, por consiguiente, una función pública, de cuyo control el Estado no puede desentenderse. El servicio público notarial que supone la prestación de esta función queda, por tanto, bajo la supervisión del Estado, en beneficio y para salvaguarda de la ciudadanía. El buen funcionamiento del servicio público notarial está bajo la garantía del Estado, de modo que la función notarial no puede prestarse sino por notarios sujetos a ese poder de control por parte del Estado. El sometimiento a ese control estatal obliga a los notarios a cumplir un deber de información frente a las autoridades públicas y les sujeta a una potestad pública no sólo de inspección y vigilancia, y también disciplinaria, sino además normativa o reglamentadora. La legalidad constitucional de las normas y medidas reglamentarias sobre el ejercicio de la función notarial no merecen, por tanto, a juicio del Tribunal Constitucional alemán, ningún reparo" (69).

De este modo como concluye ÁLVAREZ-SALA WALTER, "La fiscalización pública a que debe estar sujeto el notario investido de autoridad para dotar de valor oficial a los documentos que autoriza, es una potestad irrenunciable por parte del Estado. La falta de esa fiscalización estatal privaría de valor oficial o eficacia pública al documento notarial, algo que sucedería en caso de liberalización de la función notarial o de homologación general de los documentos notariales extranjeros, pues en ninguno de ambos casos cabría dar valor oficial al documento de un notario, de cuya actuación el Estado, por no estar bajo su supervisión, no pudiera responsabilizarse frente a la ciudadanía" (70).

Por su parte, para la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (Voto No. 1749-2001 de las 14:33 horas del 7 de marzo de 2001) "*Debe tenerse presente la naturaleza de la función notarial, que la Sala entiende como el ejercicio privado de una función pública... es una función que se ejerce por delegación y supervisión del Estado*", lo cual le ha permitido sustentar a la doctrina de ese

(69) *Idem.*

(70) *Ibidem.*

país que "el notario es un profesional que ejerce una función pública de manera privada, pero que no es un funcionario público. Es dirigido, controlado, evaluado, tiene responsabilidad administrativa, no puede negarse a brindar el servicio, etc., no por ser funcionario público, sino por la función pública que ejerce" (71).

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-1508/00, de 8 de noviembre (Magistrado sustanciador: Charry Rivas) afirma que *"no se puede pasar por alto el hecho de que el notario ejerce una función pública y, si bien por ello, no se coloca en la condición de funcionario público, debe aceptarse que por esa circunstancia adquiere un compromiso especial con el Estado y la sociedad que es el de obrar con absoluta imparcialidad, en el ejerci-*

(71) Así, INFANTE MELÉNDEZ, Gustavo Adolfo, "La naturaleza jurídica del notario costarricense", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 106, enero-abril, 2005, pp. 175-196, quien defiende la tesis de que "... se puede afirmar sin problema ni posición contraria alguna, que el notario ejerce una función pública. También, que *el notario es un profesional que ejerce su función de manera privada*. El dilema es si se considera un funcionario público o no. De acuerdo a la doctrina administrativista, no se le debería considerar como tal; la cual es seguida por los jueces administrativistas y un grupo importante de notarios públicos, especialmente los que realizan su especialización. De acuerdo a la doctrina notarialista, sí se le debe considerar un funcionario público, teoría seguida por la Dirección Nacional de Notariado y los jueces en material penal de nuestro país".

Después de debatirse sobre la naturaleza jurídica del notario, sobre todo a partir de la interpretación dada en la jurisdicción penal, en el sentido de considerar la condición de funcionario público del notario como una agravante en el tipo penal de falsificación documentaria, el autor llega a la conclusión de que en Costa Rica "el notario ejerce una función pública, a pesar de ser un profesional de carácter privado, es decir, sin relación de jerarquía con respecto al Estado. No puede ser considerado como funcionario público, ya que no cumple con las características propias de tal servidor, por lo que el efecto de sus actuaciones no son iguales".

El autor se decanta por la aplicación al notario costarricense de la tesis de la *Munera Publica*, lo que justifica el por qué está sujeto a control y disposiciones tomadas por la Dirección Nacional de Notariado. Pues si bien no es un funcionario público, realiza una función pública. A juicio de este autor "La aplicación de esta tesis, nos explica varios aspectos, pero sobretodo nos daría un lineamiento de igual aplicación en todos los casos en que se presente una relación entre el Estado, el notario y los usuarios. Con base en esta tesis, podemos entender varios aspectos, como por ejemplo, por qué razón el notario no tiene respaldo del Estado en la responsabilidad de sus actuaciones, por qué estamos sujetos a un control y fiscalización de un ente adscrito al Poder Judicial, como lo es la Dirección Nacional de Notariado. También por qué razón al notario, no se le deben aplicar las agravantes penales, que están dirigidas al funcionario público, en los tipos en que se protege la fe pública".

cio de sus funciones (...). En resumen, si técnicamente no es válido sostener que los notarios son empleados del Estado, no cabe duda de que, objetivamente su situación ofrece evidentes similitudes con éstos, como que también cumplen funciones de interés general y carácter público, ejercen por razón de ello autoridad y están obligados, por lo mismo, a evitar que el ejercicio de cualquier otra función distinta a las que desempeñan, pueda comprometer el interés superior que éstas representan”.

Por eso, según la Corte(72), *“Si bien, quienes prestan el servicio notarial no son servidores públicos, difícil sería entender el conjunto de tareas que les han sido asignadas si actos de tanta trascendencia como aquellos en los que se vierte el ejercicio de su función no estuvieran amparados por el poder que, en nombre del Estado, les imprimen los notarios en su calidad de autoridades”.*

La tesis funcionarista ha sido prevalente en España entre sus doctrinantes, a partir del prístino enunciado del artículo 1 de la Ley Orgánica del Notariado de 1862. Esta tesis pretende conciliar, no obstante, los componentes públicos y privados en el ejercicio de la función notarial que interactúan de modo inescindible. Como expone FIGA FAURA“(e)l Notario es funcionario en cuanto se le inviste con la *fe pública* y en la medida en que está obligado a configurar los actos y contratos que le son encomendados de acuerdo con las leyes; pero en lo que atañe a su deber de explorar la voluntad real de las partes, de asesorarles en sus aspiraciones, de canalizar sus deseos hasta darles forma jurídica, el Notario es un profesional, puesto que necesita contar con la confianza personal de los interesados; confianza que, como es obvio, no puede imponerse por el simple nombramiento oficial para el cargo y función de Notario”(73).

1. EL NOTARIO COMO AUTORIDAD PÚBLICA

Si bien el notario carece de *imperium* y de *iurisdictio*, de ahí la impropiedad del lenguaje técnico cuando se suele hablar de jurisdicción notarial para utilizarse como sinónimo de la competencia del notario, sí resulta una autoridad pública.

En la Sentencia C-181 de 1997, de 10 de abril, ya citada, la Corte Constitucional le atribuye al notario tal carácter. *“Si bien, quienes prestan el servicio notarial no son servidores públicos, difícil sería entender el conjunto de tareas que les han sido asignadas si ac-*

(72) Sentencia C-181/97, ya referenciada.

(73) FIGA FAURA, L., “La función social...”, *cit.*, p. 9.

tos de tanta trascendencia como aquellos en los que se vierte el ejercicio de su función no estuvieran amparados por el poder que, en nombre del Estado, les imprimen los notarios en su calidad de autoridades. El propósito ínsito de la disposición es el de establecer la incompatibilidad del ejercicio de la función notarial con el cumplimiento de cualesquiera otras funciones que impliquen el ejercicio de autoridad o de jurisdicción, bajo el entendido de que el notario también es autoridad y que, por lo mismo, el desempeño de sus labores no puede concurrir con el desarrollo de funciones diferentes a la suya y que, igualmente, sean el resultado y la expresión de la autoridad con la que la organización política las reviste.

“La autoridad, en términos generales y tomada en un sentido objetivo es la potestad de que se halla investida una persona o corporación, en cuya virtud las decisiones que adopte son vinculantes para quienes a ella están subordinados. Esa autoridad es pública cuando el poder del que dispone proviene del Estado, de conformidad con las instituciones que lo rigen.

“Subjetivamente hablando, la expresión autoridad sirve para designar a quien encarna y ejerce esa potestad”.

En la Sentencia C-093/98, de 18 de marzo (Ref.: Expediente D-1788, Magistrado ponente: Naranjo Mesa) (74) la Corte Constitucional colombiana dice que *“El notario es (...) un particular con carácter de autoridad (75) a quien el Estado ha confiado la importante labor de brindar seguridad jurídica a los actos, contratos, negocios jurídicos y situaciones o relaciones jurídicas de los individuos, cuando en aquellos se exige el cumplimiento de ciertas solemnidades o cuando los interesados, previo acuerdo, optan por revestirlos de las mismas”*.

En su Sentencia C-1508/00, de 8 de noviembre, también citada, la propia Corte Constitucional colombiana, agrega además que *“Esta atribución, que caracteriza la gestión notarial, tiene como razón de ser la naturaleza de la función que se ejerce, de la cual es titular el Estado, como es la de dar fe, en virtud de lo cual está reconocida como una función pública.*

(74) Resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6° (parcial) del Decreto 960 de 1970 y el artículo 3 (parcial) del Decreto 2148 de 1983.

(75) Debe mencionarse que esta Corporación en la Sentencia C-181 de 1997 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), aclaró que los notarios son particulares a quienes se les ha delegado el servicio público notarial, pero que, en razón de las funciones asignadas, están investidos de autoridad.

"No cabe duda de que el notario cumple, en desarrollo de sus actividades, funciones administrativas que aparejan potestades, que le han sido atribuidas por la ley. Ese poder o autoridad se traduce en una supremacía de su operador sobre quienes están dentro de un ámbito de actuación que le ha sido delimitado por la ley, de manera que éstos quedan vinculados jurídicamente con aquél dentro de una relación de subordinación, para el ejercicio de sus derechos o la realización de las actividades que supone la prestación de un servicio.

"Justamente en nuestro ordenamiento jurídico, la ley le reconoce a los notarios autoridad cuando les confía atribuciones en las cuales está de por medio el ejercicio de una función pública, pues en ese caso, éstos se colocan en una posición de supremacía frente a quienes acuden al servicio notarial y, por supuesto, los usuarios del servicio quedan obligatoriamente subordinados a las determinaciones que aquél imparta, desde luego, en el ejercicio de sus atribuciones".

En su Sentencia C-863/12, de 25 de octubre (Ref.: expediente D-9015, Magistrado ponente: Vargas Silva) (76) la propia Corte deja sentado que *"la gestión notarial implica el ejercicio de autoridad, en la medida que comporta el desarrollo de una atribución de la cual es titular el Estado, como es la de dar fe, en virtud de lo cual está reconocida como una función pública"*.

No obstante, aclara la Corte, que *"(e)n lo que concierne, específicamente, al eventual ejercicio de potestades jurisdiccionales por parte de los notarios, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que si bien estos operadores ejercen una función pública en tanto depositarios de la fe pública, y que para tales efectos están investidos de autoridad, esto no los convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico, y por ende no pueden considerarse incluidos dentro de la hipótesis prevista en el inciso 3º del artículo 116 de la Constitución según el cual 'Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades'"*.

(76) La Sentencia resuelve el proceso por el que sustanció la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010: *"Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial"*.

VIII. INCOMPATIBILIDADES CON EL EJERCICIO DE OTRA FUNCIÓN PÚBLICA. LA PROHIBICIÓN DE INTERVENIR EN POLÍTICA

Aun en aquellos ordenamientos jurídicos en los que se excluye al notario de la condición de funcionario público, como sujeto ejerciente de una función pública, ajeno al aparato administrativo del Estado, hay cierto consenso de que el desempeño del notariado, a todas luces es una función pública por lo que resulta incompatible con el desempeño de otras funciones que igualmente tengan la misma naturaleza, lo que resulta consustancial con la esencia de la función notarial (77). Como con acierto se aduce "El notario es la balanza de precisión. Se sitúa en forma equidistante de los intereses en juego, procurando soluciones de equilibrio y de justicia. La imparcialidad es nuestra razón de ser" (78).

Desde la doctrina argentina se ha definido como aquella "traba legal para ejercer una función determinada o dos cargos a la vez; surgen del contexto moral y del choque de funciones simultáneas que se rechazan, porque sus principios son opuestos o, al menos, no encajan en el esquema ético de las respectivas profesiones" (79).

(77) En el Derecho peruano GONZALES BARRÓN da por sentada esta incompatibilidad al enunciar varias de las funciones públicas, cuyo ejercicio le está vedado al notario. *Vid.* GONZALES BARRÓN, Gunther, *Introducción al estudio del Derecho Registral y Notarial*, 2ª edición, Jurista editores, Lima, 2008, p. 729. En las normas notariales destaca el Código del notariado de Honduras, que en su artículo 3, párrafo segundo, dispone: "La función notarial es incompatible con el desempeño de empleos o cargos públicos que gocen de sueldo y tengan anexa jurisdicción, entendiéndose por esta última el poder o autoridad que tienen los funcionarios y empleados públicos individual o colectivamente, para gobernar y poner en ejercicio la aplicación de leyes en el orden jurisdiccional o administrativos, sin perjuicio de excepciones previstas en leyes especiales". El artículo 4, apartados 2 y 3 del Código del notariado de Guatemala, igualmente prohíbe que se desempeñen como notarios: "2. Los que desempeñen cargo público que lleve aneja jurisdicción. 3. Los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las municipalidades que devenguen sueldos del Estado o del municipio y el Presidente del Congreso de la República". El artículo 24 del Reglamento notarial uruguayo que prohíbe ejercer el notariado (o escribanía) por razón de incompatibilidad a aquel que sea miembro del clero (inciso a), del ejército (inciso b), desempeñe cargos en la magistratura, el ministerio público y fiscal (inciso d), o en la administración pública con dedicación total (inciso e).

(78) MUÑOZ RIVERA, I., "La seguridad jurídica...", *cit.*, p. 40.

(79) GATTARI, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho notarial*, reimpresión, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 334,

Para la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-181 de 1997, ya citada) *"La incompatibilidad comporta una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado.*

"(L)a incompatibilidad de la función notarial con el ejercicio de autoridad parte del supuesto de que, el ejercicio de tal función implica el ejercicio de autoridad, y que en ese sentido, por la calidad del servicio que deben prestar los notarios, y por los efectos que su intervención en la vida de la sociedad puede tener, no es dable que el notario, aparte de la autoridad que ejerce como tal, pueda ejercer otra autoridad distinta a la propia".

"Es bien sabido que la incompatibilidad comporta una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado".

De un análisis desprevenido del artículo 2 del Decreto 960 de 1970, regulador del estatuto del notariado, fluye con claridad, que *"el propósito ínsito en esa disposición es el de establecer la incompatibilidad del ejercicio de la función notarial con el cumplimiento de cualesquiera otras funciones que impliquen el ejercicio de autoridad o de jurisdicción, bajo el entendido de que el notario también es autoridad y que, por lo mismo, el desempeño de sus labores no puede concurrir con el desarrollo de funciones diferentes a la suya y que, igualmente, sean el resultado y la expresión de la autoridad con la que la organización política las reviste".*

La Sentencia 3139-97 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, al conocer de la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la Ley Orgánica del Notariado (norma anterior al vigente al Código del Notariado) que a juicio del accionante

quebrantaba los artículos 11, 28, 33, 40 y 42 de la Constitución Política, la rechaza de fondo, al amparo de lo que ya había dispuesto por Sentencia No.649-93, oportunidad en que se indicó que *"lo que se ha venido considerando como una prohibición, debe entenderse más correctamente como una incompatibilidad, ya que lo que se pretende evitar es una situación de conflicto entre ser funcionario público y simultáneamente ejercer otra función –que también es pública– como es la de Notario. En resumen, pues, el contenido de la citada norma no es inconstitucional ya que se entiende que hay un sistema de garantías para el ejercicio de la función pública, sistema que tiene también un soporte ético, y que guarda estrecha relación con la realización del principio de igualdad de trato para todos los administrados"*.

La propia Corte, en Sentencia 04258-00, que declara sin lugar las acciones de inconstitucionalidad acumuladas No. 98-008099-007-CO-C, contra el artículo 7 inciso b) del Código Notarial, Ley 7764 de 17 de abril de 1998, No. 98-008760-007-CO-C contra el artículo 7 inciso b) y 8 párrafo segundo del Código Notarial y No. 99-00258-007 CO-C, ello en razón de que el inciso b) del artículo 7 del Código Notarial, al prohibir a los notarios autorizar *"...en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, de las cuales reciba salario o dieta, actos o contratos jurídicos donde aparezca como parte sus patronos o empresas subsidiarias..."* es contraria a los artículos 34, 45, 56, 188 y 190 de la Constitución Política (80). La Sala consideró a tal fin que *"los impedimentos pre-*

(80) Sobre la infracción al artículo 34 de la Constitución, manifestaron los accionantes que al amparo del Reglamento de Servicios Notariales vigente en el Banco Crédito Agrícola de Cartago, los abogados de la Sección Legal del Banco y los Notarios externos han adquirido el derecho de autorizar escrituras en las que el Banco celebre actos o contratos jurídicos, cobrándole los honorarios a los clientes, lo que tiene un contenido patrimonial, pues la mayor parte de sus ingresos provienen del ejercicio de esa actividad profesional. Consideraban asimismo que la norma impugnada violaba el artículo 45 de la Constitución Política, pues cercena parcialmente el patrimonio de los afectados y elimina un derecho subjetivo de carácter patrimonial que han ejercido durante varios años. Asimismo, consideraban que la norma impugnada infringía el numeral 56 constitucional ya que restringe irrazonablemente el derecho al trabajo, pues la solución dada por el legislador no es proporcional al fin perseguido por la norma. Consideraban además que la norma impugnada viola el artículo 188 de la Constitución Política, al invadir la autonomía administrativa que la Constitución garantiza a las instituciones autónomas. Finalmente, estimaban que lesiona también el artículo 190 de la Constitución Política, pues en el expediente legislativo en que se tramitó el Código Notarial no consta que ese proyecto de ley fuera consultado al

tenden garantizar que el Notario cumpla cabalmente los deberes que le impone el Código de Notariado, cuyo primer artículo describe la función notarial como una función pública ejercida privadamente, por medio de la cual el notario asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él. Es precisamente esa calificación de la función notarial la que justifica que al Notario se le impongan restricciones similares a las que se han aplicado a los funcionarios públicos. Además señala que el fundamento de las prohibiciones legales que determinan las incompatibilidades es la necesidad de dotar de independencia a los servidores públicos, a fin de situarlos en una posición de imparcialidad, para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal. Las incompatibilidades se basan en razones de moralidad y tienden a evitar la acumulación de facultades en una sola persona, así como que los funcionarios aparezcan en oposición con el organismo público del cual dependen, en contiendas judiciales o reclamos administrativos, a causa de la designación profesional por parte de particulares: es decir, tiende a evitar la colisión de intereses -interés público-interés privado”.

Dentro de las incompatibilidades la jurisprudencia constitucional ha recalcado la incompatibilidad del ejercicio de la función notarial con el desempeño de una actividad partidista. En todo caso, como se dejó expresado en las conclusiones al tema IV, dedicado a la función notarial, en la VI Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Quito, Ecuador, en 1993, “Las incompatibilidades establecidas para el ejercicio del notariado deben preservar los principios de imparcialidad, objetividad y excelencia”. La Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-1508/00, de 8 de noviembre, ya citada, refuerza la idea de que “El notario (...) adquiere un compromiso especial con el Estado y la sociedad que es el de obrar con absoluta imparcialidad, en el ejercicio de sus funciones, y que, a no dudarlo, se verá comprometido con la intervención en política en apoyo de sus condiciones partidistas.

Reitera la Corte que “(e)s necesario insistir en que la norma bajo censura (aparte normativo del artículo 10 del Decreto 960 de 1970, modificado por el artículo 21 de la ley 29 de 1973), coincide en su propósito con los que se propone el artículo 127 superior, ya que en

Banco Crédito Agrícola de Cartago, por lo que el artículo 7 inciso b) habría de considerarse inconstitucional por violar un trámite sustancial del procedimiento legislativo.

ambos casos la prohibición de tomar parte en actividades políticas, busca preservar el criterio de neutralidad en la gestión administrativa de quienes se desempeñan como notarios o empleados del Estado.

Con todo, la Corte se permite aclarar, que "el fundamento efectivo de la norma acusada, no se respalda propiamente en las previsiones del art. 127 constitucional, sino exactamente en el art. 131, que aunque no señala un catálogo de prohibiciones para los notarios, le permite al legislador señalar el régimen de incompatibilidades por constituir éstas un agregado necesario de 'la reglamentación del servicio público que prestan los notarios...'; según la última norma en cita.

"Es obvio que la reglamentación legal del servicio público de la actividad notarial, contiene la facultad implícita del legislador para establecer y precisar, tanto los derechos de éstos, sus funciones específicas, la organización a nivel nacional, la provisión, permanencia y periodo de los notarios, el alcance y límite de sus responsabilidades, el manejo de la vigilancia y control de su gestión, como también, el régimen de incompatibilidades de sus funciones con el ejercicio de otras actividades. Como es fácil admitirlo, esta regulación constituye un componente necesario de la actividad notarial, que de omitirse dejaría incompleto el diseño jurídico aplicable al manejo de una función del Estado.

"Tampoco puede censurarse la norma en cuestión bajo el cargo de que ella impone a los notarios un tratamiento discriminatorio frente a un sector de los empleados del Estado y a los particulares, porque, como se ha establecido, la prohibición que presuntamente consagra ese trato, es legítima, y porque responde a criterios de racionalidad que la justifican como los de lograr un manejo serio y objetivo de dicha función, el cual podría verse comprometido con el ejercicio de la actividad política partidista".

En fin, la función notarial en tanto supone una función pública resulta incompatible con cualquier otro desempeño de cargo o empleo público. La propia naturaleza del notario así lo exige. Ha de evitarse cualquier situación que tense los hilos de la labor del notario y, en consecuencia, pueda empañar su imparcialidad como autenticador de los hechos y actos que presencia y que configura jurídicamente y garante de la seguridad jurídica precautelar.

IX. LA INHABILITACIÓN O DESTITUCIÓN DEL NOTARIO. CAUSAS QUE LO PROVOCAN

Si bien hay un cierto consenso de que el notario latino ejerce la función notarial de manera vitalicia, o al menos hasta la edad límite permitida en los ordenamientos jurídicos cuando así se establece, el Derecho pone cotos a esta vocación de perennidad cuando el actuar del notario quebranta los valores éticos y morales de la profesión, o incluso comete conductas reprochables penalmente, que hacen que se pierda la credibilidad de la cual ha de hacer gala en razón misma de la fe pública delegada en él por el Estado. La destitución o la inhabilitación razonada y fundada, dispuesta por la autoridad correspondiente, conforme con la ley, no quebranta derechos fundamentales del notario, como el derecho al trabajo.

En su Sentencia de 7 de marzo de 1995(81) la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina manifiesta que al aplicarse a un notario la sanción de destitución *"no media agravio a los derechos constitucionales de propiedad y de trabajar en tanto importe una razonable interpretación de la reglamentación del ejercicio profesional notarial, cuyos límites y estrictas exigencias se justifican por su especial naturaleza, porque las facultades que se atribuyen a los escribanos de dar fe de los actos y contratos constituye una concesión del Estado otorgada por la calidad de funcionario público y, lejos de ser arbitrarias o desnaturalizar el derecho constitucional de trabajar, guardan adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido"*.

De ahí, pues, que *"la atribución o concesión de facultades tan delicadas tiene su necesario correlato en las exigencias y sanciones que la reglamentación contiene, en el sentido de revocar aquel atributo cuando la conducta del escribano se aparte de los parámetros que la ley establece para tutelar dicho interés público. No es, entonces, el Estado quien a su capricho puede retirar la facultad asignada sino el sujeto quien voluntariamente se margina al dejar de cumplir los deberes a su cargo (...)*.

De ahí que *"... la delicada misión de los escribanos supone que deben observar una conducta tal que los coloque a resguardo de cualquier duda sobre el irreprochable desempeño de aquélla, exigencia que, (...), no se cumple en el caso de un escribano sometido a juicio criminal.*

(81) Partes: B., R. N. y otras. Publicado en: *La Ley* 1996-A, 306. Cita Online: AR/JUR/2286/1995.

"Por lo demás, la presunción de inocencia que, respecto del apelante, consagra el art. 18 de la Constitución Nacional, sólo pesa sobre el delito de falsedad ideológica que se le imputa y nada tiene que ver ni sirve para impedir que sea suspendido con fundamento en la necesidad de asegurar --en el caso, con carácter meramente precautorio-- que las delicadas funciones del desempeño notarial sean cumplidas por personas de antecedentes y conductas óptimas (conf. doctrina de Fallos: 308:839)".

X. FUNCIÓN NOTARIAL Y FUNCIÓN JUDICIAL. CRITERIOS DIFERENCIADORES

Sobre el deslinde entre la función notarial y la judicial, resulta paradigmática la citada Sentencia de la Sala Plena del Tribunal Constitucional de Bolivia, 1620/2014, de 19 de agosto (Magistrado ponente: Flores Monterrey), en la que queda dicho que *"la regularidad y la supervisión del ejercicio de funciones notariales, no es un cometido que se encuentre vinculado a la función jurisdiccional, pues el ejercicio de dichas atribuciones, resulta, absolutamente, ajeno al núcleo duro de ésta, que consiste en conocer y resolver las causas con autoridad de cosa juzgada material y ejecutar lo juzgado (...)"*

En la referenciada Sentencia C-863/12, de 25 de octubre, la Corte Constitucional de Colombia, esclarece aún más el tema, al expresar que: *"De manera más específica, con miras a diferenciar la función jurisdiccional de la fedataria asignada a los notarios, ha aplicado criterios como: (i) la potestad decisoria y de adjudicación de derechos, propia de los jueces, no así de los notarios; (ii) el carácter contencioso, o de jurisdicción voluntaria, de la materia que origina la actuación; (iii) y la naturaleza coercitiva del procedimiento judicial, a diferencia del notarial regido por la autonomía de la voluntad.*

"En atención a los criterios materiales mencionados, se advierte que en la práctica probatoria que se atribuye a los notarios, eventualmente se pueden presentar situaciones que afecten derechos fundamentales de los usuarios de la justicia, y que por ende las decisiones y las actuaciones que al respeto deban adoptarse deben tener naturaleza judicial. Como se indicó, la norma autoriza al notario para practicar cualquier tipo de prueba(82), en los mismos términos en que se faculta a los jueces, con la única excepción de

(82) La demanda de inconstitucionalidad se interpuso contra el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010: *"Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial"*.

aquellas que van con destino a procesos penales. En ese orden de ideas, podría practicar una inspección judicial sobre personas, en la cual se autoriza al operador jurídico 'ordenar exámenes radiológicos o de otra naturaleza, respetando la dignidad e integridad de aquellas'"(83).

La Corte reitera pronunciamientos contenidos en sentencias precedentes en el sentido de que el notario "carece de poder decisorio e impositivo, de manera que ante él no se plantean conflictos ni se esgrimen pretensiones y excepciones"(84) (C-093 de 1998).

"El carácter contencioso de la actuación probatoria que se asigna a los notarios por virtud de la norma acusada, y la previsión de que dicha actividad se desarrolle con la citación de la parte contra la que se pretende oponer la prueba extraprocesal solicitada, comporta el carácter vinculante de esa citación, y el despliegue coercitivo del derecho, propio de la función jurisdiccional. La no comparecencia de la contraparte citada a las diligencias probatorias que se practicarán por el notario a instancia de una de las partes, le genera consecuencia procesales negativas, como por ejemplo la de que se presuman ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión en el interrogatorio de parte (Art. 210 C.P.C.), o la de dar por surtido el reconocimiento de un documento ante la renuencia del citado a comparecer (Art. 274 C.P.C.). El desplazamiento al notario de estos poderes coercitivos en el desarrollo de la actividad probatoria, implica la adscripción de una función que es propia de la judicatura. Se le adjudican así unas funciones que desconocen el eje fundamental sobre el que gravita la función notarial, que no es otro que el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los usuarios del servicio público notarial.

"En conclusión, la potestad general y permanente adscrita a los notarios, en los incisos primero y segundo de la norma bajo examen, consistente en practicar todo tipo de pruebas con destino a procesos contenciosos de cualquier especialidad (salvo la penal),

(83) El artículo 246 numeral 4 del Código de Procedimiento Civil, establece: "*Práctica de la inspección judicial. (...) 5. Cuando se trate de inspección de personas, podrá el juez ordenar exámenes radiológicos, hematológicos, bacteriológicos o de otra naturaleza, respetando la dignidad e integridad de aquéllas. La renuencia de las partes a permitir estos exámenes será apreciada como indicio en su contra.*"

(84) Sentencia 093 de 1998, Magistrado ponente. Naranjo Mesa. Examinó la constitucionalidad del artículo 6º del Decreto 960 de 1970, que establece la facultad de los notarios para negarse a autorizar un instrumento notarial. La norma fue declarada exequible.

con citación de la contraparte y sujeción a las ritualidades previstas en el código de procedimiento civil, constituye formal y materialmente función jurisdiccional, comoquiera que se trata de una actividad indisolublemente ligada a los procesos judiciales de destino, en cuanto constituye el soporte fáctico del mismo; tiene la potencialidad de afectar derechos fundamentales no solamente por plasmar una dimensión del derecho fundamental al debido proceso y de la garantía de acceso a la justicia, sino porque en el desarrollo de dicha actividad se pueden adoptar decisiones que eventualmente afecten otros derechos fundamentales como la autonomía individual. Se trata además de una función que se distancia significativamente de la función fedataria y de autenticidad que caracteriza la actividad notarial, regida por la autonomía de la voluntad de sus usuarios, ubicándose en un plano en el que se ejercen poderes coercitivos y se despliega el carácter vinculante de los actos propios de la administración de justicia.

“Teniendo en cuenta que la actividad de recaudo probatorio extraprocesal por parte de los notarios está fundada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los comparecientes, nada se opone a que las futuras partes de un proceso, unilateralmente, o de común acuerdo, concurren ante el notario para solicitar la recepción de declaraciones o testimonios para ser presentados en un proceso judicial, en el que deberán ser ratificados si no contaron con la audiencia de la parte contra la cual se oponen, a fin de preservar el principio de contradicción”.

Como un supuesto concreto, conviene recordar lo dicho por la Corte Constitucional de Colombia sobre la improcedencia de atribuirle competencia al notario para conocer de la prescripción adquisitiva del dominio(85). Así, la Sentencia C-1159/08, de 26 de

(85) En el Derecho peruano también le está atribuida a los notarios la facultad de conocer de la prescripción adquisitiva de dominio. La prescripción adquisitiva en vía notarial resulta procedente, según la ley, solo en los casos en que el interesado carece de título adquisitivo (es decir, cuenta con la posesión a su favor), o cuando tiene el mencionado título, pero su transmitente no es el titular con derecho inscrito (artículos 7, 9, 14 y 17 de la Ley No. 27157, de Regularización de edificaciones). El Reglamento (D. S. No. 035-2006-VIVIENDA) agrega que: *“procede tramitar notarialmente la prescripción adquisitiva de dominio, cuando el interesado acredita posesión continua, pacífica y pública del inmueble por más de diez (10) años (...)”*. Criterio, que, a mi juicio, rebasa la competencia material del notario, pues por su propia naturaleza lleva ínsito la naturaleza contradictoria, propia de los procesos que se tramitan en sede judicial. Destaca en la doctrina del país suramericano, GONZALES BARRÓN, quien ha sustentado de manera convin-

noviembre (Ref.: expediente D-7321, Magistrado ponente: Araújo Rentería)(86) apunta que "La función de declarar la prescripción adquisitiva del dominio que atribuyen las normas demandadas a los notarios es una función jurisdiccional, por las siguientes razones:

i) (...) la función esencial de la administración de justicia es declarar si existen o no los derechos y, en caso afirmativo, quién es su titular. Adicionalmente, aquella asegura la efectividad de los derechos ciertos, mediante un procedimiento coercitivo, cuando las personas llamadas a satisfacerlos no lo hacen voluntariamente.

"En el presente caso es diáfano que las normas demandadas tienen por objeto que los notarios declaren o reconozcan la adquisición del derecho de propiedad en virtud de la prescripción adquisitiva o usucapión, sobre bienes inmuebles ajenos, lo cual implica necesariamente la extinción del derecho de propiedad anterior. Ello significa que los notarios deben 'decir' quién es el titular de ese derecho subjetivo privado, con base en las pruebas correspondientes que obren en la actuación.

"Dicha finalidad de la actuación ante los notarios confiere a ésta una naturaleza necesariamente contenciosa, por fundarse en una contienda o conflicto jurídico de intereses, que el Estado debe resolver en forma independiente e imparcial, a favor de una parte y en contra de la otra, con carácter obligatorio y definitivo, o sea, con va-

cente -propia de su estilo-, la inconstitucionalidad de la norma. A su juicio -criterio al cual me adscribo-, "a pesar del texto de la citada norma legal, esta deberá interpretarse a la luz de la Constitución de 1993, pues el notario no puede dilucidar los derechos cuando media un conflicto de intereses, ya que en tal caso estamos ante el ejercicio de la función jurisdiccional". "La usucapión, tanto como la acción de mejor derecho de propiedad, reivindicación, interdicto o desalojo, siempre tendrá la condición de contenciosa. Es su naturaleza y esencia, por lo que resulta irrelevante que el demandado se oponga o no. En efecto, ¿cómo puede ser no contencioso un proceso que inviste a un simple poseedor como propietario en contra de la voluntad del titular actual y que, además, deroga y cancela el derecho de este último? ¿cómo puede ser no contencioso un proceso que implica cancelar el asiento (derecho inscrito) del antiguo dueño (...)?

"La respuesta es obvia y lo confirma el Derecho Comparado: **se trata de un asunto contencioso, y así ocurre en todos los ordenamientos jurídicos.** En efecto, nótese que los sistemas del notariado latino, como el nuestro, reclaman la asunción de una serie de materias jurídicas no contenciosas, pero nunca han reclamado declarar el derecho de propiedad o reconocer la usucapión". *Vid.* GONZALES BARRÓN, Gunther, "¿Es constitucional que el notario declare la prescripción adquisitiva?", en *Actualidad jurídica*, No. 195, Lima, febrero 2010, pp. 41, 42 y 43.

(86) Resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 10, 11, 12, 13 y 14 de la Ley 1183 de 2008.

lor de cosa juzgada, lo cual es lo propio de la jurisdicción de acuerdo con el criterio unánime de la doctrina procesal.

“Dicha actuación se contrapone a la llamada jurisdicción voluntaria, en la que en principio no existe contienda o conflicto jurídico de intereses, aunque puede presentarse eventualmente en el desarrollo del proceso, sobre aspectos del objeto del mismo (...). Según el criterio predominante en la doctrina procesal, el proceso de jurisdicción voluntaria tiene carácter administrativo, y no jurisdiccional, y no produce, por tanto, efectos de cosa juzgada.

“(…) si es propio de la jurisdicción dirimir los conflictos o contiendas jurídicos de intereses entre las personas, es decir, declarar, constituir, modificar o extinguir derechos, en forma imparcial e independiente y con efectos definitivos, en relación con todo tipo de derechos, ello tiene un relieve especial cuando se trata del derecho de propiedad privada, en cuanto su consagración o no consagración en el ordenamiento jurídico determina la existencia de diversos tipos o modelos de Estado, de modo que, en el aspecto económico, constituye uno de los pilares o fundamentos del Estado democrático o liberal, así como del Estado Social de Derecho.

“Por esta razón, constitucionalmente es legítimo que las disputas jurídicas relativas a la adquisición, modificación o extinción del derecho de propiedad privada en el Estado Social de Derecho colombiano sean resueltas por los jueces, y no por órganos que no están investidos de la función jurisdiccional”.

XI. LA DACIÓN DE FE NOTARIAL

Uno de los principios esenciales del notariado latino es el de fe pública, la dación de fe es pieza clave en el ejercicio de la función notarial, “... el concepto de fe pública se asocia con el de función notarial, de manera más directa que a cualquier otra actividad humana.

“El escribano da fe de cuanto ha percibido ‘ex propii sensibus’, y el derecho da fe a lo que el escribano asegura haber percibido. Esa fe es, además pública. Lo es en términos generales, en cuanto emana del escribano, porque éste desempeña una función pública; y lo es, además, del público, por antonomasia”(87). Al autorizar la

(87) COUTURE, Eduardo J., “El concepto de fe pública”, en *Lecturas esenciales de Derecho Notarial*, Leonardo B. Pérez Gallardo, Guillermo Cam Carranza y Miguel Ángel Arévalo, Colección Biblioteca Notarial, serie 1, Gaceta Notarial, Lima, 2001, p. 25.

ley al notario para dar fe, le trasmite ese grado de credibilidad que el mismo poder central tiene, por llevar en su seno, concentrada la verdad. Forma, documento y paz son significaciones íntimamente ligadas al Derecho que difícilmente podrán ser separadas. La fe pública sirve a ellas de manera directa. Para el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Acuerdo de 27 de enero de 2004 (88) (sexto Considerando), *"La fe pública es originalmente un atributo del Estado que tiene por virtud de su imperio, y es ejercitada a través de los órganos estatales y del notario. De acuerdo con el sistema jurídico mexicano, el notario, sin formar parte de la organización del Poder Ejecutivo, es vigilado por él y por disposición de la ley recibe la fe pública del Estado, por medio de la patente respectiva"*

"De ahí que la fe pública notarial debe considerarse como la garantía de seguridad jurídica que da el notario tanto al Estado como al particular, al determinar que el acto se otorgó conforme a derecho y que lo relacionado con él es cierto. Esta función del notario contribuye al orden público, a la tranquilidad de la sociedad en que actúa y da certeza".

En la Sentencia C-1508/00, de 8 de noviembre, ya referenciada, la Corte Constitucional de Colombia se refiere a la función fedante en estos términos: *"La función fedante, como se denomina la facultad del notario de dar fe, es una atribución de interés general propia del Estado, que aquél ejerce en su nombre por asignación constitucional, en desarrollo de la cooperación que el sector privado ofrece al sector público en virtud del fenómeno de la descentralización por colaboración"*.

Sobre este particular ha señalado la Corte que *"El servicio notarial implica, conforme lo señala una de las disposiciones acusadas, el ejercicio de la fe notarial, por cuanto el notario otorga autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante él y da plena fe de los hechos que él ha podido percibir en el ejercicio de sus atribuciones (...) el notario declara la autenticidad de determinados documentos y es depositario de la fe pública, pero tal atribución, conocida como el ejercicio de la 'función fedante', la desarrolla, dentro de*

(88) Al conocer de la acción de inconstitucionalidad 11/2002, promovida por los diputados integrantes de la 56ª Legislatura del Congreso del Estado de Jalisco en la que solicitaron la invalidez en lo general del Decreto número "19471", publicado en el Periódico Oficial *El Estado de Jalisco* de fecha 18 de abril de 2002, mediante el cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversos artículos de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco. Ministro ponente: Román Palacios.

los ordenamientos que han acogido el modelo latino de notariado, esencialmente en virtud de una delegación de una competencia propiamente estatal, que es claramente de interés general.

“Esta función es en principio estatal, ya que el notario puede atribuir autenticidad a determinados documentos y dar fe de ciertos hechos con plenos efectos legales únicamente porque ha sido investido por el Estado de la autoridad para desarrollar esa función. Esto significa que una persona que no ha sido designada formalmente por las autoridades públicas como notario o escribano, según la terminología de otros ordenamientos, no puede dar oficialmente fe de unos hechos o conferir autenticidad a unos documentos, por más de que sea la persona más respetada de la comunidad. En efecto, las aseveraciones de un particular que no es notario tienen el valor de un testimonio, que es más o menos creíble, según el valor que las autoridades le otorguen, pero tales aseveraciones no confieren, con efectos legales, autenticidad al documento, por cuanto no desarrollan la función fedante que, dentro del llamado sistema latino, se desarrolla bajo la égida del Estado y por delegación de éste”.

Esta función de dar fe es además claramente de interés general por cuanto establece una presunción de veracidad sobre los documentos y los hechos certificados por el notario, con lo cual permite un mejor desarrollo de la cooperación social entre las personas, en la medida en que incrementa la seguridad jurídica en el desenvolvimiento de los contratos y de las distintas actividades sociales (...) El documento notarial aparece así, para ciertos doctrinantes, como la ‘prueba antilitigiosa por excelencia’”

Criterio posteriormente sustentado y desarrollado en la ya citada Sentencia C-863/12 de la propia Corte Constitucional de Colombia a cuyo tenor también se adiciona que “En lo que concierne a la actividad notarial como función pública de dar fe (...), el notariado es una función pública e implica el ejercicio de la fe notarial. De allí, el valor jurídico y al alcance probatorio que se le reconoce a los actos y declaraciones surtidas ante el notario, y a los hechos de los cuales éste da cuenta por haber ocurrido en su presencia. Todo ello en razón a que está investido por el Estado de la autoridad necesaria para atribuir autenticidad a tales actos y atestaciones, como depositario que es de la fe pública”.

XII. EL NOTARIO CARECE DE PODER DECISORIO Y DE RESOLVER CONTIENDAS

Sobre tal particular, merece resaltar los pronunciamientos de la tantas veces nombrada Corte Constitucional de Colombia, en su también ya citada Sentencia C-093/98, de 18 de marzo, que destaca que *"el notario ejerce una competencia estrictamente documental ya que todos los actos en los que interviene deben constar por escrito, generalmente en la escritura pública o el acta notarial. Dicha competencia es eminentemente rogada y está regida por el principio de la autonomía de la voluntad y el mutuo acuerdo, lo cual evidencia la ausencia de poderes decisorios dentro de la función notarial.*

"En efecto, como se deriva de los artículos 13 y 14 del Decreto 960 de 1970, las partes acuden ante el notario para emitir sus declaraciones de voluntad con el fin de que las mismas produzcan determinados efectos jurídicos. Tales declaraciones son percibidas por el notario y posteriormente autorizadas, pero como actos de voluntad de los comparecientes. Este funcionario no produce decisión alguna, y su intervención se limita a prestar asesoría jurídico-técnica a las partes para que lo expresado ante él cumpla las características esenciales o naturales del negocio que han querido celebrar los otorgantes.

"Si en desarrollo del trámite notarial surgieren desacuerdos entre los interesados (...), la competencia del notario desaparece y, en consecuencia, se da por terminada la actuación, correspondiendo al juez competente dirimir el conflicto.

"Resulta claro entonces que la función notarial no está precedida de jurisdicción, entendida ésta como la potestad para administrar justicia o decir el derecho mediante sentencia, luego de un proceso previamente establecido y con observancia de los requisitos, exigencias y garantías propias del debido proceso reconocidos en la Constitución Política (art. 29) y en la ley. Obsérvese que la posibilidad de definir derechos e imponer sanciones desborda el ámbito de competencia del notario y se traslada a las autoridades judiciales o administrativas con poder decisorio. Por ello, mal podría exigirse en la actuación notarial el ejercicio del 'jus postulandi', que comprende el derecho de pedir y defender lo pedido, utilizando los mecanismos y recursos que otorga el proceso para la satisfacción de las pretensiones. En estos términos, ante el notario no es viable exigir el respeto por el derecho de defensa, la presunción de inocencia o el derecho a presentar y controvertir pruebas, razón por la cual el de-

bido proceso, propio de las actuaciones judiciales y administrativas de orden procesal, es absolutamente inoperante.

"Cuestión distinta es que el notario, en ejercicio del control de legalidad, deba acatar las disposiciones que regulan la forma de los instrumentos y negocios que se sometan a su conocimiento para cumplir adecuadamente el acto querido por los solicitantes, evitando que el desconocimiento de tales formalidades pueda conducir a la declaración judicial de ineficacia o nulidad del instrumento, y al consecuente juicio de responsabilidad civil, penal o disciplinario del notario en caso de probarse el dolo o la culpa en su actuación (art. 195 Decreto 960/70). Dicho control, que es eminentemente sustancial, se adelanta no en cumplimiento de una potestad juzgadora que, como ha quedado explicado, no cumple el notario, sino en virtud de la función asesora de que ha sido investido por la ley".

"En consecuencia, puede afirmarse que no existe propiamente proceso en las actuaciones que se cumplen ante notario, pues si bien la ley señala formalidades y requisitos para perfeccionar el instrumento notarial, los mismos no pueden calificarse como actos procesales, ya que (...) el notario carece de poder decisorio e impositivo, de manera que ante él no se plantean conflictos ni se esgrimen pretensiones y excepciones".

Así las cosas, encuentra la Corte que no prospera el cargo formulado por el actor contra la norma demandada, pues "la nulidad constitucional de la prueba obtenida con violación del debido proceso no es aplicable al trámite notarial, por tratarse de una nulidad procesal o probatoria, propia de las actuaciones judiciales y administrativas donde se definen derechos que, además, exige para su aplicación la previa declaración de autoridad competente".

De ahí que tampoco encuentre la Corte que se desconozca el contenido de los artículos 121 y 123 constitucionales, pues "aunque el notario deba propugnar por el cumplimiento estricto de la Constitución y la ley, como lo señalan las normas citadas, el ejercicio de este deber sólo tiene lugar dentro del marco restringido de su competencia que, como se ha dicho, no es de naturaleza contenciosa ni procesal".

XIII. BIBLIOGRAFÍA

I. FUENTES DOCTRINALES

ÁLVAREZ-SALA WALTER, Juan, "El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas", *Ensayos de Actualidad, Revista Pública*, en <http://www.seplac>.

es/espanol/informes_y_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf, consultada el 23 de septiembre de 2016; "La función notarial en el crisol: ¿Tribunal Constitucional alemán o Tribunal Supremo español?", en *El notario del siglo XXI*, No. 45, septiembre-octubre 2012, en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-45/310-la-funcion-notarial-en-el-crisol-tribunal-constitucional-aleman-o-tribunal-supremo-espanol-0-1869175175083033>, consultada el 13 de septiembre de 2016; **ARCE Y CERVANTES, Ignacio**, "La autonomía del Derecho notarial", en <http://biblios.juridicas.unam.mx>, consultada el 6 de septiembre de 2016; **COUTURE, Eduardo J.**, "El concepto de fe pública", en *Lecturas esenciales de Derecho Notarial*, Leonardo B. Pérez Gallardo, Guillermo Cam Carranza y Miguel Ángel Arévalo, Colección Biblioteca Notarial, serie 1, Gaceta Notarial, Lima, 2001; **DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco**, "La función notarial", en *Revista Jurídica del Notariado*, II extraordinario, Consejo General del Notariado español, 1993; **FIGA FAURA, Luis**, "La función social del Notario", en *Revista de Derecho Notarial*, No. 79, enero-marzo 1973; **GARCÍA VILLEGAS, Eduardo**, "La función notarial", en www.ordenjuridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/Eventos/.../27.pd, consultado el 2 de septiembre de 2016; **CARRAL Y DE TERESA, Luis**, *Derecho notarial y Derecho registral*, 6ª edición, Porrúa, México, 1981; **GARRIDO CHAMORRO, Pedro**, "La función notarial, sus costes y sus beneficios", en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 37, Consejo General del Notariado español, Madrid, enero-marzo 2001; **GATTARI, Carlos Nicolás**, *Manual de Derecho notarial*, reimpresión, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997; **GIRALT FONT Martín J.**, coordinador de la ponencia argentina al tema I "Función notarial y las nuevas tecnologías; Función notarial y la colaboración con los poderes públicos" de la XV Jornada notarial iberoamericana, celebrada en mayo de 2012, en Madrid, España, en www.caauinl.com/boletines/boletin17/XVJNIESquema.pdf, consultada el 23 de septiembre de 2016; **GONNELLA, Robert**, "El notario como órgano de la administración de justicia preventiva", en *Revista de Derecho Notarial*, No. 16, abril-junio 1957; **GONZALES BARRÓN, Gunther**, *Introducción al estudio del Derecho Registral y Notarial*, 2ª edición, Jurista editores, Lima, 2008; "¿Es constitucional que el notario declare la prescripción adquisitiva?", en *Actualidad jurídica*, No. 195, Lima, febrero 2010; **INFANTE MELÉNDEZ, Gustavo Adolfo**, "La naturaleza jurídica del notario costarricense", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 106, enero-abril, 2005; **MAGARIÑOS BLANCO, Victorio**, "La función notarial a la luz de las últimas reformas legislativas", en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 63, Consejo General del Notariado español, julio-septiembre 2007; **OLLÉ FAVARÓ, Joan Carles**, "Constitución y seguridad jurídica. Valor de la función notarial ante los retos del siglo XXI", en *La Notaría*, No. 2, 2013; **PANERO, Federico Jorge**, "El delito de legitimación de activos y el rol del notario" (en formato PDF), en <http://www.caauinl.com/boletines/boletin20/Lavado-de-dinero.pdf>, consultado el 24 de septiembre de 2016; **PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo**, Dere-

cho Notarial, 7ª edición, Porrúa, México, 1995; **ROAN MARTÍNEZ, José y Manuel de la CÁMARA ÁLVAREZ**, "La formación y selección del Notario", en *Revista de Derecho Notarial*, Nos., 61 y 62, julio-diciembre 1968; **RODRÍGUEZ ABRADOS, Antonio**, "El Notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", en *Revista de Derecho Notarial*, No. 107, enero-marzo 1980; "De nuevo sobre la inescindibilidad notarial", en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 21, Consejo General del Notariado español, Madrid, enero-marzo 1997; **TAMAYO CLARES, Manuel**, *Temas de Derecho Notarial*, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001; **VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.**, "La función del notario y la seguridad jurídica", en *Revista de Derecho Notarial*, No. 92, Colegios Notariales de España, abril-junio 1976; **VIDAL DOMÍNGUEZ, Ignacio**, *Derecho notarial chileno*, Fallos del Mes, M. R., Chile, 1997.

II. FUENTES LEGALES

Constitución nacional de la República Argentina, de 22 de agosto de 1994, en <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Argentina/argen94.html>, consultada el 13 de noviembre de 2016; Constitución política de la República Federativa de Brasil, de 1988, en <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html>, consultada el 13 de noviembre de 2016; Constitución política de la República de Colombia, de 6 de julio de 1991, <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>, consultada el 13 de noviembre de 2016; Constitución política de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949, <http://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitucion.pdf>, consultada el 13 de noviembre de 2016; Constitución política de la República del Ecuador, de 5 de junio de 1998, en <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>, consultada el 13 de noviembre de 2016; Constitución política de los Estados Unidos mexicanos, de 5 de febrero de 1917, en <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>, consultada el 13 de noviembre de 2016; Ley 404, Ley Orgánica del notariado de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, sancionada el 15 de junio de 2000, promulgada el 12 de julio de 2000, y publicada el 24 de julio de 2000, en http://www.academianotarialamericana.org/base/leyes/argentina/buenos-aires-ciudad_argentina.pdf, consultada el 13 de noviembre de 2016; Ley del Notariado Plurinacional de Bolivia, de 25 de enero de 2014, <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N483.xhtml>, consultada el 13 de noviembre de 2016; Estatuto del Notariado de Colombia, Decreto 960 de 20 de junio de 1970, <http://www.unioncolegiadadelnotariadocolombiano.com/sitio/content/Decreto-960-de-1970-Estatuto-del-Notariado>, consultado el 13 de noviembre de 2016; Código Notarial de Costa Rica, Ley 7764 de 17 de abril de 1998, en <http://www.dnn.go.cr/normativa/leyes/Codigo%20notarial%20DNN%20reformas%20con%20>

texto.pdfL, consultada el 13 de noviembre de 2016; Ley orgánica del notariado español, de 28 de mayo de 1862, en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/ln.html, consultada el 13 de noviembre de 2016; Código del Notariado de Guatemala, Decreto No. 314, de 10 de diciembre de 1946, en https://www.rgp.org.gt/docs/legislacion_registral/Codigo%20de%20Notariado%20Decreto%20Numero%20314.pdf, consultada el 13 de noviembre de 2016; Código del Notariado de Honduras, Decreto 353 de 29 de diciembre de 2005, <http://www.poderjudicial.gob.hn/transparencia/regulacion/Documents/Codigo%20del%20Notariado.pdf>, consultada el 13 de noviembre de 2016; Ley del Notariado para el Distrito Federal, México, publicada el día 28 de marzo de 2000, en <http://www.ramajudicial.pr/EvaluacionFuncionNotarial/pdf/Mexico-LEY-DEL-NOTARIADO-PARA-EL-DISTRITO-FEDERAL.pdf>, consultada el 13 de noviembre de 2016; Decreto Legislativo 1049, de 25 de junio de 2008, Decreto Legislativo del notariado de Perú, en http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/DL_1049.pdf, consultado el 13 de noviembre de 2016; Reglamento notarial de Uruguay, Acordada 7533 de 22 de octubre de 2004, en <http://www.estudionotarialmachado.com/descargas/REGLAMENTO%20NOTARIAL%20ACORDADA%207533.pdf>, consultada el 13 de noviembre de 2016.

EL INSTRUMENTO PÚBLICO COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL Y EL NOTARIO COMO AUTORIDAD Y COMO ÓRGANO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

José María Gómez-Riesco Tabernero de Paz
Notario
Profesor Asociado de la Universidad de Salamanca
LL.M. Colegio de Europa, Brujas

SUMARIO

- I. EL INSTRUMENTO PÚBLICO COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL
- II. EL NOTARIO COMO AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO
- III. EL NOTARIO COMO ÓRGANO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA
- IV. EL NOTARIO COMO AUTORIDAD Y COMO TRIBUNAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
- V. BIBLIOGRAFÍA

Tres artículos de la Constitución Española nos llevan a una consideración cualificada sobre el papel que aquélla reconoce y asegura al Notariado en la estructura y en las funciones del Estado, como

Estado social y democrático de derecho. Dos de ellos, el artículo 9.1 y 9.3 y el artículo 149.1.8^a, reconocen, respectivamente, el horizonte y sentido de la función notarial, de un lado; y la obra del Notario, el instrumento público, y, por ende, su autor, el Notario, de otro. El artículo 9.1 y 9.3, en efecto, impone el sometimiento de los ciudadanos y de los poderes públicos al imperio de la ley, con la garantía del principio de seguridad jurídica como norte del devenir del derecho en las relaciones entre los individuos entre sí y entre éstos y las administraciones públicas; y el artículo 149.1.8^a, en sede de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, reserva, por su parte, al Estado, la potestad exclusiva sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos. Y, junto a tales preceptos, debe tenerse en cuenta, finalmente, un tercer artículo, el 117.4, que ha permitido atribuir al notario desempeño de funciones *jurisdiccionales*, sirviendo de base para dictar, entre otras y muy especialmente, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en la que el Notariado ha asumido funciones encomendadas por la Ley en garantía de cualquier derecho(1).

A estos tres preceptos parecería acertado añadir una más atenta consideración del propio artículo 149.1, en sus reglas 6^a y 18^a, que asignan al Estado competencia exclusiva, respectivamente:

(i).- sobre la legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas(2) –y ello habida consideración del antes indicado carácter del notario como órgano de jurisdicción voluntaria; y

(ii).- sobre las bases del régimen estatutario de sus funcionarios, siendo el Notario funcionario público, con estatuto de tal, al que

(1) Especialmente destacable, también, es la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, en la que se desjudicializan determinados expedientes hipotecarios, como los de dominio para la inmatriculación de fincas o reanudación de tracto interrumpido, atribuyéndolos a Notarios y Registradores.

(2) Desde el punto de vista de la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas no resulta claro si la normación de la jurisdicción voluntaria se comprende sólo en el ámbito de la legislación procesal o si, habida consideración de sus vínculos sustantivos civiles, es susceptible de ser regulada y con qué extensión por las Comunidades Autónomas.

se accede por oposición libre(3), y hallándose el Notariado bajo la dependencia orgánica de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, bajo la consideración de un cuerpo único nacional de funcionarios(4).

Tal cualificada consideración constitucional del notario como, *inescindiblemente, o a doble vertiente*(5), funcionario público y profesional del derecho, encuentra especial refuerzo a través de otra disposición de la Carta Magna, su artículo 93, y, a través de él, del derecho de la Unión Europea, que asimismo reconoce el instrumento público (*acte authentique*), como concepto autónomo de derecho de la Unión, y al notario, como *autoridad*, como agente del llamado Espacio Europeo de Justicia, e incluso, como *tribunal*.

Constituir bien el Notariado, decía DE LAS CASAS, es *completar las garantías constitucionales*(6). En efecto, el Notariado, como creación social en la Europa romano-germánica, y, por otra parte, netamente hispánica, sirve a la seguridad jurídica por la eficacia del instrumento público, que presupone un negocio válido y apto para satisfacer los fines prácticos que las partes persiguen, y coadyuva con su función a la consecución de los valores superiores de libertad, justicia e igualdad, proclamados como tales por el artículo 1.1 de la Constitución, desde su imparcialidad no meramente formal, sino sustantiva, correctora de la situación desfavorable del otorgante débil, en el sentido del artículo 9.2 de nuestra Ley Fundamental(7).

(3) Como especialidad del cuerpo de Notarios frente a otros cuerpos del Estado, los artículos 97 y siguientes del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en la redacción que les confieren los Reales Decretos 1.209/1984, de 8 de junio, y 45/2007, de 19 de enero, prevé reglamentariamente la promoción interna mediante la convocatoria y resolución por la Dirección General de los Registros y del Notariado de oposiciones restringidas o entre Notarios.

(4) *Vid.* Fundamento Jurídico 4º de la STC 120/1992, Fundamento Jurídico 90º de la STC 31/2010 y Fundamento Jurídico 4º de la STC 4/2014.

(5) STS (3ª) de 10 de junio de 2003.

(6) FERNÁNDEZ, T.-R. y SÁINZ MORENO, F.: *El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 13 y ss.

(7) RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *La función notarial y los principios y valores constitucionales*, en *Escritos Jurídicos*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, págs. 165 y ss.

I. EL INSTRUMENTO PÚBLICO COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

Los referidos preceptos constitucionales conducen a la incardinación del notario en el armazón constitucional español, como autoridad –no mencionada *expressis verbis*, sino presente, de modo implícito, a través de su obra, el instrumento público. La carta de naturaleza de la obra es inseparable de la carta de naturaleza de su autor y posterior conservador, el Notario. El instrumento público es objeto de una garantía institucional que perfila especialmente otra garantía institucional, la de la fe pública, directamente vinculada a la protección, como principio vertebrador de nuestro orden jurídico, de la seguridad jurídica.

El instrumento público como garantía institucional tiene su título legitimador en el artículo 149.1.8ª de la CE. Esta norma reserva al Estado la competencia exclusiva sobre ordenación de instrumentos y registros públicos, y, más allá de distribuir territorialmente la competencia sobre la materia, introduce en el texto constitucional una expresión acuñada que es una verdadera categoría jurídica. La Carta Magna está constitucionalizando, y dotando de *rigidez*, con un contenido, fines y efectos determinados –los de la *garantía institucional*– una realidad del derecho, un objeto documental dotado de unos efectos privilegiados en el tráfico jurídico, de especial significación y valor en el derecho español y, como veremos, en el derecho europeo.

Para HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, tal inciso del artículo 149(1)8ª constituye, en efecto, una garantía institucional –categoría formulada por los comentaristas de la Constitución de Weimar, recibida en la doctrina española por PÉREZ SERRANO y por PAREJO ALFONSO y en nuestra jurisprudencia constitucional por la STC 32/1981, y que tiene por finalidad hacer imposible una supresión en vía legislativa de la institución así protegida. Se trataría de una *norma de anclaje*, en la terminología de FORSTHOFF, en el plano indiscutible de la Constitución(8).

Tales efectos, significado y valor son consecuencia de los especiales requisitos de control que los elementos subjetivos y objetivos del negocio deben reunir para legitimar su acceso a esa privilegiada estructura documental. Ese control –control de legalidad–, apunta a la exigencia de una autoridad que lo ejerza. Por ello la constitucionalización del instrumento público lleva consigo la de su autor,

(8) Vid. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M.: *La garantía institucional de la fe pública*, en *La reforma de la justicia preventiva*, MARTÍN ROMERO, J.C. (dir.), Civitas, Madrid, 2004, págs. 247 y ss.

el notario, que, además, presta al instrumento su otro elemento, la conformación del negocio en una forma documental, un modo de determinación del derecho, un arte jurídica.

El control de legalidad notarial aparece consagrado, con rango de ley, en varias disposiciones(9). El propio Tribunal Constitucional en su STC 207/1999, entre otras, ha reconocido expresamente dicho control de legalidad notarial de manera inequívoca, como un deber que forma parte de su función como funcionario público(10).

La consideración del instrumento público como garantía institucional que, al tiempo está perfilando la garantía institucional de la fe pública –una suerte de subgarantía institucional– implica que ninguna ley de rango inferior a la Constitución puede decretar la inexistencia o falta de validez del instrumento público, ni vaciarlo de contenido, ni de efectos, ni desnaturalizarlo. El instrumento público es un *prius* al texto constitucional, preexiste a la obra de 1978. Por ello su contenido, su sentido, sus perfiles y su vocación son propias y tienen su carta de naturaleza y su respaldo en la Constitución; y,

(9) Principalmente, los artículos 1, 17 *bis*, 24 y 47 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, tras las leyes 24/2001, de 27 de diciembre, y 36/2006, de 29 de noviembre, el artículo 43.Dos(2)c) de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, el artículo 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de protección general de los consumidores y usuarios, o el artículo 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

(10) "[...] Pues bien, a los Notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el **juicio de legalidad**, sea con apoyo en una ley estatal o autonómica, dado que el art. 1 de la vieja Ley por la que se rige el Notariado, Ley de 28 de mayo de 1862, dispone que "El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales", **función de garantía de legalidad** que igualmente destaca el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en su art. 145, párrafo 2, al imponer a los Notarios no sólo la excusa de su ministerio sino la negativa de la autorización notarial cuando "... el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral y a las buenas costumbres, o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos". La función pública notarial incorpora, pues, **un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público**, y cabe afirmar, por ello, que **el deber del Notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público**. [...] "(Fundamento Jurídico 8º de la STC 207/1999 –la negrita es mía).

así, su existencia, significado e integridad deben quedar excluidos de la contienda política y del debate competencial (11).

El artículo 149.1.8ª es, pues, una *habilitación para ordenar* (12), que exige preservar el instrumento público y su autor, ambos como una institución que responde, en palabras de PAREJO ALFONSO (13), a una *imagen característica* que de la misma tiene la conciencia social en el tiempo y lugar –recibida así por el texto constitucional (14). El instrumento público y el notario, realidades perfectamente reconocibles, socialmente arraigadas y netamente españolas, sin perjuicio de su entronque europeo, no pueden eliminarse, ni desnaturalizarse, ni condenarse a la irrelevancia (15), lo que exige no un mero respeto o *conllevancia* puramente pasivos de su existencia, sino, con

(11) “El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la **existencia de determinadas instituciones**, a las que se considera como componentes esenciales y **cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales**, estableciendo en ellas **un núcleo o reducto indispensable por el legislador**. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la **preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar**. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, **la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución** que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace.” (Fundamento Jurídico 3º de la STC 32/1981 –la negrita es mía).

(12) Vid. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M.: *Op. cit.* pág. 261.

(13) Citado por HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M.: *Op. cit.* pág. 262.

(14) Vid. Fundamento Jurídico 3º de la STC 76/1988.

(15) “[...] que el instrumento público vale porque nos vale el funcionario; que ‘tocar’ el estatuto jurídico de este es ‘tocar’ el valor del primero.” (GARRIDO MELERO, M.: *Algunos aspectos de la consideración del notario como funcionario público en la reforma reglamentaria RD 45/2007 y de la gestión del servicio público notarial en el nuevo marco estatutario, en El notariado y la reforma de la fe pública*, AA.VV., Madrid, 2007, pág. 375.

todo el sentido, una acción positiva de actualización y refuerzo que aseguren su eficacia y sentido verdaderos al servicio de los valores y principios constitucionales, en el marco de una sociedad moderna que afronta nuevos retos y transformaciones.

El papel de autoridad del notario se halla, pues, implícito en el instrumento público y de ello deriva su reconocimiento constitucional. El control de acceso de sujetos y de contenido material negocial al instrumento requiere un elemento funcional público, una supervisión del Estado, que delega parcialmente su soberanía en el Notario como fedatario público para cerrar el paso al instrumento a sujetos sin capacidad o legitimación necesarias y a negocios jurídicos que no reúnan los requisitos legales. Partiendo de ello, el legislador puede disponer de las potencias que ofrece la función pública notarial –aprovecharlas– en mayor o menor medida, dentro de los límites de la Constitución.

Así, lejos de un vaciamiento de contenido del instrumento público y de la función notarial, se reconoce, en efecto, una acción dinámica del legislador en la dirección de actualizar en el tiempo esta garantía institucional y de extender sus potencialidades en ámbitos nuevos en que prevalece la consideración del Notario no sólo como autoridad que materializa un control de legalidad de las relaciones negociales privadas extrajudiciales sino también como *órgano de jurisdicción voluntaria* –en el derecho de la Unión Europea apuntando a la idea de *tribunal*.

II. EL NOTARIO COMO AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO

El notario, para *completar las garantías constitucionales*, es a la vez, simultáneamente, funcionario público y profesional del derecho(16), de manera *inescindible*, unitaria. La fe pública y el control de legalidad se entrecruzan con el asesoramiento imparcial y la adecuación o conformación del negocio(17) –un *ars*– en el instrumento público, del que es autor o *dominus negotii*, en palabras de D'ORAZI-FLAVONI(18), y asimismo en su organización corporativa, a través de los Colegios Notariales(19).

(16) Artículo 1º del Reglamento Notarial.

(17) RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *Principios Notariales*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2013, pág. 137.

(18) Citado por RODRÍGUEZ ADRADOS, para quien, sólo el Notario, como autor del instrumento público, tiene competencia para penetrar en el negocio documentado (RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *Op. cit.*, págs. 83 y 84).

(19) "[...] *En cuanto a la organización del Notariado, el Título V del*

El notario, como profesional tiene a su cargo asesorar a las partes y aconsejarles los medios jurídicos más apropiados para el logro de sus fines. Pero el notario es, efectivamente, del mismo modo, autoridad o funcionario público, un funcionario especial que cumple su función con plena autonomía e independencia y bajo su responsabilidad, delegatario de una parcela de la soberanía del Estado, que le confiere la fe pública (20), y, en ese sentido, ostenta un *imperium*; y crea un producto documental, el instrumento público, mediante la redacción y configuración formal del mismo, mediante el control de la legalidad del *negotium* documentado en él y mediante la autenticación de su propia actuación y de la de sus otorgantes, también en cuanto al fondo (21). La *acuñación constitucional* del instrumento engloba necesariamente la existencia de su autor y la garantía del régimen jurídico de aquél como oficial público al servicio de la seguridad jurídica preventiva, bajo la dependencia orgánica del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado y su adscripción corporativa a su Colegio Notarial. Así, la acuñación constitucional que supone el artículo 149.1.8ª debe entenderse necesariamente complementada por el artículo 149.1.18ª (22) que

*Reglamento vigente, afectado ya por el Decreto impugnado, establece en su art. 307 que 'los Notarios, en su organización jerárquica, dependen del Ministro de Justicia, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales'. De ahí que estos Colegios formen parte integrante de la organización notarial y que, como hemos visto en el fundamento anterior y señala el Abogado del Estado, en la regulación de los mismos **el Estado no tenga sólo las competencias básicas que ostenta frente a los Colegios profesionales en general, sino también las específicas que le corresponden sobre la función pública que ejerce el Notariado** integrado por todos los Notarios de España, sobre su organización jerarquizada y sobre el régimen descentralizado colegial (art. 1 del R.N.). [...]' (Fundamento Jurídico 4º de la STC 87/1989 –la negrita es mía).*

(20) Fe pública que se extiende, ex artículo 1º del Reglamento Notarial, en cuanto a los hechos, a los que percibe *de visu et auditu suis sensibus*; y en cuanto al derecho, a la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad vertidas en el instrumento público redactado *conforme a las leyes*.

(21) "El Notario redacta, controla la legalidad y autentica. Los requisitos de su actuación vienen exigidos por la inescindible concurrencia de esta triple función" (LÓPEZ BURNIOL, J.-J.: *Valor de la escritura pública y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias*, Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, 151-1993, pág. 1842).

(22) "[...] Pues bien, si con arreglo a la doctrina expuesta los Colegios Profesionales responden a una finalidad que sólo parcialmente puede calificarse de pública, los **intereses públicos que predominan en los**

reclama para el Estado la competencia exclusiva para regular y ordenar la función pública –la más importante y característica– del notario.

El carácter de autoridad del notario dimana, en primer término, (i) de la propia naturaleza y esencia del instrumento público, por la función que el Notario desempeña, bajo control disciplinario, con su redacción, control de legalidad y autenticación, de un lado; y, de otro, por la responsabilidad de la conservación y expedición de copias de la matriz del instrumento, unida a un protocolo cuya titularidad corresponde al Estado; y, en segundo lugar, (ii) del propio uso que el legislador quiera y quiere hacer del instrumento público y de las potencialidades del Notario en diferentes sectores, bajo control del Estado:

(i).– Así, el instrumento público, nuestra garantía institucional, tiene en el protocolo la garantía de la conservación de su matriz y la circulación de las copias que de ella se expidan. Tal protocolo es de titularidad del Estado, no se trata de un mero archivo de uso y consulta privados. La responsabilidad del mismo está confiada al Notario, a quien se impone el deber de controlar su secreto y el acceso al mismo, con sujeción a un régimen jurídico riguroso. Esa tarea es eminentemente funcional y sustraída a los principios de libre competencia y elección de notario(23). Las decisiones del Notario custodio del protocolo, fundamentalmente su negativa a expedición de copia, son recurribles ante la Dirección General de los Registros y del Notariado(24). No sólo revisten relevancia pública la autorización del instrumento, con el previo control de todos sus antecedentes, la redacción del documento y su autenticación, sino también su incorporación al protocolo, la custodia y protección del mismo(25) y el control de expedición de copias, con el juicio sobre la existencia

Colegios Notariales y la regulación de una profesión de naturaleza funcional que en ellos se incardina, invierten los términos de aquel planteamiento, no sólo en el sentido de robustecer la competencia estatal, sino en el de que ésta no viene limitada por el art. 149.1.18 de la Constitución a las bases de su organización y competencia, sino que se extiende también a la regulación de la función pública estatal que, en su mayor parte y sin duda la más importante y característica de su profesión, corresponde desempeñar a los Notarios. [...]” (De nuevo, Fundamento Jurídico 4º de la STC 87/1989 –la negrita y subrayado son míos).

(23) *Vid.* artículos 222 y 223 del Reglamento Notarial.

(24) *Vid.* artículo 231 del Reglamento Notarial.

(25) *Vid.* artículo 279 del Reglamento Notarial.

de derecho a copia o interés legítimo a la misma. El papel del notario es de una autoridad del Estado; y

(ii).- La propia Ley, por otra parte, tomando como punto de partida esta *cuña* constitucional –la garantía institucional– ha venido ampliando y reforzando la posición y la función del notario como autoridad. El instrumento público es documento *público*, que, en virtud del control de legalidad notarial, produce el efecto de introducir el acto privado del particular en la esfera más amplia de lo público, actuación que corresponde a una administración pública del derecho privado, fronteriza con la propia jurisdicción voluntaria, sometida a derecho en sentido positivo (*positive Bindung*) (26).

El Estado es, de alguna manera, parte interesada en la documentación pública notarial, por cuanto en ella se hallan concernidas materias de su propio interés, que revisten un alcance que trasciende la propia esfera de los particulares. El acto privado emerge a la vida pública distanciándose de la clandestinidad, con vocación de reunir los parabienes de la ley y del orden público, cuyo cumplimiento preocupa al Estado. Pensemos en materias diversas, como aquellas de índole tributaria y catastral o las relativas a la prevención del blanqueo de capitales, a intereses de la defensa nacional, al urbanismo, a la ordenación del territorio y del dominio público o al control de cambios. El Estado controla a su vez al notario, como funcionario público, y a través del cumplimiento por éste de obligaciones como las de remisión de partes al Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales, del Índice Único Informatizado, o de información pertinente al Catastro, y de cooperación con las Administraciones Públicas, éstas últimas ven facilitada su tarea de protección y defensa del interés general. Esta función cooperativa pública del notario –funcionarial– se ha intensificado notablemente desde la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, hasta las más recientes reformas legislativas en la materia, y, en particular, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo.

En este punto es destacable, el marco de las iniciativas legislativas de 2015, la reserva que la Ley 29/2015, de 30 de julio, de

(26) BLANCO-MORALES LIMONES, P.: *Función notarial y estructuración jurídica de la vida económica*, en VV.AA.: *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*, Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 26.

cooperación jurídica internacional en materia civil (27), a favor del Notario español y la exclusión de acceso a registros públicos de documentación inmobiliaria procedente de notarios extranjeros que no cumpla una *equivalencia funcional* respecto de la notarial española.

La circulación del documento auténtico en la Unión Europea plantea la dificultad de armonizar ciertos efectos del documento con la negativa que el interés público del Estado de destino debe imponer en ciertos sectores como los referidos. El documento autorizado por notario extranjero debe tener el mismo valor (*gleichwertig*) que el autorizado por el notario español. Y ello es discutible cuando el negocio compromete no sólo la legalidad *civil* sino cuando se hallan en juego asimismo elementos concernientes a la legalidad *administrativa*, en los que el documento extranjero no puede cumplir una equivalencia funcional en la medida en que el notario extranjero que lo autoriza no se encuentra bajo el control del Estado. Se trataría de documentos *principales, complejos y tecnológicos* (28) –compraventas, permutas, constitución de garantías y otros derechos reales, particiones hereditarias, pactos sucesorios, etc.– en los cuales la función notarial ha de cumplimentar, por supuesto, un control de legalidad civil, o de protección de intereses de particulares, tanto *inter partes* como *erga omnes*; y, además, un control de legalidad pública, o de salvaguarda de los intereses del Estado a cuya organización administrativa pertenece, como son los relacionados con los retractos administrativos, con las autorizaciones militares o relativas a zonas estratégicas, en materia de información fiscal o de actualización de descripciones sobre la base del Catastro, en materia de prevención del fraude y del blanqueo de capitales o como usuarios de procedimientos telemáticos tasados y confiados a funcionarios que desempeñan funciones especiales.

Es destacable, asimismo, el papel del notario como funcionario electoral, encargado de dar fe de los actos relacionados con la elección y de autorizar poderes electorales, tanto los otorgados por representantes de candidaturas, como, especialmente importantes, como servicio público gratuito y de desempeño preferente, los que

(27) *Vid.* sus artículos 56 y 60. Para estudio detallado de esta Ley, *vid.* FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (Coord.): *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Wolters-Kluwer España, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017.

(28) *Vid.* RIVAS ANDRÉS, R.: *Una visión de la circulación internacional de documentos notariales desde el Derecho Documental. La Res 22/2/2012*, Revista Jurídica del Notariado, 81, enero-marzo 2012, pág. 471.

instrumentan autorizaciones para solicitar inclusión en el censo y remisión de documentación para el voto por correo, de conformidad con el artículo 72.c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General y, especialmente, con las disposiciones del Anexo IV del Reglamento Notarial (29).

III. EL NOTARIO COMO ÓRGANO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

El artículo 3 del Reglamento Notarial establece que el Notariado, como *órgano de jurisdicción voluntaria*, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado. Tal precepto insiste después, en su párrafo segundo, en la consideración del notario como funcionario público a efectos de limitar su libre elección por las Administraciones Públicas, con remisión al régimen del turno de documentos del artículo 127 del propio Reglamento.

Ambos matices, el funcional o de autoridad, de un lado, y el de órgano de jurisdicción voluntaria, de otro, han sido discutidos en cuanto a las fronteras de su delimitación cuando se trata de la resolución de expedientes jurídico privados no contenciosos. La propia naturaleza de la jurisdicción voluntaria dista de ser pacífica y ni siquiera se halla aludida de manera expresa en el texto constitucional.

La jurisdicción voluntaria comporta actuaciones y decisiones con la intervención de un órgano jurisdiccional –o de otra naturaleza, como veremos–, en las que se ventilan asuntos no contenciosos y en las que propiamente no existen partes, sino interesados. Tampoco se desarrollan a través de un *proceso*, en el sentido técnico jurídico del término, sino, más bien, por medio de la instrucción de un expediente. El *juicio*, en las mismas, no implica una sentencia dirimente de un conflicto, sino la administración pública de derechos privados con las garantías pertinentes. Hay un *juicio*, efectivamente –recordemos, *v.gr.*, el juicio de notoriedad–, es decir, una valoración, una determinación del órgano en un sentido determinado. Pero

(29) El artículo 8 del Anexo IV del Reglamento Notarial ordena al Notario recabar certificación médica que acredita enfermedad o incapacidad que determina la imposibilidad del interesado para formular personalmente la solicitud. Se entiende incapacidad física, pues la incapacidad de obrar impide otorgar el apoderamiento (*vid.* GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J. (2017), *La privación del ejercicio de derecho de sufragio activo de las personas con la capacidad modificada judicialmente: comentario al Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre*. Derecho Privado y Constitución, 31, págs. 265 y ss.

la jurisdicción voluntaria, de naturaleza y perfiles no unívocos, no lleva consigo un *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*, en los términos del artículo 117.3 de la Constitución –función exclusivamente judicial, límite infranqueable impuesto por el propio principio de división de poderes.

La jurisdicción voluntaria, cuando se desempeña por Juzgados y Tribunales, es una función añadida a la propiamente jurisdiccional pero no sustancial a ella. Se trata de una *función atribuida por Ley en garantía de cualquier derecho*. Atribuida *por Ley* –no como la estrictamente jurisdiccional, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que es atribuida *por la Constitución y en exclusiva* a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, en garantía de un derecho fundamental, el de la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24. Las funciones del artículo 117.4(30), sin embargo, no se atribuyen en exclusiva a Juzgados y Tribunales y, por consiguiente, pueden ser compartidas con otros órganos o con otras autoridades, como el notario. Debe entenderse, sobre la base del artículo 53 de la Constitución, que tales funciones no pueden referirse a derechos y libertades fundamentales del artículo 14 ni de la Sección primera del Capítulo II de la Carta Magna, sino solamente a los principios reconocidos en el Capítulo III del mismo Texto Constitucional(31).

Sería discutible si la jurisdicción voluntaria se incardina solamente en el artículo 117.4 o también en el 117.3 de la Constitución. FERNÁNDEZ DE BUJÁN considera que ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria deben considerarse de competencia exclusiva judicial, por hallarse comprometidas cuestiones de naturaleza no disponible, como las relativas a menores(32); y que, por ello, la atribución de

(30) *Vid.*, asimismo, el artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

(31) CAMPO GÜERRI, M.-A.: *Notariado y Jurisdicción Voluntaria*, AAMN, tomo 45-46, 2009 – Cursos 2004/2005-2005/2006, págs. 443 y 444.

(32) El artículo 22 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, permitiría abonar, *prima facie*, esta conclusión pues la calificación registral de las resoluciones judiciales en materia de jurisdicción voluntaria serían calificables registralmente al amparo del artículo 100 del Reglamento Hipotecario. ¿*Quid* respecto de los instrumentos públicos –escrituras y actas– en que el Notario formaliza sus actuaciones y juicios de jurisdicción voluntaria, según el artículo 49 de la misma Ley 15/2015? ¿Se calificarían conforme al artículo 98 del Reglamento Hipotecario? ¿O, partiendo del artículo 117.4 de la Constitución cabría plantearse calificarlos conforme al 100 del Reglamento Hipotecario o al propio 22 de la Ley 15/2015? ¿El certificado sucesorio europeo se calificaría sobre el 98 del Reglamento Hipotecario o sobre el 100 del mismo Reglamento Hipotecario y el 22 de la Ley 22/2015? ¿Ello dependería –aun siendo un documento *estándar*– de la

estas materias no puede quedar sujeta solamente al criterio del legislador, sino que deben entenderse comprendidas en el artículo 117.3). Para este autor, pues, sólo los expedientes *administrativos* podrían confiarse a otros órganos –entre ellos el Notario– por Ley en garantía de cualquier derecho, conforme al artículo 117.4(33). BELLOCH JULBE (34) entiende que la jurisdicción voluntaria se incardina en el 117.4, si bien su atribución a otros órganos no propiamente judiciales no está exenta de límites, partiendo del criterio que proporciona el artículo 53, antes referido.

El notario es, no sólo por declaración del Reglamento Notarial, sino también *por determinación de la Ley* –en cuanto a la *atribución práctica y concreta de la competencia sobre determinados expedientes*–, órgano de jurisdicción voluntaria, caracterización que se superpone a las ya presupuestas en cuanto autoridad, operador jurídico y profesional con sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que se han venido encomendando tradicionalmente a los jueces(35). Las competencias que atribuyen al notario, principalmente la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y la Ley 13/2015, de 24 de junio, en cuanto desjudicializan expedientes sobre materia disponible por los particulares en que se ventilan cuestiones no contenciosas, se atribuyen por la Ley en garantía de derecho y tienen que ser ejercidas por una autoridad, sin posible confusión con el arbitraje ni con la mediación. El notario es órgano de jurisdicción voluntaria, investido de *imperium* (36), porque primero es autoridad, funcionario público especial y agente

autoridad judicial o notarial que lo expida? (Recuérdese que un certificado sucesorio expedido en España por una autoridad española puede producir efectos, conforme al artículo 62.3 *in fine* del Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, de Sucesiones, no sólo en otro Estado miembro, sino también en el Estado de emisión. ¿La diferente autoridad emisora determinará un criterio de calificación distinto para un mismo documento estándar?)

(33) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria: racionalización de competencias y procedimiento judicial garantista*, en AAMN, tomo LVI – curso 2015/2016, págs. 56 y ss.

(34) BELLOCH JULBE, J.A.: *Notas en torno al Notariado y la Jurisdicción Voluntaria*, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2, abril-junio 1992, págs. 29 y ss.

(35) Preámbulo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

(36) GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: *Naturaleza de las decisiones del notario en su función de jurisdicción voluntaria*, AAMN, tomo LVII, Curso 2016/2017, pág. 551.

de una administración pública del derecho privado, en expresión de ZANOBINI (37).

La consideración del Notario como órgano de jurisdicción voluntaria refuerza el acta notarial como tipo de instrumento público especialmente apto para recoger los *juicios* y *valoraciones* del notario, conforme a los artículos 49 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y 198 y siguientes del Reglamento Notarial. El instrumento público, obra documental del Notario, garantía institucional en nuestra Constitución, de la mano del artículo 149.1.8ª y sus complementarios ya aludidos, no es sólo la escritura pública sino también el acta notarial.

IV. EL NOTARIO COMO AUTORIDAD Y COMO TRIBUNAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La Constitución de 1978 previó la adhesión a las Comunidades Europeas, como vocación política fruto de un amplísimo consenso y como aspiración inequívoca de la sociedad española. Su artículo 93 abre la puerta a una atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Una suerte de autorruptura constitucional (*Selbstverfassungsdurchbrechung*) (38) que permite dar cabida a la primacía del derecho de la Unión sobre el derecho del Estado, en el marco de las competencias cuyo contenido se transfiere (39). La Constitución española *constitucionaliza*, por tanto, un doble plano normativo, de coexistencia y de interacción de dos ordenamientos autónomos (40), el de la Unión y el del Estado. Desde un punto de vista dualista, el artículo 93 legitima la primacía del derecho de la Unión y su inserción en el ordenamiento interno.

Las autoridades nacionales están llamadas a hacer todo lo necesario para hacer eficaz el Derecho de la Unión, para materializar su efecto útil (*effet utile*), dentro de la obligación de lealtad constitucional (*Bundestreue*) que los Estados asumen frente a las Instituciones de la Unión. Todos los órganos del Estado están vinculados por el

(37) BLANCO-MORALES LIMONES, P.: *Op. cit.*, pág. 17.

(38) FIGUERUELO BURRIEZA, A.: *Acotaciones al tema de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno*, Revista de estudios políticos, 51 – 1986, págs. 193 y ss.

(39) Dictamen del Tribunal Constitucional 1/2004.

(40) *Vid.* SSTJUE *Van Gend en Loos* (Asunto 26/62). Es muy interesante, en ese sentido, la STJUE *Melloni* (Asunto C-399/11), en que el Tribunal de Justicia sustancia una cuestión prejudicial remitida por el propio Tribunal Constitucional Español.

principio de primacía. El Notario es, por tanto, como autoridad *nacional*, agente obligado a hacer efectivo el derecho de la Unión en su función protectora y garante de la seguridad jurídica preventiva mediante la reconducción de las relaciones jurídico privadas extrajudiciales en el instrumento público. Pero el Notario se ve obligado a ello no sólo como autoridad nacional o como funcionario del Estado, sino también, en cuanto tal funcionario del Estado, como agente *comunitario* del Espacio Europeo de Justicia, y, en ese marco concreto, en dos planos diferenciados, a saber, como *autoridad* y como *tribunal*, previa la acuñación del instrumento público (*acte authentique*) como concepto autónomo de derecho de la Unión por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y por determinados Reglamentos:

(i).- Existe hoy, en efecto, a partir de la STJUE *Unibank*, de 17 de junio de 1999, una *noción autónoma de documento auténtico (acte authentique)* en el derecho de la UE, que sustancialmente equivale al documento notarial de sistema romano-germánico;

En el desarrollo jurisprudencial y legislativo que el derecho comunitario ha venido experimentado en los últimos veinte años, se ha ido prestando una muy interesante atención a tal noción del documento público, como producto de la actuación de configuración jurídica y de integración preventiva de intereses que lleva a cabo el Notario latino-germánico, *publica persona* sujeta a control legal y, como decían las Partidas, a un deber moral de *probidad* y de ejemplaridad(41).

(41) El informe JENARD/MOELLER sobre el *Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988*, sienta los criterios que han de definir al documento público en el derecho de la Unión, a tales efectos ejecutivos, a saber:

- Autenticidad establecida por una autoridad pública;
- Extensiva al contenido, no sólo a la firma; y
- Que el documento sea en sí mismo ejecutivo en el Estado de origen;

Es clave el caso C-260/97, *Unibank A/S contra Fleming G. Christensen*, en el que el TJUE, a propuesta del Abogado General LA PÉRGOLA, asume los tres criterios del informe JENARD/MOELLER y, estableciendo un concepto comunitario autónomo de *acte authentique*, lo integra en el *acquis communautaire*; tal sentencia será secundada por la posterior STJUE de 25 de junio de 2009, Asunto C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort, S.L.*; sobre el Reglamento 1.348/2000, de 29 de mayo de 2000, (hoy, Reglamento 1.393/2007) sobre notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil.

Legislativamente, junto al Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, (hoy Reglamento 1.215/2012, *Bruselas I refundido*), varios textos comunitarios se ocuparán con posterioridad del documento auténtico, como concepto incorporado al *acquis communautaire*, estableciendo un principio

El documento público notarial, definido bajo los *criterios de autoridad pública, autenticidad de contenido y fuerza ejecutoria*, adquiere, como puede constatarse, carta de naturaleza como instrumento documental válido y jurídicamente privilegiado para el derecho de la Unión en el marco de un espacio de justicia europea.

Tal noción comunitaria equivale sustancialmente a la noción constitucional española del artículo 149.1.8ª. Los dos planos o niveles europeo y español interactúan a través del artículo 93 de la Constitución en el reconocimiento de esta categoría documental; y

(ii).– Se reconoce, asimismo, una *noción comunitaria de la función notarial romano-germánica*, como protagonista cualificado de la creación de un Espacio Europeo de Justicia, en el sentido proclamado por el Consejo Europeo de Tampere, de octubre de 1999, abrumadoramente mayoritaria en la Unión Europea frente a los sistemas documentales escandinavos o de *Common Law*, como vinculada al ejercicio del poder público, de la que es ejemplo la reforma 2013/55 de la Directiva 2005/36 de *Cualificaciones*, en la estela de la exclusión del Notario del ámbito de la Directiva de *Servicios 2006/123* y a la que el Reglamento de Sucesiones, siguiendo el antecedente

de *equivalencia de formas* de los documentos auténticos de los diferentes Estados, a los efectos probatorios y ejecutivos; significadamente:

– el *Reglamento (CE) 2.201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003*, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*Bruselas II bis*);

– el *Reglamento (CE) 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril*, sobre el Título Ejecutivo Europeo;

– el *Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008*, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos;

– el *Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012*, en materia de sucesiones *mortis causa* y creación de un certificado sucesorio europeo, cuyos considerandos 60 y siguientes arrojan mucha luz en cuanto a que ese documento auténtico equivale al autorizado por el Notario de tipo latino, reconociendo en sus artículos 59 y 60, respectivamente, efectos probatorios y ejecutivos al mismo, en los mismos términos en que los son en el derecho de su Estado de origen; y

– En la misma línea reconocedora de equivalentes efectos probatorios y ejecutivos, deben notarse los Reglamentos 2016/1.103 y 2016/1.104, por los que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y de parejas registradas, que sigue los mismos criterios que el Reglamento de Sucesiones en relación con el documento auténtico y sus efectos probatorios y ejecutivos.

del artículo 2.2 del Reglamento 4/2009, reconoce explícitamente el carácter de *autoridad* en su artículo 3.2(42).

Esta noción comunitaria de la función notarial romano-germánica –es importante enfatizarlo, por su característico paralelismo con las categorías referidas propias del nivel normativo constitucional y legal español– se desdobra en dos papeles o funciones del notario, como *autoridad* y como *tribunal*, que han tomado carta de naturaleza en el derecho de la Unión a través de un instrumento fundamental de su derecho derivado, a saber, el ya referido Reglamento de Sucesiones(43) y en el traslado que sus aspectos documentales han tenido al derecho español por virtud de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil:

a) El notario es reconocido como autoridad por el Reglamento de Sucesiones, en la medida en que, como aclara su considerando

(42) Cabe destacar, en efecto, la especial previsión que contiene la Directiva 2005/36, en su reforma reciente llevada a cabo por la Directiva 2013/55 (*la Directiva de Cualificaciones*), en paralelo a la línea anteriormente trazada por la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el Mercado Interior (*la Directiva de Servicios*), en el sentido de excluir al notario de sus respectivos ámbitos de aplicación. Tal exclusión revela una concepción o *noción* comunitaria de la función notarial de tipo latino-germánico, como vinculada al ejercicio del poder público, subrayando, como notas comunes del notariado en los Estados miembros: (i) la delegación parcial de soberanía del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad y seguridad jurídica preventivas de los contratos y de las pruebas; y (ii) el ejercicio independiente e imparcial en el marco de un cargo público, articulado como profesión liberal sometida al control de Estado.

En ese sentido, si bien el TJUE en sus Sentencias de 24 de mayo y de 1 de diciembre de 2011 resolvió que no es compatible con los artículos 49 y 51 TFUE la exigencia del requisito de nacionalidad para ejercer como notario en un Estado Miembro, *entendió simultáneamente que la función notarial persigue fines de interés general conducentes a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos jurídico privados de naturaleza personal, patrimonial y familiar, lo cual justifica que cada Estado Miembro, proporcionalmente, pueda establecer restricciones en materia de organización del notariado, condiciones de acceso a la profesión, limitación de número de notarios, y competencias territoriales o remuneración de estos funcionarios y profesionales del derecho.*

La sentencia del TJUE *Piringer* (Asunto C-342/15), especialmente sus fundamentos jurídicos 59º, 64º y 65º debe retenerse en cuanto al reconocimiento del papel del Notario como autoridad.

(43) Seguido hoy por los Reglamentos 1.203/2016 y 1.104/2016, con el mismo criterio.

20, ordena sucesiones no contenciosas y el producto documental de su actuación, el *acte authentique* –reconocido y definido en su artículo 3.1.i) a partir del *estándar* de la sentencia *Unibank*– produce efectos probatorios y ejecutivos transfronterizos conforme a los artículos 59 y 60 del mismo Reglamento. El mismo considerando 18 –que asimismo reconoce carácter de autoridad al notario– prevé ideales efectos registrales de tal instrumento auténtico en el país de destino. Los indicados efectos probatorios y ejecutivos se extienden al Estado *ad quem* y su contenido puede probarse mediante una certificación accesoria expedida por la propia autoridad que ha autorizado el instrumento, el notario (44). El notario es también autoridad expedidora del certificado sucesorio europeo, como órgano que en virtud del derecho nacional es competente para sustanciar sucesiones *mortis causa* (45);

b) Pero el notario participa además, conforme al artículo 3.2 del Reglamento de la consideración de *tribunal*, en cuanto autoridad que actúa bajo el régimen jurídico de la jurisdicción en relación con actos que se consideran sujetos a competencia, *ex* considerandos 21 y 22 del Reglamento, y que en España corresponden a las funciones atribuidas al notario en cuanto órgano de jurisdicción voluntaria. Las declaraciones de herederos *abintestato*, las aceptaciones de herencia a beneficio de inventario o las particiones efectuadas por contador partidor dativo a partir de la Ley 15/2015, de 2 de julio, son actos de carácter jurisdiccional, y la actuación del notario, en tales supuestos, se halla sujeta a los criterios de competencia de los artículos 4, 7, 10 y 11 del Reglamento (46). Tales preceptos no son susceptibles de derogación por el legislador de los Estados con criterios de competencia propios (47).

(44) *Vid.* Disposición Final 26ª (10) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducida por Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

(45) Así se ha reconocido por la Disposición Final 26ª.14 de la misma Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Se modifica, además, el artículo 14 de la Ley Hipotecaria a efectos de incluir entre su nómina de títulos sucesorios el certificado sucesorio, que, conforme al artículo 17 de la Ley del notariado, que también se modifica, tiene el carácter de documento público.

(46) *Vid.* FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: *Las sucesiones "mortis causa" en Europa: aplicación del Reglamento(UE) nº 650/2012*, Madrid, 2017, págs. 452 y ss.

(47) *Vid.* STJUE *Oberle* (Asunto C-20/17).

El Reglamento 2.201/2003 (*Bruselas II bis*)(48), considera órgano jurisdiccional a todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del mismo, y, entre ellas, la separación y el divorcio, estableciendo las pertinentes reglas de atribución de competencia al efecto(49). Y el Reglamento 1.259/2010, sobre ley aplicable al divorcio y a la separación legal (*Roma III*), de cooperación reforzada, considera *órgano jurisdiccional* a toda autoridad de los Estados miembros participantes con competencia en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento(50). En España, el notario es competente a partir de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria para autorizar escrituras en que se acuerden convencionalmente el divorcio o la separación. El notario es, pues, órgano jurisdiccional a los efectos de estos dos Reglamentos(51).

La consideración del notario como *tribunal* en el derecho de la UE debe reconocerse además en otros ámbitos. El derecho de la UE acoge con carácter general una noción amplia de órgano judicial. En el marco de la justicia civil –aparte las reflexiones apuntadas sobre los Reglamentos ya referidos– y, en concreto, del Reglamento 44/2001 (hoy, Reglamento 1.215/2012 – *Bruselas I refundido*), nótese la Opinión del Abogado General BOT en el Asunto *Gothaer*(52), quien se refiere a juzgado o tribunal como órgano que actúa imparcialmente y de modo independiente respecto de otras instituciones del Estado. Recuérdense el contexto específico de la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE desde la jurisprudencia *Vaassen Goebbels*(53) hasta, más recientemente, *Consorti sanitari del Maresme*(54), con la consideración como órgano jurisdiccional de órganos administrativos. Bien pudiera considerarse, ya fuera de estas líneas, la posibilidad de que un notario en ejercicio de funciones *jurisdiccionales* pudiera, si alberga dudas interpretativas sobre derecho aplicable de la Unión, interponer una cuestión prejudicial al instruir una declaración de herederos *abintestato* con elemento transnacional, o al autorizar una escritura de divorcio con elemento extranjero o, incluso,

(48) Al que se remite el artículo 5 del Reglamento 1.103/2016, sobre competencia en caso de divorcio, separación o nulidad matrimonial.

(49) *Vid.* artículos 1.a), 2.1 y 3.

(50) *Vid.* artículo 3.2 y considerando 13.

(51) *Vid.* en tal sentido la Resolución-Consulta de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2016.

(52) *Vid.* STJUE *Gothaer* (Asunto C-456/11).

(53) *Vid.* STJUE *Vaassen Goebbels* (Asunto 61/65).

(54) *Vid.* STJUE *Consorti Sanitari del Maresme* (Asunto C-203/14).

al conocer, conforme al artículo 129 de la Ley Hipotecaria, una venta extrajudicial inmobiliaria en la que pudiera considerarse la existencia de cláusulas abusivas contrarias a la Directiva 93/13.

El instrumento público –la escritura y el acta notarial, sustancialmente– como obra del notario y, éste, como autoridad y profesional y como órgano de jurisdicción voluntaria, tienen el reconocimiento de una garantía institucional en la Constitución Española, con la finalidad de servir a la seguridad jurídica y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad; y, además, encuentran su encaje en el *acquis communautaire*, que asigna al instrumento público (*acte authentique*) y al notario, como agente del Espacio Europeo de Justicia una creciente relevancia en la consecución de los fines y valores de la Unión.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BELLOCH JULBE, Juan Alberto: *Notas en torno al Notariado y la Jurisdicción Voluntaria*, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2, abril-junio 1992.
- BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: *Función notarial y estructuración jurídica de la vida económica*, en AA.VV.: *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*, Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- CAMPO GÜERRI, Miguel-Ángel: *Notariado y Jurisdicción Voluntaria*, AAMN, Tomo 45-46, 2009 – Cursos 2004/2005-2005/2006.
- FERNANDEZ DE BUJÁN, Antonio: *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria: racionalización de competencias y procedimiento judicial garantista*, en AAMN, tomo LVI – curso 2015/2016.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón y SÁINZ MORENO, Fernando: *El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, Civitas, Madrid, 1989, págs.
- FERNÁNDEZ TRESGUERRES GARCÍA, Ana: *Las sucesiones "mortis causa" en Europa: aplicación del Reglamento(UE) nº 650/2012*, Aranzadi, Madrid, 2017.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (Coord.): *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Wolters-Kluwer España, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: *Acotaciones al tema de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno*, *Revista de estudios políticos*, 51 – 1986.
- GARRIDO MELERO, Martín: *Algunos aspectos de la consideración del notario como funcionario público en la reforma reglamentaria RD 45/2007 y de la gestión del servicio público notarial en el nuevo marco estatutario*, en *El notariado y la reforma de la fe pública*, AA.VV., Madrid, 2007.

- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco-Javier: *Naturaleza de las decisiones del notario en su función de jurisdicción voluntaria*, AAMN, tomo LVII, Curso 2016/2017.
- GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, Juan: *La privación del ejercicio de derecho de sufragio activo de las personas con la capacidad modificada judicialmente: comentario al Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre*, en *Derecho privado y Constitución*, 31- 2017.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel: *La garantía institucional de la fe pública*, en AA.VV, *La reforma de la justicia preventiva*, MARTÍN ROMERO, Juan-Carlos. (dir.), Civitas, Madrid, 2004.
- LÓPEZ BURNIOL, Juan-José: *Valor de la escritura pública y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias*, Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, 151-1993.
- RIVAS ANDRÉS, Rafael: *Una visión de la circulación internacional de documentos notariales desde el Derecho Documental. La Res 22/2/2012*, Revista Jurídica del Notariado, 81, enero-marzo 2012.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *La función notarial y los principios y valores constitucionales*, en *Escritos Jurídicos*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *Principios Notariales*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2013.

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, NOTARIADO Y CONSTITUCIÓN

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO

- I. LA LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA ESPAÑOLA EN SU ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS AL NOTARIADO: ¿ES CONSTITUCIONAL?
- II. CONSTITUCIONALIDAD –AL MENOS, “IN ABSTRACTO”– DE LA LJV
- III. LÍMITES CONSTITUCIONALES EN LA ATRIBUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA A LOS NOTARIOS: ¿LO ES LA NECESARIA PROTECCIÓN DE MENORES E INCAPACITADOS?

I. LA LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA ESPAÑOLA EN SU ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS AL NOTARIADO: ¿ES CONSTITUCIONAL?

En España, tras no pocos intentos abortados durante décadas, finalmente, fue aprobada la tan ansiada Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV). Con la doble finalidad de descongestionar de trabajo a los jueces, para limitar su jurisdicción a la estrictamente contenciosa, y de que la administración de la jurisdicción voluntaria, en que no hay *litis* que resolver por el *imperium* de un juez(1), fuese más económica, en tiempo y en

(1) Advertido es, entre sus estudiosos, que si tanto en la jurisdicción

costes, para el ciudadano, aquella LJV vendría a atribuir una serie de competencias, antaño asignadas solo a los jueces, y ahora como alternativa a ellos, a otros "operadores jurídicos" –que así denomina la propia LJV en su Preámbulo–: en menor medida a Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y, sobre todo, a Secretarios Judiciales (ahora llamados Letrados de la Administración de Justicia), y, también, a Notarios. Así lo deja dicho el Preámbulo de la LJV cuando justifica la existencia de la norma, su *ratio* misma. En tal sentido, expresa que ha actuado "conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles". Razón que le lleva a optar por "atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento". Ya en otro lugar, dentro de dicho Preámbulo, añadirá la LJV: "La facultad que con ello tienen los ciudadanos de acudir a diferentes profesionales en materias que tradicionalmente quedaban reservadas al ámbito judicial, sólo puede interpretarse como una ampliación de los medios que esta Ley pone a su disposición para garantizar sus derechos. Constituye una garantía para el ciudadano, que ve optimizada la atención que se le presta, al poder valorar las distintas posibilidades que se le ofrecen para elegir aquella más acorde con sus intereses. Ningún aspecto de los ciudadanos se verá perjudicado dado que pueden acudir o al Secretario judicial –sic–, haciendo uso

voluntaria como en la contenciosa hay conflicto de intereses, en la voluntaria hay evitación de pleito (de ahí su carácter preventivo), mientras que en la contenciosa hay resolución de una *litis* ya producida. La jurisdicción contenciosa se ejercita *inter invitos* (o *inter nolentes*), es decir, entre personas que no han llegado a un acuerdo, mientras que la voluntaria se ejercita *inter volentes*, o sea, entre sujetos que sí han llegado a un acuerdo y buscan voluntariamente que la autoridad confiera autenticidad, legalidad a dicho acuerdo. Para mayores detalles al respecto, diferenciando ambas jurisdicciones, BELLOCH JULBE ("*Notas en torno al notariado y la jurisdicción voluntaria*", en RJN, 1992-I, p. 16 ss); GÓMEZ-FERRER SAPIÑA ("*Jurisdicción voluntaria y función notarial*", en RJN, 1992-II, pp. 11-16); GONZÁLEZ POVEDA ("*La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*", 4ª ed., Navarra, 2008, p. 60 ss); FERNÁNDEZ DE BUJÁN (en su Monografía *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, Madrid, 2007, 1ª parte, pp. 45 y 46, y en su obra sobre *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, Madrid, 1986, pp. 23 y 24).

de los medios que la Administración de Justicia pone a su disposición, o al Notario o Registrador, en cuyo caso deberán abonar los aranceles correspondientes”.

En particular, por lo que respecta al Notario, son, en efecto, muchos los expedientes de jurisdicción voluntaria cuya competencia se le asignan: la celebración de matrimonios, la homologación de separaciones y divorcios por mutuo acuerdo, la declaración de herederos *abintestato*, la designación y aprobación de contador-partidor, la reclamación de deudas dinerarias no contradichas, ...

Toda esta atribución de competencias en tan variada amalgama de asuntos, hace ya tiempo demandada por muchos (no solo por notarios), y criticada por otros (incluso por algunos notarios), ha sido recibida por muchos, también entre aplausos y críticas, como una novedad revolucionaria en la administración de la justicia(2); acaso como si no hubiera precedente histórico ninguno de ello, aunque fuera ciertamente lejano. Pero, como hace tiempo advertía FERNÁNDEZ DE BUJÁN en su monografía sobre la jurisdicción voluntaria(3), si bien ésta fue en Roma(4) ejercida sobre todo por los Magistrados, también lo sería, ya en época postclásica, “por determinados funcionarios públicos, y por los *tabeliones* (que de ser taquígrafos, pasaron a ayudar a los tribunales, como los actuales secretarios judiciales), que constituyen como es sabido el precedente romano más inmediato de los actuales notarios”. De hecho, según sigue explicando FERNÁNDEZ DE BUJÁN(5), “la noción de *iurisdictio voluntaria* pasó desde la Compilación justiniana a los textos medievales, utilizándose esta expresión en los inicios del Medievo, para designar la competencia del magistrado auxiliado por el notario, para conocer determinadas actuaciones”; así hasta que se pasó a llamar jurisdicción voluntaria a la realizada tanto por jueces, como por notarios. Sin embargo, como aclara este mismo autor conforme a la común opinión, si mucho más tarde, y durante largo tiempo, el art. 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 (vigente, con

(2) Véase, por ejemplo, OLLÉ FAVARÓ (“Ley de Jurisdicción Voluntaria: un hito histórico del Notariado”, en *La Notaría*, nº 2, 2015, pp. 37-41).

(3) *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, Madrid, 1986, pp. 24, 84-86, 92 y 93 (así como en su otra monografía citada, I, pp. 46 y 47).

(4) Que se recoge en un texto (probablemente interpolado y glosado) de las Instituciones de MARCIANO, que se toma en el Digesto (1.16.2, pr. 1): “*Omnes proconsules statim, quam Urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem: sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et adoptiones fieri*”.

(5) En p. 84.

otras normas que regulaban en general la jurisdicción voluntaria, hasta la actual LJV), refería tal función sólo a los jueces lo hacía solo por razones históricas, producidas ya en tiempos de Justiniano, en que se mezclan jurisdicción y administración, y ambas son encomendadas a los jueces, pasando tal situación al Medievo, incluidas nuestras Partidas, y así por los siglos de los siglos. Téngase, además, en cuenta que cuando se promulga dicha LEC, de 1881, aún no había en España Código Civil (que lo habrá en 1889), rigiendo por entonces las Partidas de Alfonso X El sabio, y que aquella legislación procedimental civil se apoyaba, al regular la jurisdicción voluntaria, en la Ley de 1855, cuando aún no se había promulgado la Ley Notarial, de 1862, ni la primera Ley Hipotecaria, de 1861. Como dice hoy la propia LJV en su Preámbulo: *"Su regulación dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ha ocurrido en España desde 1855, era fruto más bien de la vocación recopiladora de nuestro Derecho histórico que el resultado de la aplicación al ámbito jurídico-procesal de determinadas categorías conceptuales"*.

¿O tal vez fuese así porque tras su evolución la jurisdicción voluntaria, entendida estrictamente, había ya de ser exclusivamente judicial por aplicación del art. 117 de la Constitución Española (en adelante, CE)? Entra, de este modo, en juego el modo de interpretar los aps. 3 y 4 de dicha norma constitucional, cuando dice: *"3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo –dice– de procesos, juzgando y hacer ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente –dice– a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. (...) 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones –añade, sin embargo– que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho"*. ¿Dónde queda, entonces, imbuida la jurisdicción voluntaria: en el apartado 3 de aquella norma, referida a la jurisdicción exclusivamente judicial, que solo los jueces pueden desempeñar, o, en cambio, en el apartado 4, referido a competencias que pueden ser atribuidas a los jueces, o bien a otros operadores jurídicos, según decida el legislador ordinario? Como se ve, en tal interrogante está en juego la propia constitucionalidad de la LJV; una cuestión que, curiosamente, no ha sido –que sepamos– abordada en ninguno de los numerosos y variopintos comentarios que a dicha LJV se le ha venido dedicando desde su promulgación, más ocupados, y preocupados, todos ellos por analizar los particulares expedientes que en tal LJV se contemplan, mas sin observar antes si los mismos son o no constitucionales.

Al menos, la propia LJV hace una referencia a ello, aunque ligerísima, cuando tras decir que la jurisdicción, en general, es encomienda propia de los jueces, añade: *"No obstante, resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, y así se ha hecho en la presente Ley"*. Para limitarse a decir algo después: *"Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados. (...) La solución legal dada es acorde con los postulados de nuestra Carta Magna"*.

La referencia a la constitucionalidad de la LJV, contenida en su Preámbulo, no es, pues, muy detenida. ¿Tal vez obedezca tal despreocupación por estimarse tal cuestión, antaño debatida, como ya hoy superada?

II. CONSTITUCIONALIDAD –AL MENOS, *IN ABSTRACTO*– DE LA LJV

Hace ya un tiempo, el propio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, al menos en su opinión recogida en su última monografía sobre la jurisdicción voluntaria (6), consideraba, como premisa, que aunque tal jurisdicción voluntaria no aparecía mencionada en el art. 117 CE, el art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), que lo desarrollaba, tampoco la mencionaba, de modo que, en su opinión, debía aquélla entenderse implícita en la función jurisdiccional que, sin distinción, se recoge en el ap. 3 del art. 117 CE para atribuirla a los tribunales de forma exclusiva; máxime cuando aquel art. 2 LOPJ sí mencionaba, vgr., el Registro civil, que es garantía de derechos (como refiere el ap. 4 del art. 117 CE). Porque entendía dicho autor que en ese ap. 4 (en su *"en garantía de cualquier derecho"*), no podía encajar toda la amalgama heterogénea de supuestos que hoy ya

(6) Defendiéndolo, además, de modo reiterado, en su 1ª parte (pp. 60-69, 84-88), como en su 2ª parte (pp. 106-108, 265-268).

lo son de jurisdicción voluntaria. En su apoyo citaba, reiteradamente, la STS de 22 mayo 2000, que estimaba la jurisdicción voluntaria como potestad jurisdiccional incluida en el art. 117.3 CE, en tanto que su ap. 4 se refería la Constitución a casos en que no hay protección de derechos o intereses, como sucede, *a.e.*, en los casos de intervención judicial en los Jurados de Expropiación Forzosa o en la Administración Electoral. Además, añadía, el art. 117.4 CE habla de la garantía de "derechos", cuando la jurisdicción voluntaria también es garantía de "intereses legítimos".

Literalmente decía esa STS de 22 mayo 2000, en parte de su Fundamento Jurídico 7º: *"El que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria atribuidas a órganos no judiciales, para las que tal denominación es harto discutible, no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por la Ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas y determinadas (artículo 1811 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil), su actuación no deba estar revestida de las garantías propias de la jurisdicción..., de modo que no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no estén ejerciendo potestades jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio, y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el artículo 117.3 de la Constitución, según el cual su ejercicio ha de hacerse con arreglo a las normas de competencia y procedimiento que las Leyes establezcan.(...) El procedimiento con arreglo al que los jueces deben actuar en la jurisdicción voluntaria está reservado a la Ley y, por consiguiente, sus trámites y modo de resolución no cabe establecerlos por Reglamento.(...) Las demás funciones, que el artículo 117.4 de la Constitución permite que una Ley atribuya a los jueces y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquéllas que, a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos e intereses legítimos, como en los supuestos (citados por los demandados) de participación de jueces o magistrados en los Jurados de Expropiación Forzosa o en la Administración Electoral, en que aquéllos se incorporan a otras Administraciones del Estado por la garantía que su presencia en ellas confiere, pero sin paralelismo alguno con el que nos ocupa, aunque este recurso se denomine gubernativo"*.

Conforme a esta interpretación del art. 117 CE, en sus aps. 3 y 4, FERNÁNDEZ DE BUJÁN proponía, por entonces, para una futura legislación general sobre jurisdicción voluntaria, que ésta fuera enco-

mendada, con carácter exclusivo, a los jueces (a lo sumo, ayudados de los secretarios judiciales)(7) en cualquier materia que afectase a: los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1ª, Cap. 2º, Tít. I de la CE (arts. 14 a 29 CE), al Derecho de familia y al estado civil de la persona, por ser materia de orden público, a cuestiones en que fuese necesaria la intervención del Ministerio Fiscal para la defensa de personas con merma en su capacidad o sin representación, y a cualquier otra cuestión que requiriera de un juicio de valor.

De admitir este modo de entender el art. 117 CE, con esas conclusiones, harto difícil sería admitir la completa constitucionalidad de la actual LJV, donde, entre otros, se admite el matrimonio celebrado ante notario, o, su reverso, el divorcio notarial cuando es por mutuo acuerdo (aunque, ciertamente, siempre que no haya hijos menores o incapacitados). Sólo se salvarían, tales ejemplos, por el hecho de que el art. 32 CE, referido al matrimonio y a su posible disolución, escapa de aquel núcleo duro de derechos fundamentales comprendidos entre los arts. 14 y 29 CE. Pero, en lo demás, al tratarse de una cuestión que afecta al Derecho de familia, al estado civil de las personas y en donde, como sucede con el divorcio, el notario debe de hacer un juicio de valor sobre el interés de los cónyuges, y, en su caso, de los hijos emancipados dependientes (según exige el art. 90.2.III CC(8), tras su reforma por la LJV), todo obligaría a que tales expedientes, matrimoniales y de divorcio, fuesen declarados por un juez, como, hasta ahora, sobre el divorcio, exigía el art. 89 CC. Y otro tanto podría decirse de otros expedientes, donde también la LJV exige un juicio de valor al notario.

Sucede, sin embargo, que aquella interpretación del art. 117 CE, aunque seguida por algunos(9), no ha sido la mayoritaria en la doctrina(10), ni tampoco en la propia jurisprudencia del Tribunal Cons-

(7) O la idea, dice (p. 100), de crear juzgados especiales (como los *judices chartularii* medievales).

(8) Que dice: "*Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador*".

(9) Como DE LA PRADA GONZÁLEZ ("*Problemas que plantea la regulación de la jurisdicción voluntaria*", en AC, 2009-2, pp. 1628 y 1629).

(10) Así, BELLOCH JULBE ("*Notas en torno al notariado y la jurisdicción voluntaria*", en RJN, 1992-I, pp. 29-31); Díez-PICAZO GIMÉNEZ ("*Régimen consti-*

titucional español (en adelante, TC), que lo es, en nuestra opinión, por la mayor fortaleza de su argumentación; a saber:

Para empezar, curioso resulta que la STS de 22 mayo 2000, en que reiteradamente se apoyaba FERNÁNDEZ DE BUJÁN: por un lado, fuese la única, inhábil, por tanto, para formar jurisprudencia, y, por otro, que aquella afirmación, que en efecto realizaba, fuese hecha como *obiter dicta*, y que, además, se opusiera al modo en que el art. 117 CE fue interpretado tiempo antes por la STC de 8 noviembre 1983, que luego sería confirmada, en dicha interpretación, por la STC de 20 mayo 2002, formando así con ella verdadera jurisprudencia, no sólo por el número plural de pronunciamientos coincidentes, sino sobre todo por su legítima procedencia, que la convierte en jurisprudencia –e interpretación– auténtica –de la Constitución–, al emanar del Tribunal Constitucional, máximo garante y único intérprete legítimo de nuestra Constitución. Desde su difusión por Belloch (11) con apoyo en aquella STC de 8 noviembre 1983 (sobre homologación, precisamente, de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado), que en parte reitera la STC de 20 mayo 2002 (no en vano, sobre adopción y acogimiento de menores), ha de entenderse que el art. 117 CE: en su ap. 3 se refiere a la función jurisdiccional por antonomasia: la contenciosa (la de "juzgar y hacer cumplir lo juzgado" que dice tal apartado), para conferirla "exclusivamente" a los jueces, conforme a la división de Poderes y a la exigencia de tutela judicial efectiva (del art. 24 CE, cuando dice: "Todas las personas tienen derecho a obtener una tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"). Recuérdese que si tanto en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa hay conflicto de intereses, en la voluntaria hay evitación de pleito (de ahí su carácter preventivo), mientras que en la contenciosa hay resolución de una *litis* ya producida. La jurisdicción contenciosa se ejercita *inter invitos* (o *inter nolentes*), es decir, entre personas que

tucional del Poder Judicial", en Cuadernos Civitas); CAMPO GÜERRI ("Notariado y jurisdicción voluntaria", en AAMN, T. XLV-XLVI, p. 440 ss); GÓMEZ-FERRER SAPIÑA (pp. 22-26); LIÉBANA ORTIZ (*Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*, Madrid, 2012, pp. 130-135); y también, aunque ocupándose sobre todo de la cuestión de la competencia legislativa en materia de jurisdicción voluntaria –de si corresponde al Parlamento español o al de las Comunidades Autónomas–, ALONSO FURELOS ("Constitución y jurisdicción voluntaria", en la obra colectiva, homenaje a Torres del Moral, *Constitución y democracia: ayer y hoy*, vol. 2, pp. 1577-1608).

(11) En sus "Notas en torno al notariado y la jurisdicción voluntaria", en RJN, 1992-I, pp. 9-42.

no han llegado a un acuerdo, mientras que la voluntaria se ejercita *inter volentes*, o sea, entre sujetos que sí han llegado a un acuerdo y buscan voluntariamente que la autoridad confiera autenticidad, legalidad a dicho acuerdo(12).

En cambio, según dicha interpretación auténtica, en su ap. 4, el art. 117 CE se refiere a otras funciones judiciales posibles, pero no estrictamente jurisdiccionales (que son las del ap. 3), pudiendo por ello el legislador ordinario atribuirles –no de forma exclusiva necesariamente– a los jueces; de este modo, la judicialización o desjudicialización de toda o de parte de la jurisdicción voluntaria sería una cuestión que no decide la propia Constitución, al delegar tal decisión en el legislador ordinario, que por ello, según el alcance de la materia, podría conferirla, efectivamente, a los jueces, o a otras autoridades públicas (como pudieran ser notarios, registradores, secretarios judiciales, cónsules, alcaldes,...).

Efectivamente, con ocasión de analizar la Disposición Adicional 2ª, nº 1, de la Ley-1981 (sobre homologación de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado), vino a afirmar aquella STC de 8 noviembre 1983, reiterándolo la de 20 mayo 2002, que *"...la función encomendada al juez en este caso no es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que al ser concebido al modo de jurisdicción voluntaria, ha de incluirse entre las funciones que, de acuerdo con el art. 117.4, puede atribuir la Ley expresamente al juez en garantía de cualquier derecho"*. En un pasaje anterior decía la misma STC que *"en definitiva, el procedimiento previsto (por tal disposición adicional) responde a una actividad de constatación encomendada al juez civil y no puede calificarse como un verdadero proceso en cuanto no está previsto como cauce procedimental para el supuesto en que se formule una pretensión contrapuesta a la solicitud del actor... De esta forma la regulación legal no desconoce el derecho fundamental del art. 24.1 (tutela judicial efectiva) de la Constitución, ya que el legislador ha establecido un cauce procedimental, al modo de jurisdicción voluntaria, y otro, procesal, para el*

(12) Para mayores detalles al respecto, diferenciando ambas jurisdicciones, BELLOCH JULBE (*"Notas en torno al notariado y la jurisdicción voluntaria"*, en RJN, 1992-I, p. 16 ss); GÓMEZ-FERRER SAPIÑA (*"Jurisdicción voluntaria y función notarial"*, en RJN, 1992-II, pp. 11-16); GONZÁLEZ POVEDA (*La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, 4ª ed., Navarra, 2008, p. 60 ss); FERNÁNDEZ DE BUJÁN (en su Monografía *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, Madrid, 2007, 1ª parte, pp. 45 y 46, y en su obra sobre *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, Madrid, 1986, pp. 23 y 24).

supuesto de oposición, que permita (este segundo) la efectividad del mencionado derecho fundamental”.

La vigente Ley –no en vano, llamada de la Jurisdicción Voluntaria– así parece entenderlo cuando en su Preámbulo, justificando en general la atribución de dicha jurisdicción voluntaria a Letrados de la Administración de Justicia, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, dice: *“Estos profesionales, que reúnen la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces”.* Ya más en particular, dirá: *“Todo ello se enmarca igualmente en el proceso de diversificación de los elementos personales ante los que se lleva a efecto la autorización de determinados actos, que permite la concentración de la Administración de Justicia a la labor fundamental que la Constitución les atribuye de juzgar y ejecutar lo juzgado”.* Además, por lo que concierne en particular al Notario, no debe olvidarse el art. 3 del Reglamento Notarial (en adelante, RN), que ya desde hace tiempo califica al notariado como *“órgano de jurisdicción voluntaria”* (a pesar de que el art. 1811 LEC-1881, producto de su época, sólo refiriera la jurisdicción voluntaria a los jueces).

En ningún caso tal opción vulneraría la tutela judicial efectiva (del art. 24.1 CE, antes reproducido), siempre que, como hace la propia LJV según cada caso (aunque, tal vez, no debidamente en todos los casos): ora se permita la oposición, por vía judicial contenciosa ya, frente al acto de jurisdicción voluntario emanado de una autoridad diversa de la judicial (cfr., art. 20 LJV(13))(14); ora se permita

(13) Que dice: *“1. Contra las resoluciones interlocutorias dictadas en los expedientes de jurisdicción voluntaria cabrá recurso de reposición, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si la resolución impugnada se hubiera acordado durante la celebración de la comparecencia, el recurso se tramitará y resolverá oralmente en ese mismo momento. 2. Las resoluciones definitivas dictadas por el Juez en los expedientes de jurisdicción voluntaria podrán ser recurridas en apelación por cualquier interesado que se considere perjudicado por ella, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si la decisión proviene del Secretario judicial, deberá interponerse recurso de revisión ante el Juez competente, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.*

(14) Como se advierte en el propio Preámbulo de la LJV, *“se niega a la resolución del expediente eficacia impeditiva sobre los procesos jurisdiccionales posteriores que se planteen con idéntico objeto, y, de forma equivalente, de acreditarse la pendencia de un expediente de jurisdicción voluntaria sobre el mismo objeto acerca del que existe demanda interpuesta, se procederá al archivo del expediente”.*

tramitar el expediente de jurisdicción voluntaria alternativamente por vía extrajudicial o por vía judicial (al menos, ante el Letrado de la Administración de Justicia; como sucede en los ejemplos, antes citados, de matrimonios y divorcios por mutuo acuerdo).

Entendido así el art. 117 CE, y demostrada, por ello, la constitucionalidad en general de la actual LJV española en su atribución de competencia, entre otros, al Notario, solo quedaría por comprobar que, efectivamente y en particular, todos y cada uno de tales expedientes que se le han asignado sean propios de la jurisdicción voluntaria, y no de la contenciosa. Mas no pudiendo hacer aquí, en esta breve reflexión mía, tal comprobación expediente por expediente, sí restaría por ver si, también en general, la LJV ha sido aún más estricta y ha ido incluso más allá de aquella interpretación oficial del art. 117 CE. Veámoslo.

III. LÍMITES CONSTITUCIONALES EN LA ATRIBUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA A LOS NOTARIOS: ¿LO ES LA NECESARIA PROTECCIÓN DE MENORES E INCAPACITADOS?

Al defender aquella interpretación del art. 117 CE, en cuya virtud la atribución competencial en materia de jurisdicción voluntaria quedaba delegada al legislador ordinario, el propio BELLOCH (15) proponía, como criterio orientativo para el legislador, distinguir según la materia afectase o no a los derechos fundamentales más básicos (a los comprendidos entre los arts. 14 y 29 CE, esto es, a los de la Sección 1ª, Cap. 2º, Tít. I de la CE, como ya proponía, aunque unida a otras materias, el propio FERNÁNDEZ DE BUJÁN): de este modo, si la materia afectaba a uno de tales derechos, su conocimiento debería ser atribuido a los tribunales, a la vista de la especial protección que la propia Constitución confiere a tales derechos (vgr., mediante el recurso de amparo ex art. 53 CE). En caso contrario, sería conveniente, decía BELLOCH, la desjudicialización.

Así parece haberlo aceptado la propia LJV, y la doctrina que la secunda, añadiendo en parte, sin embargo, tal como proponía FERNÁNDEZ DE BUJÁN, aquellos supuestos en que estén en juego los intereses de menores y de incapacitados que merezcan una protección especial –solo judicial (o, al menos, atribuida al Letrado de la Administración de Justicia, con el auxilio del Ministerio Fiscal)–. Así, recuérdese, lo decía la propia LJV en su Preámbulo, cuando, hacien-

(15) En pp. 35-37. Siguiéndole, sobre todo, CAMPO GÜERRI.

do una escueta referencia a su constitucionalidad, tras decir que la jurisdicción, en general, es encomienda de los jueces, añade: "No obstante, resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, y así se ha hecho en la presente Ley". Para insistir luego en ello al decir: "Se reserva la decisión de fondo al Juez de aquellos expedientes que afectan al interés público o al estado civil de las personas,... o cuando estén en juego los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente... De este modo, el Juez es el encargado de decidir, como regla general, los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y de familia... que no se encomiendan a Secretarios judiciales, Notarios o Registradores". Piénsese, de nuevo, en el caso del divorcio por mutuo acuerdo (solo permitido ante el notario o bien ante el secretario judicial cuando no haya hijos menores o incapacitados); o en casos como la adopción, el nombramiento de tutor,... que la LJV solo permite sustanciar por vía judicial (cfr., sus arts. 33 y ss con los arts. 175 y ss CC, sobre adopción, o sus arts. 43 y ss, sobre tutela, curatela y guarda de hecho,...).

Mas, en tal exclusión del ámbito jurisdiccional voluntario a la competencia notarial, ¿ha habido, en efecto, respeto a los límites constitucionales o, en cambio, exceso de celo por parte del legislador ordinario?; ¿acaso, por ejemplo, en el caso ya indicado del divorcio notarial, constituye una exigencia constitucional la de no permitir el divorcio en aquellos supuestos, por la necesaria protección de los menores que el art. 39 CE impone(16), o solo se ha tratado de una decisión de política legislativa?

(16) Cuando dice: "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. (...) 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. (...) 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. (...) 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Constitucionalmente, en mi opinión, nada se opone, por ejemplo, a admitir en España un divorcio notarial en todo caso, con o sin hijos, y cualquiera que sea la condición de éstos cuando los haya (17). Para empezar, el art. 39 CE, como sucede con el art. 32.2 CE (antes mencionado), queda fuera del núcleo duro de derechos fundamentales (arts. 14 a 29 CE), en que pudiera exigirse una jurisdicción voluntaria bajo la competencia exclusiva del juez. No por ello se vulnera o queda en riesgo la igualdad del art. 14 CE (que, entre otras razones, alude al nacimiento). No se trata en este caso, en que hay divorcio por mutuo, de resolver una estricta *litis*, ni de tomar una decisión que afecte a la filiación misma, como estado civil, ni tampoco a su titularidad por parte de los padres (a la patria potestad en sí), sino a su ejercicio (al régimen de guarda y custodia, y visitas). De lo contrario, la intervención judicial sí podría resultar imperativa (como, por cierto, tal vez suceda con la adopción). Pero, no siéndolo al menos en aquel caso del divorcio, la intervención del notario, como autoridad pública, satisfaría la exigencia constitucional (del art. 39 CE) de que los Poderes Públicos protejan a los hijos por razones de justicia (de protección del más débil). El notario, de hecho, ya venía interviniendo desde hace tiempo en materia de filiación, cuando hay consenso o voluntad (18): por ejemplo, en la determinación de la filiación no matrimonial (por reconocimiento, ex art. 120.1º CC; hoy, sin embargo, modificado por la LJV, para permitir, entre otras que no incluye ya la vía notarial, su tramitación judicial regulada en los arts. 23 y ss LJV), o en la emancipación por concesión de los padres (art. 317 CC, aún hoy vigente, sin ser alterado por la LJV, que se limita a regular la emancipación por concesión judicial en sus arts. 53 y ss) (19). Además, en general, es deber del notario proteger, velar por los intereses de la parte más débil del negocio del que da

(17) Como también defendía, recientemente, CARRIÓN GARCÍA DE PRADA ("*Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso*", en RJN, 2000, p. 90 ss). En contra, PÉREZ HEREZA y VARA GONZÁLEZ ("*Separación y divorcio ante notario*", en *Jurisdicción voluntaria notarial*, Madrid, 2015).

(18) Como nos recuerdan los citados CAMPO GÜERRI; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA y CARRIÓN GARCÍA DE PRADA.

(19) GÓMEZ-FERRER SAPIÑA (p. 148); y FERNÁNDEZ DE BUJÁN (en su Monografía, 1ª parte, p. 104), proponían también, *de lege ferenda*, como caso a realizar mediante acta de notoriedad, la adopción de mayores o de menores ya emancipados previamente acogidos o en convivencia con los adoptados (art. 175.2 CC), pues en tal caso sólo se trataría de constatar la situación no interrumpida de acogimiento a la vista de la fecha del "escrito" a que se refería el art. 173.2 CC.

fe pública (arts. 1 y 147 RN(20)). Y, de hecho, así ya vela por tales hijos, aunque emancipados, pero dependientes económicamente de sus padres, el nuevo art. 90.2.III CC, tras ser reformado por la LJV, al decir: *"Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador"*.

Además del notario, al tratarse de hijos, que además son menores, incapaces o dependientes, la cooperación del Ministerio Fiscal parecería no sólo conveniente, sino ineludible: aunque el art. 124.1 CE(21) pueda resultar excesivamente genérico en la atribución de competencias al Ministerio Fiscal (*"sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos"*, que dice aquella norma en su ap. 1), es muy probable que en su misión principal de velar por el *"interés público"* y por el *"interés social"* (que dice en dos ocasiones aquel mismo apartado), subyazcan las funciones tradicionalmente atribuidas al Ministerio Fiscal, entre las que se encuentran, no sólo la defensa y representación de los menores e incapacitados (a pesar de su imparcialidad), sino también cualquier otra que afecte al estado civil (como sería aquel caso del divorcio amistoso, de la adopción,...).

No me parece que ello desvirtúe la función que el Ministerio Fiscal desempeña dentro del Poder Judicial(22); aunque el art. 124 CE se ubique dentro del Título VI de la Constitución española –no así en

(20) Cuyo último párrafo dice: *"Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios"*.

(21) Que íntegramente dice en dicho ap. 1: *"El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social"*.

(22) En contra nuestra, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS (*"La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España"*, en RCDI, nº 734, 2012, p. 3374 y ss).

muchas otras Constituciones, de otros países- (bajo la rúbrica "*Del Poder Judicial*"), no parece que su función de legalidad y justicia no pueda ser preventiva y deba ser exclusivamente desempeñada dentro de los Tribunales de justicia(23). Aunque así lo prevean las leyes ordinarias españolas, no parece que así lo exija la Constitución. Además, no se trataría de que el Ministerio Fiscal pasara a estar sometido al notario. Precisamente, a fin de asegurar aquella protección de los menores y de los incapacitados, la intervención de ambas autoridades, Notario y Ministerio Fiscal, habría de ser siempre preceptiva cuando hubiera tales menores o incapacitados, y ambas intervenciones, con sus respectivos dictámenes, deberían tener igual valor. Es verdad que por tradición está el M^o Fiscal más experimentado en tratar tales asuntos, mas en ningún caso el expediente es decidido por él, sino que lo sería, en nuestra propuesta, por el notario (como en cualquier procedimiento, aunque sea de jurisdicción voluntaria, quien sentencia es el juez, no el Ministerio Fiscal). ¿Acaso entonces habría que otorgar preferencia al dictamen del Notario? Es quien finalmente decide, pero no parece prudente hoy otorgarle tal privilegio cuando no es juez, ni está ejerciendo, porque carece de autoridad para ello, la genuina función judicial de juzgar, que sólo es competencia de los jueces desempeñar, como exige el art. 117.3 CE. Por eso, el hecho mismo de que hubiera discrepancia entre ambos dictámenes evidenciaría la necesidad de que haya un mayor juicio, una estricta labor de valoración, de enjuiciamiento. Debería, por tanto, quedar expedita en tal caso la vía judicial (quedando, así, atribuida a los jueces la genuina jurisdicción contenciosa, según exige el art. 117.3 CE, y quedaría, de nuevo, asegurado el derecho a una tutela judicial efectiva, ex art. 24.1 CE).

En definitiva, admitir o rechazar la intervención del notario en materia de jurisdicción voluntaria, cuando hay menores, incapacitados o dependientes, antes que ser una cuestión constitucional, es mera decisión de política legislativa, en la que, en mi opinión, la

(23) *Vid.*, por todos, COBO DEL ROSAL (comentando el art. 124 CE en los *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, editados por Edersa, Tomo X, 1998, pp. 546-550), donde concluye que la ubicación sistemática del precepto, dentro del Título dedicado al Poder judicial, ha llevado a algunos autores, equivocadamente, a postular una naturaleza judicial del Ministerio Fiscal, es decir, a considerarlo no sólo como integrado orgánicamente dentro del Poder judicial, lo que, desde luego, puede ser defendible desde una perspectiva meramente teórica, mimetizando el modelo italiano, y además hacerle pasar por copartícipe de la labor promotora de la justicia cuando se vean comprometidos el interés público o los derechos de los ciudadanos.

actual LJV tal vez peque por exceso de celo, lo que –tal vez, insisto–
cabría enmendar o, al menos, repensar.

LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DEL NOTARIADO

David Blanquer Criado

Letrado del Consejo de Estado (excedente)
Catedrático de Derecho Administrativo (UJI)

Resumen: Después de 40 años de vigencia de la Constitución de 1978, tiene pleno sentido examinar el actual "*statu quo*" de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre el régimen del notariado. El trabajo empieza con una triple descripción: (i) de los precedentes históricos; (ii) del debate constituyente; y (iii) de los Estatutos de Autonomía. A continuación, realiza un doble análisis de la jurisprudencia constitucional: (i) sobre la distribución de las competencias normativas; y, (ii) de las competencias ejecutivas que corresponden a las Comunidades Autónomas.

Palabras clave: Constitución; Estatutos de Autonomía; distribución de competencias estatales y autonómicas; instrumentos públicos; régimen del notariado.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LOS PRECEDENTES NORMATIVOS
 - 1. La Constitución de 1931
 - 2. El Estatuto catalán de 1932
 - 3. El Estatuto vasco de 1936
- III. LA ELABORACIÓN DEL TEXTO CONSTITUCIONAL, Y LA COMPETENCIA ESTATAL EN MATERIA DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

- IV. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA
 - 1. La heterogeneidad de opciones estatutarias
 - 2. El nivel mínimo de asunción de competencias
 - 3. El nivel intermedio de asunción de competencias
 - 4. El nivel elevado de asunción de competencias
 - 5. El máximo nivel de asunción de competencias

- V. LA DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS NORMATIVAS
 - 1. Preliminar
 - 2. La competencia estatal exclusiva en materia de régimen notarial
 - 3. Los límites de la competencia normativa del Estado; los puntos de conexión entre el régimen notarial y la legislación foral, u otros títulos competenciales de las Comunidades Autónomas
 - 4. La distribución de competencias normativas en materia del recurso gubernativo contra calificaciones registrales
 - 5. La competencia estatal exclusiva en materia de tipificación de infracciones disciplinarias
 - 6. La competencia concurrente en materia de organización y funcionamiento de los Colegios notariales; la normativa autonómica es únicamente supletoria
 - 7. Las consultas de los notarios al centro directivo competente

- VI. LAS COMPETENCIAS EJECUTIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
 - 1. Preliminar
 - 2. El nombramiento de notarios
 - 3. La valoración de los méritos por el conocimiento de la lengua propia y del Derecho foral de la Comunidad Autónoma en la que se va a ejercer la función notarial
 - 4. Las competencias autonómicas en materia de convocatoria de concursos y oposiciones
 - 5. Las competencias autonómicas en materia de demarcación notarial y determinación del número de notarios

- VII. RECAPITULACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Como explica Zygmunt BAUMAN en su estudio sobre la "postmodernidad líquida" (1), a diferencia de la rigidez y densidad de los cuerpos sólidos (que se pueden quebrar o romper), los líquidos y los gases se cualifican por su dinámica fluidez (circulan de manera natural y no es posible detenerlos fácilmente). Los líquidos y los gases no conservan su forma durante mucho tiempo, y están permanentemente dispuestos a cambiarla. Según el citado autor, "mantener la forma de los fluidos requiere muchísima atención, vigilancia constante y un esfuerzo perpetuo ... e incluso en ese caso el éxito no es, ni mucho menos, previsible" (2).

Una vez transcurridos 40 años desde su entrada en vigor el 29 de diciembre de 1978, cabría pensar definitiva y sólidamente asentada la Constitución, como piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. Aunque algunos consideran que las Constituciones deben ser unas normas sólidamente rocosas, muy rígidas y difícilmente reformables, otros consideran que conviene actualizarlas periódicamente, pues "the earth belongs to the living generation" (según escribió Thomas JEFFERSON en una carta firmada en París el 6 de septiembre de 1789, y dirigida a James MADISON) (3).

En otras ocasiones no es indispensable hacer una reforma expresa y formal, pues con mucha frecuencia el texto constitucional tiene un significado abierto y poroso, permitiendo así una fluida mutación constitucional o cambio interpretativo. Sin perjuicio de otros cauces alternativos, los Estatutos de Autonomía pueden ser la vía utilizada para introducir una mutación o reforma constitucional encubierta sobre la distribución de competencias.

Pues bien, en ese contexto abierto y fluido de la insoportable levedad de algunos textos normativos muy vaporosos o gaseosos, resulta indicado recordar la "ley de Boyle y Mariotte" (que a todos nos enseñaron en el colegio, incluso a los de letras). Como es sabido, en el ámbito de la física, esa ley explica que, si no están sometidos a presión, los gases tienden a expandirse hasta ocupar todo el espacio

(1) BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, cuarta reimpresión, Fondo de Cultura Económica, Madrid 2018.

(2) BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, cuarta reimpresión, Fondo de Cultura Económica, Madrid 2018, página 13.

(3) JEFFERSON, T. *Escritos políticos. Declaración de independencia, autobiografía, epistolario ...*, edición y estudio preliminar de De Salas, J., y traducido por Escotado, A, y Sáenz de Heredia, M; Editorial Tecnos, Madrid 2014, páginas 418 a 423.

del que disponen; si se introduce alguna dosis de presión, disminuye el volumen ocupado por el gas.

Algo parecido sucede también con las tendencias expansivas del nacionalismo rampante y su tendencia natural a expandirse ilimitadamente, con la ambición de asumir siempre alguna dosis mayor de poder. Si la sociedad civil y las autoridades estatales no introducen alguna dosis de presión en los flujos y reflujos autonómicos, de manera casi inevitable seguirán creciendo las competencias de las Comunidades Autónomas en materia del notariado y de los instrumentos públicos. Sin esa dosificada presión, el nacionalismo impulsará el proceso de licuefacción de la norma constitucional, que puede correr el riesgo de derretirse y perder su estado sólido.

Veamos por el momento, cuál es el origen normativo y el actual "*statu quo*" de la distribución de competencias estatales y autonómicas en materia del notariado.

II. LOS PRECEDENTES NORMATIVOS

1. LA CONSTITUCIÓN DE 1931

Aunque la Constitución de 1931 no hacía referencia expresa a los instrumentos públicos notariales, la distribución de competencias estatales y autonómicas en materia del notariado, ya resultaba de lo establecido en su artículo 15.1ª, a cuyo tenor:

"Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias:

1ª.- Legislación penal (...), y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas (...)".

2. EL ESTATUTO CATALÁN DE 1932

Teniendo en cuenta la sociología y el elevado número de opositores y notarios de origen catalán, no es de extrañar que el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 15 de septiembre de 1932, prestara especial atención a las competencias en esa materia. Esa norma atribuye a la Autonomía catalana extensas competencias ejecutivas.

Ahora bien, en aquél entonces algunos consideraron que además de todas las competencias ejecutivas, el Estatuto también confería una competencia normativa, quedando de competencia estatal las normas sobre las materias que el Estatuto no mencionaba expresamente (según resultaba del artículo 18 de la Constitución de 1931). En ese sentido, no sólo se afirmó la competencia autonómica para regular el uso de la lengua propia en las escrituras, sino también la mutualidad notarial, incluso un reglamento notarial propio de Cataluña (4). A mi juicio, esa interpretación doctrinal carecía del mínimo rigor, y realizaba una interpretación libre de la Constitución y del Estatuto. A tenor de lo dispuesto en el artículo 11 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 15 de septiembre de 1932:

"Los notarios los designará la Generalidad mediante oposición o concurso, que convocará ella misma con arreglo a las leyes del Estado. Cuando conforme a éstas deban proveerse las Notarías vacantes por concurso o por oposición entre los notarios, será admitidos todos con iguales derechos, ya ejerzan en el territorio de Cataluña, ya en el resto de España.

En cuantos concursos convoque la Generalidad serán condiciones preferentes el conocimiento de la lengua y del Derecho catalanes, sin que en ningún caso puede establecerse la excepción de naturaleza o vecindad".

(4) BADÍA TOBELLA, F. de P.; "La Generalitat i els Notaris", GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M., SERRANO DE NICOLÁS, A. (coords.), *Derecho notarial i documental*, número especial de la Revista La Notaría 150 años, Barcelona 2008, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, página 1669: "L'execució de tot el dret notarial sí que pertany a la Generalitat. Per això no cal pas invocar l'article 14 en la determinació de les facultats presidencials, prou n'hi ha amb el transcrit dels articles 5 i 12. Així doncs, a la Generalitat correspon de dret tot el que es materia de reglaments, de decrets, d'ordres i d'instruccions. Ella regularà l'ús del català en les escriptures per a portar a la millor pràctica l'article segon de l'Estatut; el registre català d'últimes voluntats (el què també pot pretendre en les seves facultats legislatives com a materia complementària de les formes dels testaments sense perjudicar l'ordenació, res més que l'ordenació, del Central, que preveu el repetit article 15 de la Constitució), la demarcació, els concursos, la mutualitat, la forma dels instruments públics i instruccions per la llur redacció, etc.

(...) Creiem pot i deu la Generalitat dictar el nostre reglament notarial. Al fer-ho caldrà fressar camins de molta prudència i reflexió, però és urgent foragitar tota negligència".

Originariamente ese texto de BADÍA TOBELLA se publicó en el número 9 de la Revista la Notaría, año 1932.

Durante la vigencia del Estatuto de 1932, la Generalidad de Cataluña aprobó el Decreto de 8 de junio de 1933 (sobre los servicios del notariado). Con arreglo a esa disposición, los protocolos seguían siendo de titularidad estatal, además se evitó la desmembración de la mutualidad, pero la Generalidad podía convocar oposiciones, que empezaban con las pruebas sobre la lengua propia y el derecho foral, que además tenían carácter eliminatorio. Quienes hubieran superado esas oposiciones autonómicas, después podían participar en los concursos convocados por el Estado.

3. EL ESTATUTO VASCO DE 1936

Por otro lado, teniendo en cuenta el impacto del perfil sociológico en el inferior número de opositores a notarias, no es de extrañar que el Estatuto de Autonomía del País Vasco de 6 de octubre de 1936, se limitase a establecer en su artículo 2.b.2), que correspondía a esa Autonomía la legislación exclusiva y la ejecución directa en materia de: "*Legislación notarial, incluido el nombramiento de Notarios, con sujeción a las reglas de provisión que rijan en el resto del territorio*". Para no desviarme del hilo argumental del encargo que he recibido, me limitaré a destacar la incongruencia entre atribuir al País Vasco en exclusiva la competencia normativa, y al mismo tiempo someter la provisión de notarías a las reglas estatales.

III. LA ELABORACIÓN DEL TEXTO CONSTITUCIONAL, Y LA COMPETENCIA ESTATAL EN MATERIA DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

No muy distinta a la Constitución de 1931, fue la originaria redacción del anteproyecto de la vigente Constitución (texto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 5 de enero de 1978). En efecto, el artículo 138.7 atribuía al Estado la competencia de "*ordenación de los Registros e hipotecas*", también en materia de "*bases de las obligaciones contractuales*", pero no contenía ninguna referencia expresa a los "instrumentos públicos".

Sin perjuicio del cambio de numeración (ahora artículo 143.1.8^o), ese mismo "*statu quo*" se mantiene también en el Dictamen de la Comisión de asuntos constitucionales y libertades del Congreso de los Diputados, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 1 de julio de 1978. Igual situación reproduce también el texto del proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (Boletín Oficial de las Cortes de 24 de julio de 1978).

Una vez el texto llegó ya al Senado, se presentó la enmienda 943, firmada por Alberto BALLARÍN MARCIAL (del grupo Unión del Centro Democrático), en la que se proponía sustituir en el artículo 143.1.8º la mención sobre "*ordenación de los registros e hipotecas*", por otra referencia más completa a la: "*ordenación de los registros e instrumentos públicos*". Además, en relación a la competencia en materia de "*bases de las obligaciones contractuales*", ese mismo senador sugirió añadir una referencia expresa a los "*requisitos para su formalización y prueba*". Esa enmienda 943 se fundamentó en la siguiente justificación:

"Resulta anticuado e innecesario, además de redundante, aludir a las hipotecas. En cambio, debe aclararse que la materia de instrumentos públicos y, por tanto, la formalización y la prueba de las obligaciones es algo que compete al Estado Nacional, por la sencilla razón de que esos documentos han de hacerse en todo el territorio. Existe incluso una tendencia a la unificación internacional, pues cada día son más frecuentes los contratos entre personas de diversas nacionalidades y regiones por la movilidad social propia de nuestra época. Por otra parte, es evidente que la regulación de los instrumentos públicos y registros de ese carácter forman un sistema inescindible que arranca de la legislación del siglo XIX (Ley del Notariado, Ley Hipotecaria), y se mantiene hasta hoy".

En la sesión celebrada por la Comisión de Constitución del Senado el miércoles 13 de septiembre de 1978, el propio senador BALLARÍN MARCIAL presentó una enmienda "*in voce*" introduciendo alguna precisión, de manera que mantuvo la referencia a "los registros e instrumentos públicos", pero suprimió la relativa a los "*requisitos para su formalización y prueba*". Sometida a votación, esa enmienda fue aprobada con unanimidad (25 votos). Por ello, el texto del artículo 148.1.8º del proyecto de Constitución que incorpora el Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado (Boletín Oficial de las Cortes de 6 de octubre de 1978), empezaba estableciendo lo siguiente: "*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 8.º Legislación civil común y la que regule los registros e instrumentos públicos*".

Con posterioridad, el senador de "Ezquierda Republicana de Catalunya" Rosendo AUDET PUNCERNAU, presentó el voto particular 434 al mencionado Dictamen de la Comisión, en el que se proponía una redacción alternativa que silenciaba la referencia expresa a los "ins-

trumentos públicos". Ocurre que cuando ese voto particular fue objeto de debate en la sesión del Pleno del Senado de 3 de octubre de 1978, el mencionado senador no hizo alusión expresa alguna (ni a favor ni en contra), sobre la referencia a los "instrumentos públicos" (5). En ese contexto, se comprende que la modificación propuesta por el Senado sobre ese artículo 148.1.8º, hiciese referencia a: "*La legislación civil común y la que regule los registros e instrumentos públicos*" (Boletín Oficial de las Cortes número 161, de 13 de octubre de 1978).

Como resultado del Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado, esa disposición pasó a figurar en el artículo 149.1.8ª, relegándose a un lugar más retrasado del texto de esa disposición, la referencia a la competencia estatal en materia de "*los registros e instrumentos públicos*" (Boletín Oficial de las Cortes número 170, de 28 de octubre de 1978). Ese Dictamen de la Comisión Mixta fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en la sesión celebrada el 31 de octubre de 1978, incorporándose así al texto sometido a referéndum celebrado el 6 de diciembre, y definitivamente publicado en el Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre de 1978.

IV. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

1. LA HETEROGENEIDAD DE OPCIONES ESTATUTARIAS

Como es propio del pluralismo político (artículo 1.1 de la Constitución), y de la diversa autonomía territorial matizada por hechos diferenciales (artículo 137 CE), no hay un régimen unitario o uniforme de competencias autonómicas en materia del notariado. El específico ámbito competencial de cada Comunidad se fija en su respectivo Estatuto de Autonomía.

(5) Ello no obstante, el senador Rosendo AUDET PUNCERNAU formuló la siguiente reflexión: "*En esta Constitución, por el contrario, la legislación civil está enteramente en manos del Estado, exceptuando todo lo que es modificación, conservación o desarrollo de las legislaciones forales vigentes. La misma vigencia de estas legislaciones forales especiales demuestra que el Derecho Civil es una característica peculiar de cada comunidad. Por tanto, todo intento de uniformización supone mantener el caduco e injustificado centralismo que ha en tantas ocasiones hemos denunciado*" (Diario de Sesiones del Senado número 65, sesión plenaria 39, celebrada el martes 3 de octubre de 1978, página 3255).

Salvo en el caso de Cataluña, la regla general es que las Comunidades Autónomas sólo tienen competencias ejecutivas, que únicamente les permiten dictar actos administrativos. Algunas Comunidades Autónomas carecen de competencias en materia del notariado e instrumentos públicos (como sucede en los casos de Ceuta y Melilla)(6). Otras Comunidades tienen competencias muy limitadas en esa materia (como sucede en Cantabria o el País Vasco), otras han crecido de manera muy notable (es el caso de Cataluña, Islas Baleares y Aragón).

Como seguidamente se expone, el grupo más numeroso está compuesto por los Estatutos de Autonomía que atribuyen competencia de ejecución para nombrar o designar a los notarios, y para participar en la fijación de las demarcaciones notariales, todo ello de acuerdo con la legislación estatal (así ocurre en las Comunidades de Extremadura, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Islas Canarias, La Rioja, Madrid, Murcia, y el Principado de Asturias).

2. EL NIVEL MÍNIMO DE ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS

El País Vasco y Cantabria tienen competencia de ejecución para nombrar o designar a los notarios, de acuerdo con las leyes del Estado(7). En el País Vasco, el Estatuto añade una referencia expresa a los Colegios de profesiones tituladas.

3. EL NIVEL INTERMEDIO DE ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS

Las Comunidades de Extremadura, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Islas Canarias, La Rioja, Madrid, Murcia, y el Principado de Asturias, tienen competencia de ejecución para nombrar o designar a los notarios, y para participar en la fijación de las demarcaciones notariales, todo ello de acuerdo con la legislación estatal(8). En

(6) Estatuto de Autonomía de Ceuta (aprobado por Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo), y Estatuto de Autonomía de Melilla (aprobado por Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo).

(7) Artículo 10.22 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre). Artículo 26.13 del Estatuto de Autonomía de Cantabria (aprobado por Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, en la redacción que resulta después de la Ley Orgánica 11/1998, de 30 de diciembre).

(8) Artículo 11.1.2 del Estatuto de Autonomía de Extremadura (aprobado por la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, en la redacción que resulta después de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero). Artículo 26 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (aprobado por Ley Orgánica

Castilla y León se añade la competencia para velar por la adecuada prestación del servicio encomendado a los notarios(9).

Además de nombrar o designar a los notarios, y tener competencia ejecutiva para el establecimiento de las demarcaciones notariales, la Comunidad de Andalucía también tiene competencia en materia de protocolos notariales(10).

4. EL NIVEL ELEVADO DE ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS

La mayoría de Comunidades tienen competencia de ejecución para nombrar o designar a los notarios, y para participar en la fijación de las demarcaciones notariales, todo ello de acuerdo con la legislación estatal. En Navarra es mérito prioritario el conocimiento del Derecho foral(11), pero de momento no hay una norma autonómica que desarrolle esa cuestión.

En Galicia debe ponderarse como mérito preferente, no sólo el conocimiento del derecho foral propio, sino también de la lengua propia(12). En la Comunidad Valenciana parece establecerse como requisito necesario, el conocimiento de la lengua propia; también del Derecho, a pesar de no existir Derecho foral propio(13).

nica 9/1982, de 10 de agosto). Artículo 76.14 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (aprobado por Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, en la redacción que resulta después de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre). Artículo 111 del Estatuto de Autonomía de las Islas Canarias (aprobado por Ley Orgánica 1/2015, de 5 de noviembre). Artículo 38 del Estatuto de Autonomía de La Rioja (aprobado por Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio). Artículo 50 del Estatuto de Autonomía de Madrid (aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de enero, en la redacción que resulta después de la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio). Artículo 12.dos) del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (aprobado por Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio). Artículo 13 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (aprobado por Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, en la redacción que resulta después de la Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero).

(9) Artículo 76.14 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (aprobado por Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, en la redacción que resulta después de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre).

(10) Artículo 77 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo).

(11) Artículo 52 de la Ley de Amejoramiento del Fuero de Navarra (aprobada por Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto).

(12) Artículo 26 del Estatuto de Autonomía de Galicia (aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril).

(13) Artículo 64 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (aprobado por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril).

5. EL MÁXIMO NIVEL DE ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS

La Comunidad Autónoma de las Islas Baleares tiene competencia de ejecución para nombrar o designar a los notarios (son méritos preferentes el conocimiento del Derecho foral y de la lengua propia), y para participar en la fijación de las demarcaciones notariales. Por otro lado, los órganos jurisdiccionales radicados en las Islas Baleares, tienen competencia para conocer de los recursos contra la calificación de documentos o cláusulas concretas que deban tener acceso a un registro público y estén fundados en el Derecho foral (14).

Según su Estatuto de Autonomía, la Comunidad de Aragón tiene igual alcance competencial, por lo que corresponde a la Administración autonómica nombrar o designar a los notarios (es méritos preferentes el conocimiento del Derecho foral), y participar en la fijación de las demarcaciones notariales. Aunque en rigor no se trate de una competencia administrativa de los órganos autonómicos, sino jurisdiccional de los órganos estatales, también se refiere el Estatuto a la competencia en materia de recursos jurisdiccionales contra las calificaciones registrales (15). No obstante la redacción literal del precepto estatutario, en rigor estricto no se trata de órganos jurisdiccionales "de" la Comunidad Autónoma, sino "situados" en el territorio de Aragón (16).

Como las demás Comunidades Autónomas, Cataluña también tiene competencia de ejecución para nombrar o designar a los notarios, y son méritos preferentes el conocimiento del Derecho foral y de la lengua propia. En su originaria redacción (Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre), a esas competencias el Estatuto únicamente añadía la participación en las demarcaciones y la fijación del número de notarios (17).

(14) Artículos 94.1.e) y 99 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (aprobado por Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, en la redacción que resulta después de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero).

(15) Artículo 78 del Estatuto de Autonomía de Aragón (aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril).

(16) Apartado 3, del artículo 78 del Estatuto de Autonomía de Aragón (aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril): *"Corresponde a los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de documentos o cláusulas concretas de los mismos, que deban tener acceso a un Registro público de Aragón y estén fundados en el Derecho foral aragonés"*.

(17) Artículo 24 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre): *"Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles."*

1.- *Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles serán*

En la actualidad, y según el vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 2/2006), esa competencia alcanza además a la convocatoria, administración y resolución de las oposiciones libres y restringidas, y de los concursos para la provisión de notarías. Esa Comunidad también tiene competencia para el nombramiento de los notarios encargados del archivo de los protocolos.

En cuanto al conocimiento del idioma, en Cataluña no es sólo un mérito preferente, sino más bien un requisito necesario; es más, se exige un nivel adecuado y suficiente de la lengua propia (18). Por otro lado, en relación al conocimiento del Derecho foral catalán, la Comunidad Autónoma tiene competencia para participar en la elaboración de los programas de acceso al cuerpo de notarios.

También tiene competencia para la fijación de las demarcaciones notariales, en el marco de lo establecido por la legislación estatal. Además, el vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye a la Generalidad la competencia exclusiva en materia de régimen de los recursos gubernativos sobre la calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán, que deban tener acceso a un Registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña (19).

nombrados por la Generalidad, de conformidad con las Leyes del Estado. Para la provisión de notarías, los candidatos serán admitidos en igualdad de derechos, tanto si ejercen en el territorio de Cataluña como en el resto de España. En estos concursos y oposiciones será mérito preferente la especialización en Derecho catalán. En ningún caso podrá establecerse la excepción de naturaleza o vecindad.

2.- La Generalidad participará en la fijación de las demarcaciones correspondientes a los Registros de la Propiedad y Mercantiles para acomodarlas a lo que se disponga en aplicación del artículo 18, párrafo 2, de este Estatuto. También participará en la fijación de las demarcaciones notariales y del número de Notarios, de acuerdo con lo previsto en las Leyes del Estado”.

(18) Artículo 33.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio).

(19) Artículo 147 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio): “Notariado y registros públicos.

1.- Corresponde a la Generalitat de Catalunya, en materia de notarías y registros públicos de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, la competencia ejecutiva que incluye en todo caso:

a) El nombramiento de los Notarios y los Registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, mediante la convocatoria, administración y resolución de las oposiciones libres y restringidas y de los concursos, que debe convocar y llevar a cabo hasta la formalización de los nombramientos. Para la provisión de las notarías y de los registros, los candidatos deben ser admitidos en igualdad de derechos y deben acreditar el conocimiento de la

V. LA DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS NORMATIVAS

1. PRELIMINAR

La titularidad de las competencias normativas comporta la capacidad de elaborar y aprobar leyes y reglamentos. En materias como el régimen del notariado y de los colegios profesionales, hay una reserva de ley en virtud de la cual los representantes parlamentarios de los ciudadanos deben adoptar las decisiones básicas o esenciales (LN/1862), que pueden ser completadas o desarrolladas por el Gobierno aprobando un reglamento ejecutivo (RN/1944).

Aunque en materia del notariado la competencia normativa corresponde en exclusiva al Estado, también puede existir concurrencia de competencias (como sucede en materia de colegios profesionales). Otras veces la competencia normativa es autonómica aunque haya algún punto de conexión con el ejercicio de la función notarial, pues en rigor se trata de normas en materia de derecho foral.

Cuando la competencia normativa corresponde al Estado, la competencia ejecutiva puede ser autonómica, como sucede con el nombramiento o designación de los notarios, acto administrativo que adopta un órgano autonómico en aplicación de la normativa estatal. Otras veces corresponde al Estado tanto la competencia normativa como la ejecutiva; así ocurre en materia disciplinaria; la ley estatal

lengua y del derecho catalanes en la forma y con el alcance que establecen el Estatuto y las Leyes.

b) *La participación en la elaboración de los programas de acceso a los cuerpos de notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de España, a los efectos de acreditar el conocimiento del Derecho catalán.*

c) *El establecimiento de las demarcaciones notariales y registrales, incluida la determinación de los distritos hipotecarios y de los distritos de competencia territorial de los notarios.*

d) *El nombramiento de Notarios archiveros de protocolos de distrito y guarda y custodia de los libros de contaduría de hipotecas.*

2.- *Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen de los recursos sobre la calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán, que deban tener acceso a un Registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña.*

3.- *Corresponde a la Generalitat, en el marco de la regulación general, la competencia ejecutiva en materia de Registro Civil, incluido el nombramiento de sus encargados, interinos y sustitutos, el ejercicio con relación a éstos de la función disciplinaria, así como la provisión de los medios humanos y materiales necesarios para el ejercicio de las funciones. Estos encargados deben acreditar el conocimiento de la lengua catalana y del derecho catalán en la forma y el alcance que establezcan el Estatuto y las Leyes”.*

tipifica las infracciones, y las sanciones también las imponen autoridades estatales. Finalmente, en alguna materia corresponde a la Comunidad Autónoma tanto la competencia normativa como la ejecutiva; así ocurre cuando el recurso gubernativo contra la calificación registral se fundamenta únicamente en el Derecho foral, materia que algunas Comunidades pueden regular, correspondiendo a un órgano autonómico la estimación, desestimación o inadmisión del recurso.

2. LA COMPETENCIA ESTATAL EXCLUSIVA EN MATERIA DE RÉGIMEN NOTARIAL

En línea general de principio, y sin perjuicio de las precisiones que luego se formularán, corresponde al Estado en exclusiva todas las competencias normativas sobre el notariado, que ejercerá mediante leyes y reglamentos según la materia a tratar y la existencia de reserva de ley. Tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, las Comunidades Autónomas no pueden establecer especialidades o peculiaridades normativas referidas al régimen notarial(20). Por

(20) STC 87/1989, de 11 de mayo (fj 3): *"La competencia exclusiva del Estado en la "ordenación de los registros e instrumentos públicos" está reconocida por el art. 149.1.8 de la Constitución. Es cierto que en el art. 24 del E. A. C., se atribuyen a la Generalidad determinadas competencias en materia de nombramientos de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles "de conformidad con las Leyes del Estado" (núm. 1 del citado artículo); y de participación "en la fijación de las demarcaciones notariales y del número de Notarios, de acuerdo con lo previsto en las Leyes del Estado" (núm. 2 del mismo precepto) a que nos hemos referido en el fundamento anterior. Pero fuera de estas limitadas competencias de ejecución de la legislación estatal, ninguna otra suma el E. A. C. sobre el régimen jurídico del Notario Hay, pues, que partir una vez más, para clarificar las posibles intromisiones de competencias, del principio o regla general de que las correspondientes a las Comunidades Autónomas son las que ellas mismas han asumido en sus Estatutos, dentro del marco que definen los arts. 148 y 149 de la Constitución, por lo que, como dice la STC 67/1983, de 22 de julio, "las competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña en relación con el Cuerpo Notarial deben medirse de acuerdo con lo que previene el art. 24 del Estatuto de Autonomía de Cataluña" Y es claro que en este precepto, al margen de los dos extremos que cita, ninguna otra competencia ha asumido la Generalidad de Cataluña en el régimen normativo del Notariado. Así, pues, el título específico de la Generalidad en materia notarial no es otro que el art. 24 de su Estatuto y, por tanto, a él resulta de aplicación la doctrina que cita el recurrente, contenida en la STC 71/1982, de 30 de noviembre, según la cual la inclusión de una competencia en regla de más amplio alcance -en este caso sería la de Colegios Profesionales del art. 9.23 del*

tanto, no es constitucionalmente exigible que la normativa estatal deje abierto un cierto espacio normativo para que las Comunidades Autónomas ejerzan con libertad un supuesto margen de apreciación.

3. LOS LÍMITES DE LA COMPETENCIA NORMATIVA DEL ESTADO;
LOS PUNTOS DE CONEXIÓN ENTRE EL RÉGIMEN NOTARIAL Y
LA LEGISLACIÓN FORAL, U OTROS TÍTULOS COMPETENCIALES
DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Una cosa es afirmar que corresponde al Estado en exclusiva el régimen notarial y de los instrumentos públicos, y otra muy distinta es añadir que cualquier norma que establezca la intervención de un notario deba ser aprobada siempre por el Estado, o que las Comunidades Autónomas no puedan aprobar normas que impongan a los notarios obligaciones, como las de suministrar información tributaria a la hacienda autonómica; en ese último escenario, estamos ante la competencia de la Comunidad Autónoma para establecer y regular su propia organización administrativa de la hacienda pública (artículo 148.1.1ª de la Constitución) (21).

Estatuto-, debe ceder ante la regla más especial, que es en este supuesto la del art. 24, relativa concretamente al nombramiento de Notarios en Cataluña y la participación de la Generalidad en la fijación de las demarcaciones notariales y del número de Notarios.

Así las cosas, la competencia del Estado sobre esta materia deriva claramente de los títulos por él invocados en este conflicto: Artículo 149.1.8 de la Constitución, "ordenación de los instrumentos públicos"; y artículo 149.1.18 "las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios".

(...) En conclusión, la primera línea argumental seguida por la Generalidad de Cataluña para impugnar globalmente todos los artículos del R. N. que, modificados por el Real Decreto 1209/1984, regulan los Colegios Notariales y sus Juntas Directivas, ha de ser rechazada porque supondría, no sólo que la competencia exclusiva sobre Colegios Profesionales que le atribuye el art. 9.23 del Estatuto, ejercida como pretende en los términos del art. 25.2, eliminaría las competencias exclusivas del Estado del art. 149.1.8 y 18, sino que, además, por la vía de aquel precepto estatutario, quedarían ampliadas considerablemente las únicas competencias que en materia notarial le asigna específicamente el art. 24 del propio Estatuto".

(21) Por ilustrarlo con un ejemplo concreto, la Orden de 24 de septiembre de 2003, regula las declaraciones informativas de los Notarios en relación con los tributos cedidos a la Comunidad Autónoma de Andalucía. Por otro lado, la Orden de 23 de marzo de 2007 regula la remisión por los notarios a la Administración Tributaria de la Junta de Andalucía, de la copia simple electrónica de las escrituras y demás documentos públicos, a efec-

Pondré otro ejemplo ilustrativo de las competencias normativas de las Comunidades Autónomas que tienen un punto de conexión con el ejercicio de la función notarial: en legítimo ejercicio de sus competencias para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho foral, al regular una materia civil como la sucesoria, una Comunidad Autónoma puede mencionar la intervención de un notario, sin que ello comporte una invasión de las competencias estatales. Por ilustrarlo con un ejemplo concreto, nada impide que en relación al testamento que se otorga ante notario, la Comunidad Autónoma establezca en una ley las reglas aplicables a la intervención de los testigos (22).

tos de los impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Entre otras muchas disposiciones autonómicas, en Galicia también cabe mencionar aquí la Orden de 1 de septiembre 2004, que aprueba el modelo informatizado "N01. Índices notariales, declaración informativa a efectos tributarios" y dicta instrucciones para su gestión y presentación. Una última referencia para mencionar la Orden de 23 de marzo 2004 (aprueba el modelo informatizado 160 de "Índices Notariales. Declaración informativa a efectos tributarios" y dicta normas para su gestión y presentación en las Islas Baleares).

(22) STC 156/1993, de 6 de mayo (fj 5): *"La regulación sobre la intervención de testigos en los testamentos ante Notario forma parte en nuestro ordenamiento de la legislación civil testamentaria, no de la legislación notarial, localización sistemática esta que no puede dejar de tenerse en cuenta a la hora de identificar el ámbito de las categorías jurídicas (ordenación de los "instrumentos públicos", en este caso) empleadas por el art. 149.1 de la Constitución con fines de articulación competencial.*

(...) Ni la intervención de testigos se integra, por lo tanto, en el régimen tradicional de autorización de escrituras públicas y otros instrumentos notariales ni su exigencia con relación a los testamentos proviene de la legislación notarial, sino, con toda claridad, de la normativa civil a la que aquélla expresamente remite.

(...) La integración en la legislación civil sobre testamentos –no en la ordenación de los instrumentos públicos– de todo lo relativo a los testigos testamentarios resulta corroborada, por lo demás, a la vista de la consideración doctrinal, prácticamente unánime, sobre el carácter de la intervención de testigos en este acto jurídico. Tal intervención, cuando la ley la exige, constituye una formalidad o solemnidad propia del testamento, sin que los testigos instrumentales realicen, en modo alguno, funciones que puedan ser calificadas de "notariales", pues el testamento es autorizado sólo por el funcionario interviniente, único depositario de la fe pública. Han sido y son imperativos propios de la legislación sobre testamentos y no de la notarial –esto es lo que ahora importa descartar– los que han llevado al legislador a requerir la presencia de testigos en los testamentos ante Notario".

La conclusión es igualmente clara cuando interviene un notario, pero no lo hace en ejercicio de su función pública notarial. Por ejemplo, así ocurre cuando una Comunidad Autónoma establece un régimen especial para el Jurado Provincial de Expropiación; en efecto, al integrarse en ese tipo de órgano administrativo de carácter colegiado, el notario no ejerce su función como fedatario público; tampoco representa a los intereses del expropiado. En consecuencia, no hay ningún obstáculo constitucional que impida que una Comunidad Autónoma ejerza sus competencias normativas sobre esa materia y establezca la composición y régimen de funcionamiento administrativo de un órgano colegiado(23).

4. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS EN MATERIA DEL RECURSO GUBERNATIVO CONTRA CALIFICACIONES REGISTRALES

El reparto o distribución de competencias se complica en relación al llamado recurso gubernativo que pueden interponer los notarios para impugnar las calificaciones registrales. En línea general de principio, ese régimen impugnatorio está regulado en normas estatales, y la competencia para conocer y resolver los recursos se atribuye a la Dirección General de los Registros y del Notariado, dependiente del Ministerio de Justicia. Ello no obstante, cuando se aplica una norma foral en la calificación registral que es objeto de impugnación, corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia para regular el recurso gubernativo.

Ello no obstante, en Cataluña se introdujo un régimen especial mediante la Ley 5/2009, de 28 de abril (sobre el recurso contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán, que deban inscribirse en un Registro de la propiedad, mercantil, o de bienes muebles de Cataluña). Lo peculiar de esa norma autonómica es que no se limitó a regular los recursos gubernativos exclusivamente fundados en el Derecho catalán, sino que, al establecer el régimen de acumulación de recursos, lo extendió más allá del Derecho propio. En efecto, en su redacción originaria, el artículo 3.4 de esa Ley 5/2009 estableció lo siguiente: *"Si varios interesados optan por interponer cada uno un recurso gubernativo y al menos uno se basa en normas del derecho catalán o en su infracción, la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas debe sustanciar todos los recursos, incluidos los que no*

(23) STC 251/2006, de 25 de julio (fj 10).

aleguen la infracción de una norma del derecho catalán, en una sola pieza y debe resolverlos acumuladamente”.

A juicio de la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/2014, ese precepto legal desborda las competencias autonómicas, que deben ceñirse únicamente a lo previsto en el artículo 147.2 del Estatuto de Cataluña, es decir, a la *“calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán”*(24). Por tanto, Cataluña no puede establecer el régimen de recursos cuando el Derecho aplicable es el estatal o el de otra Comunidad Autónoma. Ahora bien, siempre y cuando el Estatuto de Autonomía atribuya expresamente competencia en materia de esos recursos gubernativos, y siempre y cuando la Administración autonómica ciña sus competencias a las impugnaciones únicamente fundadas en su Derecho propio, nada impide que esa competencia normativa sea ejercida por las autoridades autonómicas.

(24) STC 4/2014, de 16 de enero (fj 3): *“Encontrado el debate en los términos expuestos, según se desprende del artículo 3.4 antes transcrito, el órgano administrativo competente para conocer de los recursos gubernativos varía dependiendo de la invocación que, en cualquiera de ellos, se haga de la normativa estatal o autonómica. Se establece una regla sobre la acumulación de recursos gubernativos dirigidos contra una misma calificación registral negativa que impone, por el solo hecho de que uno de ellos se base en normas de Derecho catalán o en su infracción, una vis atractiva a favor de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat, habilitándola para sustanciarlos todos en una sola pieza, incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán.*

Es evidente que tal atribución excede de la competencia estatutariamente asumida por la Comunidad Autónoma de Cataluña para resolver estos recursos gubernativos, que se circunscribe estrictamente a la “calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán” (art. 147.2 EAC), siendo su finalidad, tal y como se declara en la exposición de motivos de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, la de preservar y proteger el Derecho catalán. Es igualmente evidente que esta habilitación estatutaria no incluye –ni podría incluir– la preservación o protección de otros Derechos forales o especiales, ni del Derecho civil común.

(...) En conclusión, resulta contrario al bloque de la constitucionalidad el artículo 3.4 impugnado, en cuanto atribuye a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat la competencia para resolver los recursos cuando las cuestiones registrales planteadas exceden del marco estricto del Derecho civil catalán. Incurre así el precepto en inconstitucionalidad y nulidad en los incisos “y al menos uno se basa en normas del Derecho catalán o en su infracción” e “incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán”.

5. LA COMPETENCIA ESTATAL EXCLUSIVA EN MATERIA DE TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES DISCIPLINARIAS

En una materia reservada a la ley como es la sancionadora (artículo 25 CE), es competencia estatal exclusiva aprobar las normas que establecen el régimen disciplinario aplicable a los notarios. En consecuencia, so pretexto de sus competencias normativas en materia de urbanismo (artículo 148.1.3ª CE), las Comunidades Autónomas no pueden establecer mediante leyes o reglamentos especialidades en materia del régimen sancionador o disciplinario aplicable a los notarios. En efecto, al regular la formalización documental del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, e imponer la obligación de comunicarlo fehacientemente a la Administración, el legislador autonómico no puede tipificar una infracción imputable al notario (25).

(25) STC 207/1999, de 11 de noviembre (ff jj 8 y 9): *"De lo expuesto se infiere que la infracción contenida en el art. 47.3 de la Ley Foral 7/1989, que tiene como sujetos pasivos a Notarios y Registradores de la Propiedad, no hace descansar la ilicitud que en ella se sanciona en un hecho inmediatamente lesivo de la ordenación urbanística, sino que lo sitúa en el incumplimiento de los deberes que a tales profesionales incumben en el ejercicio de la función pública, como garantes de la legalidad (incluida, claro está, la emanada de las Comunidades Autónomas), con el consiguiente quebranto de la correcta ejecución de dicha función. Estamos, pues, no ante una infracción urbanística, sino ante un ilícito disciplinario, sin que esa naturaleza pueda quedar alterada por el hecho de que de la realización de ese ilícito pudieran derivarse daños de tipo urbanístico.*

(...) Así las cosas, y descartado ya que el carácter de la controvertida norma sancionadora sea el urbanístico, hemos de añadir que no es tampoco título competencial habilitante para dictarla el que atribuye a la Comunidad Foral el art. 52.1 LORAFNA, en cuanto se limita al nombramiento de Notarios y Registradores de la Propiedad que deban prestar servicio en Navarra, así como a la participación de la Comunidad Autónoma en la fijación de las demarcaciones notariales y registrales, y en la determinación del número de Notarios que deban ejercer su función en Navarra, competencia esta que, con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 67/1983, 87/1989, 97/1989, y 120/1992), además de circunscribirse de manera taxativa a las mencionadas materias, sólo atribuye a la Comunidad Autónoma facultades de ejecución de la legislación estatal.

(...) Ha de concluirse, por tanto, que el precepto legal objeto del conflicto competencial ahora enjuiciado se sustenta sobre un ilícito administrativo que, como hemos razonado, no se inserta en el ámbito de la regulación sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, en el que la Comunidad Foral de Navarra ostenta competencia exclusiva, en virtud del art. 44.1 LORAFNA, sino que pertenece a esfera diversa a la urbanística y a sus instrumentos o técnicas propios, como es la de las correcciones gubernativas o disciplinarias que puedan imponerse a Notarios y Registradores de la

6. LA COMPETENCIA CONCURRENTE EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS COLEGIOS NOTARIALES; LA NORMATIVA AUTÓNOMICA ES ÚNICAMENTE SUPLETORIA

Aunque las Comunidades Autónomas tienen algunas competencias normativas en materia de Colegios Profesionales (en el marco de la legislación estatal fundada en el artículo 149.1.18ª CE), ese título competencial no alcanza a legitimar que una Comunidad Autónoma pueda modificar la organización de los Colegios Notariales, o a determinar las funciones que corresponden a sus Juntas Directivas(26). La legislación autonómica sobre Colegios Profesionales no se impone de manera directa e inmediata; sólo es aplicable para suplir las eventuales lagunas que puedan existir en la Ley del Notariado (LN/1862), y en su reglamento de desarrollo (RN/1944)(27).

Propiedad cuando éstos incurran en incumplimiento de sus deberes profesionales y, específicamente, del deber de vigilancia de la legalidad aplicable al autorizar instrumentos públicos y al permitir su acceso, mediante la correspondiente inscripción, en el Registro inmobiliario, función disciplinaria que no puede ser asumida por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio realicen sus funciones dichos profesionales, al carecer, según se ha razonado, de título competencial habilitante sobre dicha materia, integrante del estatuto regulador de dichos ejercientes de funciones públicas”.

(26) STC 87/1989, de 11 de mayo (fj 4): “Las características de los Colegios Notariales que han quedado expuestas y muy especialmente el hecho de que el Notariado esté “integrado por todos los Notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las Leyes y reglamentos determinan” (art. 1 del R. N.); y de que “en su organización jerárquica dependen del Ministro de Justicia, de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales” (art. 307 del R. N.), ha de proyectarse términos tales que a estos Colegios no les alcanza la competencia exclusiva que para los Colegios Profesionales han asumido algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Cataluña en virtud de lo dispuesto en el art. 9.23 de su Estatuto.

La descentralización del Notariado por la vía de sus diferentes Colegios, ni altera el carácter único del Cuerpo en toda España, ni priva al Estado de las competencias que le atribuye el art. 149.1.18 de la Constitución que, por estar integrados dentro de su propia Administración, ha de ejercer con toda amplitud, tanto en lo relativo a la ordenación de la función pública que desempeñan que, en parte, se canaliza a través de los Colegios Notariales, cuanto en lo concerniente al régimen estatutario de sus funcionarios”.

(27) STC 87/1989, de 11 de mayo (fj 4): “Ahora bien, la no equiparación a efectos competenciales entre unos y otros Colegios, no impide que se pueda aplicar a los Colegios Notariales la normativa reguladora de los Colegios Profesionales en general, contenida en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, modificada por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, o en la Ley 13/1982, de 17 de diciembre, que, sobre la misma materia, ha dictado la Generalidad de Cataluña en uso de la competencia que le atribuye el art. 9.23 de su

Esa es la orientación que expresamente sigue en el País Vasco la Ley 18/1997, de 21 de noviembre(28).

Dicho ello, no es impertinente ni inoportuno recordar que la anterior asimetría entre el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas y el de los Colegios Notariales, se superó mediante una norma estatal (concretamente el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, que introdujo un Anexo V en el RN/1944).

7. LAS CONSULTAS DE LOS NOTARIOS AL CENTRO DIRECTIVO COMPETENTE

Por otro lado, esa misma Comunidad Autónoma de Cataluña también tiene competencia normativa para regular el régimen de consultas que en materia de Derecho foral que por los notarios se pueden dirigir a un órgano autonómico. Es más, para garantizar la aplicación uniforme del Derecho foral catalán, la ley autonómica puede establecer que las respuestas tengan efecto vinculante para el Colegio Notarial (o para quien haga la consulta)(29). Esa fuerza

Estatuto. El art. 314 del R. N., que es uno de los preceptos impugnados, así lo reconoce al establecer que "los Colegios Notariales se regirán por la Legislación Notarial y por la de Colegios Profesionales en lo que no constituya especialidad establecida por aquélla. El Reglamento Notarial –añade este precepto– tendrá el carácter de regulador de la actividad pública notarial y de Estatuto general de la profesión".

Por tanto, la legislación sobre Colegios Profesionales que ha quedado citada será de aplicación a los Colegios Notariales "en lo que no constituya especialidad establecida" por la Ley del Notariado y su Reglamento y, en consecuencia, las limitaciones que en virtud de esta legislación afecten a la normativa por la que se rigen los Colegios Profesionales, sea o no autonómica, no pueden considerarse como invasión de competencias por parte del Estado, sino como el ejercicio por éste de las que le corresponden en virtud del art. 149.1.18 de la Constitución, sobre el régimen jurídico de la actividad pública notarial y sobre el Estatuto general de quienes la ejercen".

(28) Disposición adicional sexta de la Ley 18/1997, de 21 de noviembre (que regula el ejercicio de profesiones tituladas y de colegios y consejos profesionales del País Vasco): "Especificidad del Colegio de Notarios.

La presente Ley se aplicará al Colegio o Colegios de Notarios con ámbito territorial exclusivo en la Comunidad Autónoma del País Vasco en todo aquello que no constituya especialidad establecida por la legislación específica en materia de ordenación de los instrumentos públicos y de la actividad pública notarial, es decir, respecto de las actuaciones profesionales que, no siendo inherentes a su función pública, son realizadas como complemento de la misma en concurrencia con otros profesionales".

(29) STC 4/2014, de 16 de enero (fj 4): "El contenido del precepto impugnado responde a este tipo de competencia exclusiva, y por ello su ejerci-

vinculante no comporta una subordinación jerárquica del Colegio Notarial a un órgano de la Comunidad Autónoma. Conviene añadir, que el hecho de desatender las respuestas vinculantes, no puede ser objeto de sanciones administrativas (30).

cio puede adquirir un grado de intensidad en el que es constitucionalmente admisible la opción del legislador catalán en lo que concierne al carácter vinculante conferido a las consultas evacuadas por la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat.

f) *El artículo 7.2 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009 supone, en suma, la manifestación del ejercicio de una competencia exclusiva de la Generalitat sobre su sistema privativo de Derecho civil, fundada en la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil establecida por el artículo 149.1.8 CE, que ni afecta a la relación jerárquica de Notarios y Registradores con la Dirección General de los Registros y del Notariado ni condiciona, perturba, constriñe u obstruye el ejercicio de cualesquiera otras competencias estatales. En consecuencia, queda desestimada su impugnación”.*

(30) STC 4/2014, de 16 de enero (fj 4): *“Con fundamento en la citada doctrina, resulta incuestionable que los notarios y registradores únicamente se sitúan en relación de dependencia jerárquica con el Estado, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, órgano superior de aquéllos. Ahora bien, de las alegaciones del Abogado del Estado se desprende que la inconstitucionalidad que se reprocha al artículo 7.2 no se deduce directamente de su tenor literal, sino de unas hipotéticas consecuencias en el ámbito disciplinario para notarios y registradores que sólo pueden derivar de la dependencia jerárquica. Pero es patente que la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, además de aludir en su preámbulo a la inexistencia de tal dependencia respecto de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat, en su parte dispositiva no anuda al incumplimiento de lo previsto en el artículo 7.2 efecto alguno en la esfera disciplinaria, por lo que desde esta perspectiva no perturba la relación jerárquica de notarios y registradores con la Dirección General de los Registros y del Notariado.*

No cabe asimilar la fuerza vinculante de las respuestas a las consultas potestativas dirigidas a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat con una inexistente imposición coactiva con consecuencias disciplinarias en caso de incumplimiento, que la Ley autonómica claramente no contempla ni podría contemplar, pues tanto la responsabilidad civil como el régimen disciplinario de notarios y registradores pertenecen a la esfera de la competencia exclusiva del Estado. En lo que aquí interesa, así se desprende, por otra parte, de la propia Ley hipotecaria, cuyo 313.B k) tipifica como infracción grave “el incumplimiento y la falta de obediencia a las Instrucciones y resoluciones de carácter vinculante de la Dirección General de los Registros y del Notariado”. La legislación estatal aplicable circunscribe por tanto con toda nitidez las consecuencias disciplinarias a la relación con la Dirección General de los Registros y del Notariado, nota característica de la dependencia jerárquica. Y, como es reiterada doctrina de este Tribunal, en el Derecho punitivo, sometido estrictamente a la exigencia de predeterminación normativa y, con ello, al principio de

VI. LAS COMPETENCIAS EJECUTIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. PRELIMINAR

Sin perjuicio de otros productos jurídicos, la titularidad de las competencias ejecutivas comporta sobre todo la capacidad de dictar actos administrativos. Pueden ser actos individuales (como la designación o nombramiento), o también actos generales con un destinatario plúrimo e ignoto (la convocatoria de un concurso). Desde otra perspectiva, pueden ser tanto actos administrativos de trámite (un informe autonómico sobre la demarcación notarial), como actos resolutorios (la estimación de un recurso gubernativo interpuesto contra una calificación registral con fundamento en el derecho foral). La competencia ejecutiva también alcanza a la aprobación de reglamentos organizativos de la Administración (por ejemplo, para estructurar la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña), pero no se extiende a los reglamentos ejecutivos dictados en desarrollo de una ley.

No obstante lo que se acaba de afirmar, el vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 realiza una ampliación de las competencias ejecutivas, para extenderla a la aprobación de reglamentos ejecutivos que desarrollen o completen normas estatales de rango legal o reglamentario. En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 112 de ese Estatuto: "*Corresponde a la Generalitat en el*

tipicidad, están vedadas la interpretación extensiva y la analogía "in malam partem" (STC 90/2012, de 7 de mayo, FJ 4, y las allí citadas).

Se podrá discutir si esta circunstancia priva a las respuestas de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de efectiva fuerza vinculante, o las reduce a una función eminentemente doctrinal, aunque tampoco cabe ignorar que todos los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), y que todos los órganos de la Administración pública actúan con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE). No es pues ocioso indicar que, en su condición de funcionarios públicos, los notarios y registradores forman parte de esta esfera de especial sujeción –desde luego comprensiva de la legislación legítimamente dictada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias estatutarias– como consecuencia directa de principios constitucionales que trascienden su mero reflejo en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

En cualquier caso, de la mayor o menor eficacia en la práctica de la proclamación de la fuerza vinculante de las consultas evacuadas por la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat no cabe deducir el vicio de inconstitucionalidad que se denuncia".

ámbito de sus competencias ejecutivas, la potestad reglamentaria, que comprende la aprobación de disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado, así como la función ejecutiva, que en todo caso incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, todas aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración pública". A pesar de que afirma que un Estatuto de Autonomía no puede establecer la interpretación oficial y auténtica sobre el significado de las competencias ejecutivas, la STC 31/2010 no aprecia inconstitucionalidad en ese artículo 112 del Estatuto, por considerar que sólo contiene una "descripción" ilustrativa, y no una "definición" imperativa o vinculante (31).

(31) STC 31/2010, de 28 de junio (fj 58): "Los arts. 110, 111 y 112 EAC no pretenden disciplinar una cuestión ajena a la disponibilidad del legislador constituido como es la definición misma de qué sean las potestades legislativa, reglamentaria y ejecutiva comprendidas en las competencias de las que puede ser titular la Comunidad Autónoma de Cataluña. Tales potestades serán siempre y sólo las que se deriven de la interpretación de la Constitución reservada a este Tribunal y, de no mediar la oportuna reforma constitucional, su contenido y alcance no será sino el que eventualmente resulte de la propia evolución de nuestra doctrina.

Ello no obstante la misma indefinición del texto constitucional en este punto, unida a la inevitable dispersión de los criterios constitucionales determinantes al respecto en un cuerpo de doctrina conformado a lo largo de tres décadas, han deparado un cierto grado de incertidumbre en la identificación formal de las categorías y principios del modelo territorial del Estado una vez configurados y definidos por obra de nuestra jurisprudencia, pues, siendo cierto que unas y otros han sido objeto en ese tiempo de una definición jurisdiccional perfectamente acabada en su contenido sustantivo y que ha hecho posible reducirlos a una unidad mediante su ordenación como sistema, no lo es menos que la expresión formal de ese resultado adolece de las carencias características de toda obra jurisprudencial en términos de cognoscibilidad y reconocimiento por parte de la comunidad de sus destinatarios y obligados. En esas circunstancias, a los fines de la exposición ordenada y sistemática del conjunto de las potestades, facultades y funciones que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, integran el contenido funcional de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma en su norma institucional básica, pueden los Estatutos de Autonomía relacionar sin definir, esto es, sin otro ánimo que el descriptivo de una realidad normativa que le es en sí misma indisponible, y así lo han hecho los diversos Estatutos de Autonomía desde su aprobación, las potestades comprendidas en las competencias atribuidas, en el marco de la Constitución, a las respectivas Comunidades Autónomas.

Tal es, en definitiva, el sentido que les cabe a las previsiones incluidas en los arts. 110, 111 y 112 EAC, constitucionalmente aceptables en la medida en que, con la referida voluntad de descripción y de sistema, se acomodan a la construcción normativa y dogmática que cabe deducir de nuestra jurisprudencia en cada momento histórico, es decir, sin que su formalización

Sobre ese concreto extremo, hay división de opiniones: algunos consideran que la STC 31/2010 es poco persuasiva, otros estiman que es nada convincente. En cualquier caso, conviene poner de manifiesto que cuando la competencia normativa es exclusiva, es plenamente válido y conforme a Derecho que las leyes y los reglamentos estatales sobre el régimen notarial maximicen su densidad normativa (creando disposiciones muy tupidas), tanto que no dejen abierto margen alguno a posteriores desarrollos complementarios por la Generalidad de Cataluña.

2. EL NOMBRAMIENTO DE NOTARIOS

La cuestión o controversia competencial que más tempranamente se planteó, fue la relativa al nombramiento de notarios, atribución que asumen todos los Estatutos de Autonomía salvo los de Ceuta y Melilla. Si aislamos el término "nombramiento", y para maximizar las competencias autonómicas hacemos una interpretación elástica y expansiva de esa expresión, cabría pensar que les corresponde todo el proceso de selección de nuevos notarios, desde la convocatoria del procedimiento selectivo (oposición o concurso), la aprobación de los programas o temarios de conocimientos, la designación de los miembros del tribunal, la realización de las pruebas, la propuesta de candidatos elegidos, y su posterior nombramiento.

Ocurre que no es esa la interpretación aceptada por nuestro Tribunal Constitucional, que asimila el "nombramiento" con la simple "designación" para ocupar un cargo público. Corresponde al Estado todo el proceso de selección de aspirantes o candidatos, y la Comunidad se limita a nombrar a los elegidos por la Administración del Estado, debiendo realizar a continuación las oportunas comunicaciones a las autoridades estatales(32). En definitiva, se trata de

como expresión de la voluntad del legislador orgánico estatutario suponga un cambio en su cualidad normativa, que será siempre, de no mediar una reforma expresa de la Constitución, la propia del ejercicio de nuestra jurisdicción. Esto es, sin que en modo alguno se sustraiga a este Tribunal la facultad de modificar o revisar en el futuro la doctrina ahora formalizada en los preceptos examinados".

(32) STC 67/1983, de 22 de julio (fj 3): "Es consecuencia de lo dicho hasta aquí que las disposiciones de los párrafos primero y segundo del artículo 22 del Reglamento Notarial por sí solas no vulneran las competencias de la Generalidad de Cataluña. Por eso, el Abogado de la Generalidad trata de poner el acento en una violación que se produciría implícitamente de manera que la violación de la competencia no se produce tanto por lo que las normas dicen como por lo que suponen o por lo que prejuzgan. La presu-

un procedimiento plurifásico en el que intervienen distintas autoridades estatales y autonómicas(33) (lo que ha motivado un cambio

posición o el prejuicio implícito consiste en dar por sentado, con las consecuencias interpretativas que ello acarrea, que hay que separar del concepto "nombramiento", como algo no incluido dentro de él, toda la fase previa de selección, que comprende la convocatoria y la realización del concurso o de la oposición de acceso a la carrera notarial o a sus diferentes grados.

(...) De la lectura del precepto se desprende que en la competencia –que se sitúa dentro del marco de las competencias de ejecución– que el Estatuto atribuye a la Generalidad, es la de efectuar el nombramiento de los Notarios con arreglo a las leyes del Estado y que, aun cuando alude a algunas peculiaridades que deben existir en los concursos y en las oposiciones para cubrir plazas del territorio de Cataluña no atribuye a la Generalidad la competencia respecto de estos concursos y oposiciones.

De esta suerte, toda la cuestión actual gira alrededor de la interpretación que se quiera dar al concepto del nombramiento, pues nombramiento puede entenderse que es todo el proceso de selección que conduce a la designación de un funcionario; que es el acto final de ese proceso de selección en el cual se concede a una persona la condición funcional, y que es el acto de designación para la ocupación y desempeño de un concreto cargo o plaza. Colocados en este terreno, debemos concluir que en la interpretación del artículo 24 del Estatuto de Cataluña nombramiento debe entenderse como concreta designación".

STC 110/1983, de 29 de noviembre (fj 5): "La sentencia citada resolvió la controversia, en cuanto al orden competencial, atribuyendo a la Comunidad Autónoma la competencia para el nombramiento de Notarios, entendido como el acto de designación para la ocupación y desempeño de un concreto cargo y plaza y, en consecuencia, atribuyendo por exclusión al Estado la titularidad de la competencia para conocer de las restantes fases del proceso de provisión de Notarías, incluyendo la convocatoria de concursos y oposiciones".

En el mismo sentido se pronuncian también la STC 82/1984, de 20 de julio (fj 4); y la STC 84/1984, de 24 de julio (fj 3).

(33) STC 82/1984, de 20 de julio (fj 4): "Finalmente, tampoco resultan convincentes los argumentos relativos a las complicadas consecuencias que acarrearía el atribuir el nombramiento a un órgano distinto del que realiza la convocatoria y propuesta. Como dijimos ya en la última sentencia mencionada, F. J. 4, la técnica de compartir competencias sobre una misma materia no es en absoluto infrecuente en nuestro ordenamiento constitucional. Y si bien no hay que excluir que en determinados supuestos coincidan los órganos encargados de llevar a cabo el nombramiento y las fases anteriores al mismo, tampoco puede excluirse –como aquí sucede– que las competencias correspondientes a las diversas etapas del procedimiento de cobertura de vacantes sean atribuidas a órganos distintos. Sin que, como es obvio, corresponda al Tribunal resolver preventivamente los problemas concretos a que pueda dar lugar la aplicación del sistema resultante de la asunción de competencia –limitada al nombramiento– llevada a cabo en el Estatuto".

en el RN/1944(34), y la producción de normas autonómicas que atribuyen la competencia de nombrar o designar a los notarios que ejercen funciones en sus respectivos ámbitos territoriales)(35). Sin perjuicio de los evidentes matices, la situación es relativamente similar a la del nombramiento del Presidente del Gobierno, que formalmente es "nombrado" por el Rey, pero elegido por el Congreso de los Diputados al otorgarle su confianza, previo el despacho de los correspondientes trámites parlamentarios (artículo 99.3 de la Constitución).

No obstante el vaciamiento de competencias denunciado por la Comunidad Autónoma, el Tribunal Constitución destaca que el acto administrativo autonómico de nombramiento o designación tiene una doble función de notable relevancia jurídica(36): (i) habilita para ocupar un puesto público y ejercer la función que le corresponde; y, (ii) permite controlar la legalidad de la propuesta formulada por los correspondientes órganos estatales. Aunque sea una competencia ciertamente capitidisminuida, llama poderosamente la atención ese régimen de "tutela inversa", en el sentido de que la

(34) A tenor de lo establecido en la vigente redacción del artículo 85 del Reglamento Notarial (introducida por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero): "Los Decanos de los Colegios Notariales, los Delegados y Subdelegados de las Juntas Directivas y los Jueces de primera instancia, manifestarán a la Dirección General la fecha en que ocurriere una vacante, dentro de los tres días siguientes a la misma. Dicha Dirección general lo comunicará a la respectiva Comunidad Autónoma para el ejercicio de las competencias que tuviera asumidas estatutariamente".

(35) Por ejemplo, el Decreto 45/1999, de 11 de mayo noviembre (atribución de competencias para el nombramiento por la Comunidad de Aragón, de Notarios y de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles); el Decreto 191/1998, de 20 de noviembre (Comunidad de Madrid); o el Decreto 171/1984, de 19 de junio (para Andalucía).

(36) STC 67/1983, de 22 de julio (fj 3): "Se desprende claramente de este artículo 34 que la Comunidad Autónoma de Cataluña admite que el nombramiento es un acto de los poderes públicos, por el cual se designa a un funcionario para la ocupación de un cargo público habilitándole de una manera especial. Y no se nos diga que de esta manera se vacía la competencia de la Generalidad de Cataluña, pues, aparte de que es la que el Estatuto asumió, resulta una potestad pública de indudable trascendencia, ya que supone la específica habilitación para el ejercicio de la función en la plaza y cargo y significa la posibilidad de contrastar el cumplimiento de la legalidad en la propuesta de los tribunales calificadores o, en su caso, la Dirección General realicen en los términos y con el alcance previsto por el legislador".

En el mismo sentido se pronuncian también la STC 82/1984, de 20 de julio (fj 4); y la STC 84/1984, de 24 de julio (fj 3).

actuación estatal queda sometida al control de legalidad realizado por la Administración autonómica.

3. LA VALORACIÓN DE LOS MÉRITOS POR EL CONOCIMIENTO DE LA LENGUA PROPIA Y DEL DERECHO FORAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA EN LA QUE SE VA A EJERCER LA FUNCIÓN NOTARIAL

Distinta a la competencia para realizar el nombramiento del notario, es la de participación autonómica en la elaboración del temario o programa de oposiciones, que también es compatible con la distribución constitucional de competencias; es la Administración estatal quien aprueba el programa, pero alguna Comunidad Autónoma tiene competencia estatutaria para participar en su elaboración (se entiende que emitiendo un informe sobre el proyecto de programa) (37).

Por otro lado, las Comunidades Autónomas con lengua propia y con capacidad legislativa en materia de Derecho foral, establecen o imponen en sus respectivos Estatutos, la valoración como mérito para la provisión de plazas de notario, los conocimientos sobre esas dos materias. Ahora bien, ello no significa que sean las respectivas Administraciones autonómicas las que reconozcan esos méritos o ponderen su alcance. En efecto, esas competencias de reconocimiento y ponderación de méritos corresponden también a las autoridades estatales (38). A ese respecto, la competencia de las

(37) En relación al Estatuto de Autonomía de Cataluña, declara lo siguiente la STC 31/2010, de 28 de junio (fj 90): *"El apartado 1 letra b) atribuye a la Generalitat como potestad "ejecutiva" la "participación en la elaboración de los programas de acceso" a los cuerpos de Notarios y Registradores "a los efectos de acreditar el conocimiento del catalán". Se trata, una vez más, de una previsión estatutaria de participación que, afirmada en su dimensión ejecutiva, no condiciona en modo alguno (en los términos del F. 111) la competencia estatal para la elaboración de los programas de acceso a estos cuerpos"*.

(38) STC 120/1992, de 21 de septiembre (fj 4): *"Así pues, de acuerdo con el reparto de competencias establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, no corresponde a la Generalidad de Cataluña la regulación de la especialización en Derecho catalán como mérito preferente para la provisión de Notarías en Cataluña, porque ello entra en la competencia del Estado para regular el régimen de ingreso y provisión de aquéllas, dentro del régimen estatutario del Notariado. La competencia sobre la materia justifica que sea el ejecutivo estatal el competente para regular el mérito preferente objeto del Real Decreto impugnado, que, como condición general, afecta a todos los Notarios por igual [cfr. STC 56/1990, fundamento jurídico 11 d] y, por lo tanto, no se inserta en la competencia que en materia*

Comunidades Autónomas se limita a participar mediante la emisión de un informe no vinculante, en el procedimiento de elaboración de las normas estatales que contengan las reglas de reconocimiento y ponderación de tales méritos (39); es más, el Estado tiene un cierto margen de libertad de configuración normativa, a la hora de regular esa cuestión (40). A lo ya dicho conviene añadir dos precisiones:

de nombramiento de Notarios el art. 24.1 del EAC atribuye a la Generalidad de Cataluña, como va tuvimos ocasión de afirmar en un supuesto paralelo, el de la eventual apreciación de la especialización en Derecho catalán para la selección de Registradores (STC 56/1984 fundamento jurídico 4.º)".

(39) STC 56/1984, de 7 de mayo (fj 4): "Frente a tal concepción no cabe alegar como argumento contrario el aducido por la Abogada de la Generalidad, según el cual la consideración de la especialización en Derecho catalán como "mérito preferente" traería consigo, como consecuencia implícita, la competencia de la Generalidad para apreciar la existencia de tal especialización, ya que, en el supuesto de que tal previsión fuera aplicable a la selección de Registradores –cuestión ésta sobre la que no procede se pronuncie este Tribunal–, la apreciación de los conocimientos de Derecho catalán podría llevarse a cabo por los correspondientes órganos encargados de evaluar los méritos de los concursantes".

STC 82/1984, de 20 de julio (fj 4): "Por otra parte, la apreciación de los conocimientos del (sic) Decreto foral vigente en la Comunidad Autónoma y de la lengua oficial propia de la misma –si fueran exigibles de acuerdo con la normativa aplicable que no es objeto del conflicto– puede llevarse a cabo por los órganos del Estado, tal y como ya señaló el Tribunal en la sentencia número 56/1984, de 7 de mayo, F. J. 4, ante el razonamiento formulado por la Generalidad de Cataluña, en análogo sentido, si bien referido solamente a la especialización en Derecho catalán".

(40) En relación al Estatuto de Autonomía de Cataluña, declara lo siguiente la STC 31/2010, de 28 de junio (fj 90): "Otro tanto cumple señalar respecto del deber de acreditar el conocimiento del derecho catalán por parte de los Registradores y Notarios para esa provisión de puestos en Cataluña, pues, como ya dijimos en el fundamento jurídico 51, esta prescripción no deja de ser una legítima pretensión del legislador estatutario para la defensa y promoción de aquel derecho, que debe ser instrumentada por el legislador estatal con plena libertad".

En el mencionado fundamento jurídico 51 (referido a los jueces y magistrados), la STC 31/2010 declara lo siguiente: "El conocimiento del Derecho propio de Cataluña es una condición inexcusable en quien, como titular de un órgano de la jurisdicción, tiene como función la aplicación del Derecho integrado en el conjunto del Ordenamiento español, en el que se comprenden tanto el Derecho del Estado como las disposiciones de Derecho internacional debidamente incorporadas en aquel conjunto y, obviamente, los Derechos internos de origen y alcance infraestatal, sean los emanados de las Comunidades Autónomas, sean los Derechos civiles forales o especiales reconocidos y amparados por la Constitución. En propiedad, por tanto, la exigencia contenida en el art. 102.2 EAC es perfectamente redundante, pues es obvio que los Jueces y Magistrados españoles deben conocer el

(i) por un lado, se trata de méritos que tendrán el alcance y ponderación que determine el Estado, por lo que intrínsecamente no gozan de preferencia absoluta sobre otro tipo de méritos (ello no obstante, hay Comunidades Autónomas que expresamente califican al conocimiento de la lengua propia como mérito preferente) (41);

(ii) por otro lado, en relación al conocimiento del Derecho propio de cada Comunidad Autónoma, hay que destacar que el mérito no se refiere al conocimiento general de todo el ordenamiento autonómico, sino única y exclusivamente al conocimiento de la legislación foral civil (42).

Derecho español en todas sus dimensiones y variables, siendo evidente que en ese punto el precepto estatutario no exige nada que no esté ya obligado a exigir, por principio, el legislador orgánico del Poder Judicial, único competente, según tenemos repetido, para la disciplina de los procedimientos de acceso a la Carrera Judicial y de promoción y traslado de quienes en ella se integran.

En cualquier caso, que "el conocimiento suficiente del derecho propios" haya de valorarse "específica y singularmente para obtener una plaza en los correspondientes concursos de traslado", según quiere el art. 102.3 EAC, no deja de ser una legítima pretensión del legislador estatutario —en tanto que competente para la defensa y promoción de aquella lengua y de aquel Derecho— respecto de la acción legislativa del único competente para cuanto se refiere a la Administración de Justicia en sentido propio, esto es, para las Cortes Generales, que, con perfecta libertad, habrán de determinar, en su caso, la forma y el alcance con que esa pretensión pueda formalizarse en una condición jurídica de Derecho positivo.

Por todo lo dicho debe desestimarse la impugnación de la exigencia relativa al deber de conocimiento del Derecho propio a que se refiere el art. 102 EAC".

(41) Artículo 11.3 de la Ley 3/1983, de 15 de junio (de normalización lingüística de Galicia): *"En las resoluciones de los concursos y oposiciones para proveer los puestos de Magistrados, Jueces, Secretarios Judiciales, Fiscales y todos los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, así como Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles, será mérito preferente el conocimiento del idioma gallego".*

(42) STC 120/1992, de 21 de septiembre (fj 5): *"Finalmente, el Abogado de la Generalidad de Cataluña sostiene en sus alegaciones que el Real Decreto objeto del conflicto se aparta de la letra y del espíritu del art. 24.1 del EAC, pues, de una parte, no prevé que la especialización en Derecho catalán sea un mérito preferente a cualquier otra consideración para la provisión de las Notarías de Cataluña, y, de otra, reduce aquella especialización al Derecho civil catalán. Mas tal pretensión impugnatoria no puede estimarse porque al afirmar que el citado precepto estatutario establece en realidad un mérito absoluto, no relativo, y referido a todo el Derecho catalán, en rigor plantea la prevalencia de una cierta interpretación de la norma frente a otras, y en particular la que adopta el Real Decreto cues-*

Finalmente, conviene añadir alguna precisión "ad hoc" respecto al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, norma donde el conocimiento adecuado y suficiente de la lengua propia se configura como un requisito necesario, y no como un simple mérito(43). Por otro lado, conviene destacar que el certificado de conocimientos de lenguaje jurídico (nivel J) se valora siempre como mérito superior al certificado de conocimientos de catalán C1 de la Dirección General de Política Lingüística o certificados equivalentes (artículo 2.2 del Decreto 180/2014). En cualquier caso, la Generalidad fomenta o promueve que los notarios obtengan el certificado de conocimientos de lenguaje jurídico (nivel J)(44). Resulta indicado recordar aquí

tionado; interpretación cuya consecuencia (sea cual fuere la solidez de sus razones) en modo alguno puede determinar la atribución de competencias a la Generalidad ya que su ámbito se proyectará, o en el aspecto de la regulación del mérito o el de su aplicación al Derecho catalán. No cabe, pues, una pretensión de esa naturaleza en un proceso constitucional como éste, donde "no pueden hacerse valer otros motivos de inconstitucionalidad de los actos o disposiciones impugnados que los que atañen a la vulneración de las reglas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias (STC 122/1989, fundamento jurídico 5.º). El conflicto positivo de competencia (como hemos señalado antes en el ATC 886/1988) es vía adecuada solamente para plantear una reivindicación competencial en relación con la norma controvertida, y no con otras vulneraciones del ordenamiento, aunque se refieran también genéricamente a normas o principios constitucionales o, incluso, a los principios generales que informan las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero no en concreto a las normas de distribución de competencias, pretensiones que pueden hacerse valer por otros cauces procesales".

(43) Artículo 33.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio: "Para garantizar el derecho de opción lingüística, los Jueces y los Magistrados, los Fiscales, los notarios, los registradores de la propiedad y mercantiles, los encargados del Registro Civil y el personal al servicio de la Administración de Justicia, para prestar sus servicios en Cataluña, deben acreditar, en la forma establecida en las Leyes, que tienen un nivel de conocimiento adecuado y suficiente de las lenguas oficiales, que los hace aptos para ejercer las funciones propias de su cargo o su puesto de trabajo".

(44) Disposición adicional segunda del Decreto 180/2014, de 30 de diciembre (sobre el certificado de conocimientos de lenguaje jurídico, nivel J): "Impulso institucional.

1.- El departamento competente en materia de justicia y el departamento competente en materia de política lingüística impulsarán y promoverán la obtención del certificado de conocimientos de lenguaje jurídico (nivel J) entre el personal de la Administración de justicia. Asimismo, también deberán promoverlo entre los colectivos de abogados y procuradores de los tribunales; de notarios, de registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, y de graduados sociales, así como entre otros colectivos

que ya en el año 1998, la Generalidad de Cataluña reguló el uso de la lengua catalana en los documentos notariales(45). Con arreglo a lo establecido en el artículo 7 del Decreto 204/1998: "*Los notarios que ejercen en Cataluña han de comunicar mensualmente al Colegio de Notarios de Cataluña el número de documentos de cada tipo autorizados en cada una de las lenguas oficiales en Cataluña y la Junta Directiva del Colegio hará de ello un resumen estadístico, que comunicará cada año, durante el mes de febrero, al Departamento de Justicia*".

4. LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE CONVOCATORIA DE CONCURSOS Y OPOSICIONES

El Estatuto de Autonomía de Cataluña ha ido más allá que los demás, al atribuir a la Administración autonómica competencias ejecutivas, tanto en materia de concursos, como también de oposiciones (la convocatoria, administración y resolución de oposiciones libres y

profesionales del mundo del derecho en el marco de los convenios que se suscriban con sus instituciones colegiales.

2.- *El departamento competente en materia de justicia deberá instar la colaboración del Consejo General del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia, para que en las convocatorias de los procesos selectivos y de provisión de puestos de personal de las carreras judicial y fiscal, así como de secretarios y secretarías judiciales, se valoren como mérito los diferentes niveles de conocimientos de lengua catalana, debidamente acreditados mediante los certificados correspondientes, y se valore el certificado de conocimientos de lenguaje jurídico (nivel J), como mérito superior al certificado de conocimiento de catalán C1 de la Dirección General de Política Lingüística o equivalentes*".

(45) Conforme a lo establecido en el artículo 1 del Decreto 204/1998, de 30 de julio:

"1.1.- *En Cataluña, los documentos notariales han de redactarse en la lengua oficial que el otorgante escoja, o, si hay más de un otorgante, en la lengua que acuerden.*

1.2.- *Antes de redactar el documento, y en el momento de recibir el encargo de redactarlo, debe preguntarse explícitamente al otorgante u otorgantes, o a sus mandatarios, qué lengua escogen; en ningún caso el hecho de escoger una u otra debe comportar retraso en la redacción y autorización del documento. Si no se escoge expresamente la lengua, el documento se redactará en catalán.*

1.3.- *Cuando hay más de un otorgante y se trata de escrituras de transmisión de bienes o derechos o de constitución de un préstamo o crédito hechos en base a condiciones generales de contratación, el derecho de elección de la lengua corresponde al adquirente o al prestatario*".

restringidas), conforme a lo establecido en el artículo 147.1.a) del Estatuto catalán.

Aunque sobre la cuestión que ahora nos ocupa, la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 no ofrece una argumentación sólida y clara, del texto de ese pronunciamiento se infiere que corresponde en exclusiva al Estado la competencia normativa sobre la convocatoria de concursos y oposiciones, teniendo la Comunidad Autónoma competencias únicamente ejecutivas. Ese pronunciamiento afirma que esas competencias autonómicas deben ejercerse conforme a lo establecido en la legislación estatal, y considera que para garantizar la unidad del sistema notarial bastan las competencias normativas del Estado, no apreciando ningún obstáculo constitucional para que se "descentralicen" algunas competencias de gestión en favor de la Comunidad Autónoma de Cataluña(46). Adviértase que el Tribunal Constitucional califica esa redistribución de competencias como una "descentralización", y no una "desconcentración". A mi juicio esa calificación es conceptualmente errónea; se trata de principios organizativos distintos, mencionados ambos en el artículo

(46) STC 31/2010, de 28 de junio (fj 90): "El apartado 1 a) del art. 147 EAC asigna a la Generalitat determinadas competencias de ejecución. El precepto comprende dos normas: en la primera se atribuye a la Generalitat la competencia ejecutiva sobre "el nombramiento de los Notarios y los Registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, mediante la convocatoria, administración y resolución de las oposiciones libres y restringidas y de los concursos, que debe convocar y llevar a cabo hasta la formalización de los nombramientos". En la segunda, se establece que para la provisión de las plazas de dichos funcionarios se debe "acreditar el conocimiento de la lengua y del Derecho catalanes en la forma y con el alcance que establecen el Estatuto y las Leyes".

La competencia asumida por la Generalitat es una competencia ejecutiva que se proyecta en el nombramiento de Notarios y Registradores y en la convocatoria, administración y resolución de las oposiciones y concursos correspondientes. Por su parte las competencias del Estado directamente implicadas son las contenidas en el art. 149.1.8 y 18 CE, competencias que son, en principio, normativas, con lo que corresponde al Estado disciplinar, con el alcance y detalle que en cada caso se requiera, las oposiciones y concursos de estos cuerpos, acompañando a dicha regulación las medidas de coordinación, e incluso de carácter ejecutivo, que deba realizar el propio Estado si resultan necesarias, bien por su dimensión supraautonómica, bien porque la actuación ejecutiva estatal sea imprescindible para asegurar el efectivo cumplimiento de las correspondientes regulaciones. En suma, la configuración de estos cuerpos de funcionarios como cuerpos nacionales no impide que se descentralicen algunos aspectos de la gestión del régimen de acceso y de traslado, pues la garantía de la unidad del sistema la proporcionan las potestades normativas del Estado".

103.1 de la Constitución(47); mientras que la “desconcentración” es una reasignación normativa de la titularidad y del ejercicio de la competencia, la simple “descentralización” sólo comporta una delegación territorial del ejercicio de la competencia (conservándose la titularidad por la misma organización, lo que legitima un control o tutela; además, al conservarse la titularidad de la competencia, es una operación revocable).

En esa materia regulada por el artículo 147.1.a) del Estatuto catalán, importa diferenciar lo que afecta a la competencia autonómica para la convocatoria de oposiciones libres y restringidas, y lo que se refiere a los simples concursos celebrados entre quienes ya son notarios. En ese contexto tiene especial interés mencionar la Resolución de 25 de abril de 2018, de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, por la que se convoca concurso para la provisión de notarías vacantes (BOE número 117, de 14 de mayo de 2018). Conviene destacar, que con plena sincronía con esa convocatoria y en ese mismo BOE, se publica también la Resolución de 25 de abril de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se convoca concurso para la provisión de notarías vacantes. Lo mismo ha ocurrido más recientemente en el Boletín Oficial del Estado número 263, de 31 de octubre de 2018, que publica sendas Resoluciones de 24 de octubre de 2018 (una de la DGRN, y la otra de la catalana Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas). Según se expone en el preámbulo de esa Resolución de la DGRN de 25 de abril de 2018:

“Como consecuencia de las modificaciones legislativas introducidas por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio (BOE del 20), de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y siempre dentro del respeto a las competencias exclusivas estatales, esta Comunidad Autónoma [artículo 147.1.a)] ha asumido competencia ejecutiva en materia notarial en relación con las notarías ubicadas dentro de su ámbito territorial.

La asunción de competencias ejecutivas por la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia notarial, hace preciso que se adopten medidas específicas de coordinación entre las Administraciones Públicas competentes consistentes, entre otras, en una convocatoria simultánea y en el análisis conjunto entre la Di-

(47) SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988, página 243 y siguientes.

rección General de los Registros y del Notariado y la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de las solicitudes presentadas para que ulteriormente cada Administración resuelva respecto de las vacantes incluidas en su ámbito territorial”.

Aunque el texto de ambas convocatorias hace referencia expresa a la “coordinación” administrativa, lo bien cierto es que, en rigor se trata más bien de un escenario de “cooperación”, pues la autoridad estatal no dicta instrucciones sobre el modo en que la autonómica debe ejercer sus competencias, sino que horizontalmente se llega a un acuerdo informal sobre el modo racional y razonable de ejercer las respectivas competencias. Mediante la “coordinación” imperativa o forzosa se pretende integrar las respectivas competencias administrativas en una orientación unitaria, que evite contradicciones u otro tipo de disfunciones que perjudiquen la recta satisfacción de los intereses generales; con la coordinación se trata de lograr una cierta homogeneidad en el ejercicio de las competencias, hasta llegar a una actuación conjunta(48). Tal y como destaca la jurisprudencia constitucional ya desde la STC 214/1989(49) (utilizando los mismos

(48) Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1987, de 27 de febrero, relativa a la Ley 2/1983 de la Comunidad Valenciana (fj 2): “Entre tales fórmulas de relación interadministrativa y de conformidad, en su caso, con los correspondientes Estatutos de Autonomía, el legislador puede disponer la coordinación de la actividad de las Corporaciones locales por el Estado o por las Comunidades Autónomas, según el régimen de distribución de competencias entre aquél y éstas. Como ha tenido ocasión de declarar este Tribunal en anteriores decisiones (Sentencias 32/1983, de 28 de abril y 42/1983, de 20 de mayo, entre otras), tal coordinación no supone, sin embargo, una sustracción o menoscabo de las competencias de las entidades sometidas a la misma; antes bien, presupone lógicamente la titularidad de las competencias en favor de la entidad coordinada. La coordinación implica “la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta” de las administraciones coordinadora y coordinada en el ejercicio de sus respectivas competencias, de manera que se logre “la integración de actos parciales en la globalidad del sistema”, integración que la coordinación persigue para evitar contradicciones y reducir disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían el funcionamiento del mismo. Así entendida, la coordinación constituye un límite al pleno ejercicio de las competencias propias de las Corporaciones Locales y como tal, en cuanto que afecta al alcance de la autonomía local constitucionalmente garantizada, sólo puede producirse en los casos y con las condiciones previstas en la Ley”.

(49) Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre (fj 20.f): “La diferencia existente entre las técnicas de cooperación y las de coordinación encuentra, en efecto, una adecuada expresión en la L. R. B. R.

criterios previamente empleados por el Tribunal Supremo)(50), en

L., dado que, junto a los arts. 57 y 58, en los que se expresan esas técnicas cooperativas, ya sea funcional u orgánicamente, en los arts. 10.2, 59 y 62, se concretan facultades de coordinación de las Administraciones Públicas. Si bien tanto unas como otras técnicas se orientan a flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias, aunque sin alterar, en ninguno de los casos la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación, lo cierto es que las consecuencias y efectos dimanantes de unas y otras no son equiparables. La voluntariedad en el caso de la cooperación frente a la imposición en la coordinación –ya que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado– es, por sí mismo, un elemento diferenciador de primer orden, lo que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica unas y otras fórmulas”.

(50) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2000 (recurso de casación 1556/1997; ponente Juan José González Rivas; RJ 2000\7092): *“El Tribunal Constitucional se inclina por una concepción material del concepto de coordinación, al igual que ya lo hizo el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de julio de 1997, pues lo cierto es que las consecuencias y efectos dimanantes de unas y otras, las facultades de coordinación y colaboración, no son equiparables, ya que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado, lo que es elemento diferenciador de primer orden que explica y justifica desde la perspectiva estrictamente competencial que estos términos sean distintos, pudiéndose extraer las siguientes notas caracterizadoras de la coordinación, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:*

a) El ejercicio de medidas de coordinación exige la concurrencia de un título competencial concreto al contrario de la colaboración que forma parte de la esencia del sistema de organización territorial y no necesita fundarse en precepto concreto.

b) La coordinación constituye un límite al ejercicio de las competencias de los entes coordinados, mientras que la colaboración o cooperación no puede ser utilizada para limitar el ejercicio de las competencias de los entes territoriales.

c) Cuando existe la atribución de una competencia de coordinación, es posible establecer medidas necesarias y suficientes para lograr los objetivos que la coordinación persigue, extremo que con relación a la colaboración o la cooperación, no permite la adopción de medidas coercitivas”.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1986 (ponente Francisco González Navarro; RJ 1986\4609): *“Conviene por ello recordar que la coordinación no es sino el resultado o consecuencia del recto ejercicio de las funciones directivas (planificación, organización, mando y control). Solo cuando se tiene potestad decisoria se puede obtener ese resultado que es la coordinación. De manera que todo órgano que ostente una posición de jefatura en el organigrama (sea cual fuere su nivel, tenga o no atribuida entre sus funciones la de “coordinar”, aparezca o no designado como órgano de*

la "coordinación" hay una cierta supremacía que permite la imposición de algunas fórmulas de dirección como el cumplimiento de las instrucciones jerárquicas que se impartan (la relación es vertical), mientras que la "cooperación" es voluntaria y asume una posición paritaria de las Administraciones implicadas (la relación es horizontal) (51).

Dejando ya al margen esa precisión conceptual, las dos convocatorias (estatal y autonómica) establecen el mismo calendario de presentación de solicitudes, y la convocatoria de la Administración estatal incluye, no sólo el formato de solicitud propio cuando se utilice a través de un representante, sino también el dirigido por medios electrónicos a la Administración autonómica. Es más, se establece que los respectivos órganos directivos estatal y autonómico, examinarán conjuntamente las solicitudes antes de dictar las correspondientes resoluciones (52).

En cuanto al concurso convocado por la Generalidad, hay que destacar que no contiene mención alguna a la valoración de los conocimientos sobre el Derecho foral catalán, y se limita a ponderar los de la lengua propia. Respecto al conocimiento del catalán, ese requisito no se exige individualmente al notario que participa en el concurso, sino a quienes trabajan en el despacho u oficina notarial (que debe estar en condiciones de atender a los ciudadanos y ciudadanas en cualquiera de las dos lenguas oficiales, así como contar con personal que tenga conocimiento adecuado y suficiente para

coordinación), al ejercitar las funciones directivas que le son propias, estará produciendo y obteniendo ese resultado que es la coordinación".

(51) MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo VIII-1, página 232 y siguientes, Boletín Oficial del Estado, Madrid 2015.

(52) El apartado séptimo de la Resolución de 25 de abril de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dice así: "Resolución.

La Dirección General de los Registros y del Notariado y la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas a los efectos de la resolución del concurso en sus respectivos ámbitos analizarán y examinarán conjuntamente las solicitudes presentadas.

Una vez efectuado ese análisis, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictará resolución que comprenderá exclusivamente las adjudicaciones respecto de las vacantes ubicadas en el territorio español, con excepción de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Dicha resolución se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y se comunicará a las Comunidades Autónomas afectadas con el objeto de que por el órgano competente de las mismas se proceda al nombramiento de los notarios que deban ocupar plazas situadas en territorio de su competencia".

ejercer las funciones propias de su puesto de trabajo)(53). Llama poderosamente la atención, que en esa convocatoria autonómica no se haga expresa referencia al certificado de conocimientos de lenguaje jurídico (nivel J), que se debe valorar como un mérito superior al certificado de conocimientos de catalán C1 de la Dirección General de Política Lingüística o certificados equivalentes (artículo 2.2 del Decreto 180/2014). Da la sensación que la autoridad catalana ha

(53) A tenor del apartado 3 de la Resolución de 25 de abril de 2018, de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia (por la que se convoca concurso para la provisión de notarías vacantes): "Acreditación de la lengua catalana.

Con el fin de dar cumplimiento a lo que disponen los artículos 33 y 147 del Estatuto de autonomía de Cataluña y el artículo 14.5 de la Ley 1/1998, de 7 de enero, de política lingüística, los participantes en el concurso deberán acreditar que el despacho de la notaría vacante a la que aspiren radicada en Cataluña estará en condiciones de atender a los ciudadanos y ciudadanas en cualquiera de las dos lenguas oficiales, así como contar con personal que tenga conocimiento adecuado y suficiente para ejercer las funciones propias de su puesto de trabajo.

A tal efecto, la acreditación de conocimiento de catalán se debe efectuar en el momento de presentación de la solicitud de participación en el concurso, y se puede llevar a cabo por cualquiera de los medios siguientes:

Disponer la persona participante del nivel de lengua catalana correspondiente al certificado B2 o C1 de conocimiento de catalán de la Dirección General de Política Lingüística, o de uno de los otros títulos, diplomas y certificados equivalentes establecidos por la Orden VCP/491/2009, de 12 de noviembre, modificada por la Orden VCP/233/2010, de 12 de abril, por la que se refunden y se actualizan los títulos, diplomas y certificados equivalentes a los certificados de conocimientos de catalán de la Secretaría General de Política Lingüística. En este caso, se deberá acompañar la solicitud de participación en el concurso con testimonio notarial o fotocopia compulsada de la certificación acreditativa.

Declaración jurada o promesa formal de que la persona participante se compromete a disponer de personal contratado con la categoría profesional de oficial jurídico que disponga del certificado de nivel C1 de conocimiento de catalán de la Dirección General de Política Lingüística, o de uno de los otros títulos, diplomas y certificados equivalentes establecidos por la Orden VCP/491/2009, de 12 de noviembre, modificada por la Orden VCP/233/2010, de 12 de abril, por la que se refunden y se actualizan los títulos, diplomas y certificados equivalentes a los certificados de conocimientos de catalán de la Secretaría General de Política Lingüística. En este caso, se deberá acompañar la solicitud de participación con la declaración jurada o la promesa formal.

Los participantes pueden consultar la Orden VCP/491/2009, de 12 de noviembre, modificada por la Orden VCP/233/2010, de 12 de abril, a través de la web de internet: http://llengua.gencat.cat/ca/serveis/acreditacio_coixements/certificats_de_catala".

temido que la exigencia general a los participantes en el concurso de ese certificado de conocimientos de lenguaje jurídico (nivel J), hubiera sido un requisito excesivamente riguroso, que hubiera provocado que las plazas sacadas a concurso no se cubrieran.

Si de la convocatoria de concursos, pasamos ahora a la convocatoria por la Comunidad Autónoma de oposiciones libres y restringidas (artículo 147.1.a) del Estatuto catalán), el problema se agrava por la absoluta falta de claridad de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010. Ese pronunciamiento afirma que es la Administración estatal quien aprueba el programa de las oposiciones de acceso o libres, reduciéndose la competencia autonómica a la participación procedimental en su elaboración (se entiende que emitiendo un informe sobre el proyecto de programa) (54).

En cambio, en la STC 31/2010 no se dice nada sobre lo relativo a la convocatoria de las oposiciones y la formación de los correspondientes tribunales para juzgarlas. Aunque puedo estar equivocado, no tiene ningún sentido que una Comunidad Autónoma tenga competencia para convocar oposiciones de ingreso en un cuerpo único y estatal, y en un momento en el que todavía no se puede saber el lugar o la localización de las plazas que ocuparán quienes superen el procedimiento selectivo (la mayoría fuera de Cataluña).

El resultado de la superación de las pruebas de una oposición libre o de acceso, es la obtención de un título que habilita para el ejercicio de una profesión en todo el territorio nacional; ese procedimiento no desemboca ni en la atribución de un título habilitante autonómico, ni en la obtención de plazas o notarías concretas que puedan estar localizadas en Cataluña, o en cualquier otra parte del territorio español.

En cuanto a las oposiciones restringidas, la STC 31/2010 no contiene ningún pronunciamiento expreso o "ad hoc", ni respecto a la elaboración y aprobación de programas, ni en lo que se refiere a la convocatoria de las oposiciones y la designación de los miembros del tribunal que debe juzgarlas. Como es sabido, la oposición res-

(54) En relación al Estatuto de Autonomía de Cataluña, declara lo siguiente la STC 31/2010, de 28 de junio (fj 90): *"El apartado 1 letra b) atribuye a la Generalitat como potestad "ejecutiva" la "participación en la elaboración de los programas de acceso" a los cuerpos de Notarios y Registradores "a los efectos de acreditar el conocimiento del catalán". Se trata, una vez más, de una previsión estatutaria de participación que, afirmada en su dimensión ejecutiva, no condiciona en modo alguno (en los términos del F. 111) la competencia estatal para la elaboración de los programas de acceso a estos cuerpos"*.

tringida es un sistema de promoción que se celebra entre quienes ya tienen el título de notario, y sirve para ganar años de antigüedad en clase (55). A tenor de lo establecido en el artículo 97 del RN/1944 (en la redacción que resulta después del RD 45/2007): *"La promoción en el Notariado, además de la que puede obtenerse por la antigüedad efectiva de cada notario, en la carrera o en la clase, tiene lugar por la oposición entre notarios, que mediante la selección de los concurrentes más aptos, confiere un abono de antigüedad en la carrera en los términos que se prevén en esta sección"*.

Pues bien, tampoco tiene un fundamento objetivo, racional y razonable (y por tanto es una medida arbitraria proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución), que una Comunidad Autónoma tenga competencia ejecutiva para convocar oposiciones restringidas que sirven para que un notario pueda promocionarse y ganar antigüedad en un título habilitante cuyo alcance territorial se extiende a toda España, y con la mira puesta en la futura convocatoria de un concurso, que ese sí, puede ser convocado y resuelto por la Comunidad Autónoma de Cataluña, o también por la Administración estatal, para cubrir vacantes en el resto del territorio también español.

En definitiva, sobre las competencias autonómicas en materia de oposiciones libres y restringidas, ese pronunciamiento del Tribunal Constitucional parece un "acertijo envuelto en un misterio dentro

(55) Artículo 100 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 (en la redacción que resulta después del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero): *"El abono de la antigüedad en la carrera se realizará en los siguientes términos:*

a) A los tres primeros de la lista de aprobados que hayan obtenido un mínimo de 60 puntos, veinte años.

b) A quienes hayan obtenido un mínimo de 50 puntos y no rebasen un sexto, calculado por defecto, de las plazas convocadas, quince años.

c) A quienes hayan obtenido un mínimo de 45 puntos y no rebasen un tercio, calculado por defecto, de las plazas convocadas, diez años.

d) A quienes hayan obtenido un mínimo de 40 puntos y no rebasen dos tercios, calculados por defecto, de las plazas convocadas, cinco años.

El abono de antigüedad obtenido se adicionará a la que a cada opositor ya le corresponda a los efectos de poder aplicarla en cualquier concurso que se convoque en los cinco años siguientes a la publicación en el "Boletín Oficial Estado" de la lista de aprobados. Transcurrido el término de cinco años, quedará sin efecto el abono obtenido, salvo que no se haya publicado ningún concurso durante tal plazo, en cuyo caso el abono se prorrogará hasta que éste se produzca. Ejercitado el abono y obtenida la plaza, el notario figurará en el escalafón exclusivamente con la antigüedad que originariamente le corresponda, quedando consumido el abonado por la oposición regulada en esta Sección".

de un enigma”, por decirlo en los términos en su día empleados por Winston CHURCHILL para describir a Rusia. En efecto, nada dice la STC 31/2010, por lo que lo indicado hubiera sido que al amparo de lo establecido en el artículo 93.3 de la LOTC 2/1979, en su momento se pidiera la aclaración de ese pronunciamiento por el grupo parlamentario que interpuso el recurso de inconstitucionalidad(56); sucede que dicha aclaración no llegó a pedirse.

5. LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE DEMARCACIÓN NOTARIAL Y DETERMINACIÓN DEL NÚMERO DE NOTARIOS

La competencia estatal en materia de demarcación notarial se fundamenta en lo establecido en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, en relación a los instrumentos públicos. Casi todos los Estatutos atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia para participar en el procedimiento de demarcación notarial; en Cataluña se añade la competencia autonómica en la determinación de los distritos de competencia territorial de los notarios (artículo 147 del Estatuto de Autonomía).

Aunque la normativa estatal no concreta cómo debe concretarse esa participación autonómica, en la experiencia práctica se reduce a la emisión de informes no vinculantes por las Comunidades Autónomas (según se infiere de lo establecido en el artículo 72 del vigente Reglamento Notarial)(57). Por lo demás, la eventual oscuridad o falta de precisión o detalle sobre la emisión y alcance del informe

(56) A tenor de lo establecido en el artículo 93.3 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre (del Tribunal Constitucional): *"Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, pero en el plazo de dos días a contar desde su notificación, las partes podrán solicitar la aclaración de las mismas"*.

(57) A tenor de lo dispuesto en el artículo 72 del Reglamento Notarial (aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944): *"La revisión de la demarcación notarial, en todos los supuestos del art. 4º de este Reglamento, se llevará a efecto por el Ministro de Justicia, a propuesta de la Dirección General, y se aprobará por Real Decreto."*

A tal fin, se recabarán informes a la Junta de Decanos, a las Juntas directivas de los Colegios Notariales, que oirán a las generales, Registradores de la Propiedad y Salas de Gobierno de las Audiencias afectadas y cuantos otros se consideren oportunos, todos los cuales se solicitarán dentro de los quince días siguientes al inicio del expediente y deberán ser remitidos en el plazo máximo de tres meses, contados desde la remisión de la solicitud.

El Ministro de Justicia, oída la Comisión Permanente del Consejo de Estado, resolverá lo que proceda.

En las Comunidades Autónomas, además de lo dispuesto en los párrafos

autonómico, no comporta una vulneración del reparto constitucional de competencias (58).

anteriores, se tendrá en cuenta lo que, en su caso, dispongan sus respectivos Estatutos.

Como complemento de la demarcación notarial, la Dirección General, previa audiencia de los Colegios y de acuerdo con la Mutualidad Notarial, hará una relación revisable cada dos años de las Notarías enclavadas en zonas rurales que, aun sin producir lo necesario para la decorosa subsistencia de un Notario, se consideran imprescindibles para el buen servicio público. Estas Notarías, independientemente de la congrua normal que les corresponda por razón de folios, disfrutarán por razón de residencia de una subvención anual, cuyo percibo estará condicionado a que el Notario atienda con notorio celo a su Notaría, y visite periódicamente los pueblos de su distrito que determina la Junta directiva.

La revisión no perjudicará los derechos adquiridos por los titulares de Notarías que pierdan la consideración de subvencionadas en virtud de dicha revisión”.

(58) STC 87/1989, de 11 de mayo (fj 2): *“Bastaría con lo expuesto para rechazar que el nuevo párrafo introducido en el art. 72 del R. N. por el Decreto impugnado, suponga una invasión de las competencias autonómicas de la Generalidad en esta materia, pero no es ocioso recordar que, como señala el Abogado del Estado, en el apartado segundo del citado artículo se prevé que la Dirección General, órgano estatal a quien corresponde formular la propuesta que ha de decidir el Ministro de Justicia, recabará informes de los Organismos que se determinan –Junta de Decanos, Juntas Directivas de los Colegios Notariales y Salas de Gobierno de las Audiencias afectadas– “y cuantos otros se consideren oportunos” y que es, precisamente, en el párrafo que ahora se introduce donde se recuerda la necesidad de dar participación en dichos expedientes a las Comunidades Autónomas. El segundo apartado que contenía ya implícitamente un cauce para la participación por vía de informe de las Comunidades Autónomas que, como la de Cataluña, tuvieran en la materia esta competencia participativa, se hace expresa en el nuevo texto de manera que, una vez incorporado el párrafo cuestionado, no es posible ya interpretar el art. 72 en su apartado segundo sin entender incluidos entre los Organismos que han de informar preceptivamente estos expedientes, los que la Generalidad de Cataluña, en uso de la competencia organizativa que de sus propios servicios le corresponde (art. 25.3 del E. A. C.) determine a tales efectos. El hecho de que el párrafo impugnado no resuelva en la forma y con el detalle que la Generalidad de Cataluña considera más conveniente y ajustado al art. 24.2 de su Estatuto la participación que en él se establece, no es razón para estimar invadidas sus competencias, porque, como declara la STC 67/1983, de 22 de julio, dictada precisamente en un conflicto que guarda relación con esta materia, “no es misión de este Tribunal al resolver conflictos de competencia llevar a cabo declaraciones interpretativas sobre la existencia y significado de supuestos implícitos en las normas y sobre sus presuntas consecuencias, de manera que si en las normas esgrimidas la invasión de competencias no se produce, el conflicto no puede prosperar”. Y esto es, cabalmente, dados los términos en que se formula la impugnación y las normas en conflicto invocadas por la Generali-*

Un régimen especial se establece en la actual redacción del Estatuto de Autonomía de Andalucía, pues esa Comunidad también tiene competencia ejecutiva para el establecimiento de las demarcaciones notariales (59). Ello no obstante, la Junta de Andalucía no ha ejercido de momento esa competencia, pues ha optado por limitarse a manifestar su aceptación o consentimiento a la demarcación elaborada y aprobada por la Administración del Estado (60).

No sucede lo mismo en el caso de Cataluña a raíz de la reforma de su Estatuto de Autonomía de 19 de julio de 2006 (61). En efecto,

dad, lo que ocurre en el presente caso respecto al párrafo introducido en el art. 72 del R. N. por el Real Decreto objeto del presente conflicto positivo de competencia, aunque las previsiones del Estado sobre la materia, a las que se remite el art. 24.2 del E. A. C., no se hayan realizado con la concreción alegada por la Generalidad y que, ciertamente, se acomodarían mejor a lo dispuesto en el citado artículo del Estatuto”.

(59) Artículo 77 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo): “Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia ejecutiva sobre:

1º.- *El nombramiento de Notarios y Registradores y el establecimiento de demarcaciones notariales y registrales”.*

(60) Disposición final segunda del Real Decreto 140/2015, de 6 de marzo (de demarcación notarial): “*En el ejercicio de las competencias ejecutivas que tiene atribuidas por el bloque de constitucionalidad y la legislación vigente, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha prestado su conformidad a la determinación de la demarcación notarial prevista en el presente real decreto. No obstante, cualquier revisión posterior de la demarcación notarial en el territorio de esta comunidad autónoma deberá contar con el consentimiento expreso de la misma”.*

(61) A esa circunstancia hace expresa referencia el preámbulo del Real Decreto 140/2015, de 6 de marzo (de demarcación notarial): “*El presente real decreto se dicta en ejercicio de la competencia del Estado prevista en el artículo 149.1.8ª de la Constitución. Respecto de la Comunidad Autónoma de Cataluña y en observancia de las competencias sobre demarcación notarial previstas en el artículo 147.1.c) de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, interpretado de conformidad con la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 (FJ 90), el Estado establece los criterios generales para la demarcación y fija el número y clasificación de Notarías en el territorio de dicha comunidad autónoma por provincias. Dicha actuación se considera imprescindible a los efectos de coordinación general para asegurar una ratio equilibrada de presencia notarial en todo el territorio nacional y en atención a la configuración del cuerpo de Notarios como cuerpo único nacional de funcionarios (STC 4/2014, FJ 4). Corresponde a la Comunidad Autónoma de Cataluña, en ejercicio de sus competencias de ejecución, la distribución dentro de las distintas provincias del número y clase de las Notarías previstas así como la determinación de los distritos notariales, según los criterios que estime oportunos atendiendo a las necesidades del servicio público. En relación a la*

las competencias de esa Comunidad en materia de demarcación tienen mayor extensión y alcance que en mayoría las demás, pues no se limita a participar en el procedimiento estatal de demarcación, sino que tiene competencia ejecutiva para establecerla, en el marco de la legislación estatal (artículo 147.1.c) del Estatuto)(62). Mediante Decreto 33/2015, de 10 de marzo la Generalidad dispuso la demarcación de las notarías de Cataluña. Tal y como se expone en el preámbulo de ese Decreto autonómico: *"Con respecto a la demarcación notarial en el territorio de Cataluña, dadas las competencias ejecutivas atribuidas por el Estatuto de autonomía de Cataluña, el Real decreto 140/2015, de 6 de marzo, sólo establece los criterios generales para la demarcación y fija el número y clasificación de notarías en el territorio de Cataluña. En consecuencia, corresponde a la Generalidad determinar la demarcación notarial para el territorio de Cataluña en atención a las necesidades del servicio público notarial"*.

VII. RECAPITULACIÓN

Mientras que los cuerpos muy sólidos se adaptan mal a eventuales cambios o alteraciones imprevistas, la fluidez de los líquidos y los gases permite su rápida adaptación a las modificaciones sobrevenidas.

Aunque *"prima facie"* no es fácil que una institución tan sólidamente arraigada entre los operadores jurídicos como es el notariado, se adapte a los cambios sobrevenidos a raíz de la distribución territorial del poder introducida por la Constitución de 1978, en líneas

Comunidad Autónoma de Andalucía, respetando lo dispuesto en el artículo 77.1º de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, se incluye la demarcación notarial completa en su territorio, con la conformidad de dicha comunidad autónoma".

(62) STC 31/2010, de 28 de junio (fj 90): *"Por último, el art. 147.1 c) EAC reconoce la competencia ejecutiva de la Generalitat sobre "el establecimiento de las demarcaciones notariales y registrales, incluida la determinación de los distritos hipotecarios y de los distritos de competencia territorial de los notarios". Es ésta asimismo una potestad autonómica de carácter ejecutivo que plasmará en el territorio de Cataluña los criterios de demarcación que fije la legislación del Estado (art. 149.1.8 y 18 CE), la cual podrá tener el grado de exhaustividad que resulte procedente, pudiendo el Estado retener para sí las actuaciones concretas en el ámbito de la coordinación y de la ejecución que sean necesarias para la adecuada aplicación de dichos criterios"*.

generales, la institución notarial ha demostrado una dúctil y sabia elasticidad para adaptarse a las novedades del Estado Autonómico.

La mayoría de los cambios son de alcance menor, como la participación autonómica en las demarcaciones, o la competencia para designar o nombrar a los notarios. Algún otro con mayor relevancia, como la gestión desconcentrada de los concursos, se ha canalizado mediante una razonable fórmula de cooperación interterritorial. En otros escenarios de máxima importancia (como la organización colegial y la tipificación de las sanciones disciplinarias), el Tribunal Constitucional ha frenado los intentos de las Comunidades Autónomas por asumir competencia normativa.

El riesgo de futuro más preocupante, es el de la convocatoria de las oposiciones libres y restringidas, cuestión sobre la que la STC 31/2010 no entró en el fondo, dejando abierta una notable inseguridad jurídica.

LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PRIVADO

APUNTES PARA UN ESTUDIO DE LA HISTORIA Y LA DOGMÁTICA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PRIVADO

Ángel Manuel López y López
Profesor Emérito de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

El enunciado del tema justifica la cautela por la que se presenta este trabajo. En efecto, ceñidos a concretas limitaciones de tiempo y de espacio, aquí no cabe sino consignar unos apuntes para el estudio de la cuestión, en la que confluyen el dato histórico, el jurídico y el estrictamente político con una enorme densidad. Según creo, una consideración de conjunto sobre el particular no existe, aunque si hay extensas partes del mismo que han sido objeto de estudio, con resultados no siempre pacíficos, aunque en honor a la verdad se tiene la sensación las discusiones son muchas veces puramente nominalistas o terminológicas.

Solo con el final del Antiguo Régimen se plantea una posible relación del Derecho Civil entre Constitución y Código e incluso el estudio de la dicotomía no alcanza niveles de importancia doctrinal hasta muy avanzada el siglo XX, con la aparición del Estado Social, y la jurisdicción constitucional. Podrá decirnos que en la otra gran cultura del Derecho de Occidente, la del *Common Law* y singularmente en su variante norteamericana, la figura de la *judicial review* abonaba estudios sobre el tema. Sin pretender ninguna profundización en este momento, por muy diversas razones la cultura de la revisión constitucional de las leyes por la jurisdicción en Norteamérica, ni fue tan importante en muchas de las primeras décadas de aquel país, ni tuvo en la doctrina europea mayores referencias que las de un exotismo extraño y desde luego ajeno a nuestra cultura.

Con algún que otro vacío en términos globales la relación entre Derecho Privado y Constitución en esa época primitiva estaba

suficientemente y ilustrada doctrinalmente. Decimos globalmente porque tras esa aparente ilustración laten algunos problemas irresueltos de los que aquí no cabe sino hacer una mera enumeración.

En ella estarían comprendidas las perplejidades que suscitan entre la relación entre Constitución y Código que en los Códigos civiles sean en buena medida palimpsestos del Antiguo del Régimen, los problemas que suscita la dualidad de la materia privada, ante la peculiar evolución del Derecho Mercantil y en este el singular y declinante papel de los Códigos de Comercio, las funciones puramente ancilares del procedimiento civil estrictamente concebido como un Derecho Público para el Derecho Privado, y la falta de análisis profundo de un apéndice conocido pero relativamente inexplorado que es el del Derecho Penal como protector de la libertad de contratar y de la extensión del dominio del propietario, conectándose a este último punto el incierto confín del ilícito y la responsabilidad entre Código penal y Código civil.

En cualquier caso, la garantía constitucional del Derecho Privado liberal se mueve en la perspectiva unidimensional de la libertad del particular en cuanto sujeto abstracto, sujeto necesario para el despliegue de unas relaciones económicas de producción del capitalismo originario, necesitadas de una fuerte desigualdad jurídica *real*, trasunto de la existente en las relaciones económicas.

La propia tipología de las Constituciones de la época refleja una imagen en la que el Derecho Privado contenido en los Códigos goza de una esfera de autonomía propia, casi como si de un compartimento estanco se tratara. Las garantías del Derecho Privado se configuran como derechos de reacción frente al legislador ordinario, como si el modelo de las libertades públicas de contenido negativo se trasladara a los poderes de los particulares, que son por definición de contenido positivo, y por cierto de este grave equívoco no nos hemos liberado del todo y aún resulta una de las más fuerte barreras para una adecuada construcción constitucional del Derecho Privado.

Resulta verdaderamente singular que en la práctica ello redundaba en una relativa desprotección del particular frente al legislador ordinario, erigiéndose la reserva de ley en el único mecanismo de garantía, lo que lleva a la ideal libera de la existencia de una reserva de ley general para garantizar la seguridad y la propiedad, que aun al día de hoy, y en contra de los dictados de la Constitución se nos quiere vender como existente, cuando lo que existen son reservas de Ley concretas, con ignorancia de que una tal reserva general sería incompatible con la estructura misma del Estado So-

cial y Democrático de Derecho. A ello han de añadirse la entonces inexistente jurisdicción constitucional y la precariedad de la justicia administrativa, que aun de recorrer un largo camino para asentarse en el modelo garantista que hoy conocemos. De suyo, de manera explícita, al margen de construcción de la reserva general en materia de seguridad y propiedad, antes mencionada existía solo la garantía relativa a la expropiación forzosa, que sí suele tener dimensión constitucional normativa en las Cartas de la época. De todo ello viene a resultar una paradoja, que es la fortaleza del Derecho privado liberal y la debilidad de su garantía constitucional.

Ello se explica fácilmente desde la perspectiva sociopolítica, puesto que el Estado Liberal es una forma de Estado monoclasista, es el Estado de la burguesía y solo para la burguesía, de sus necesidades económicas y de sus peculiares formas de cultura familiar. Mucho se habla del carácter conservador de los Códigos civiles, que estas alturas nadie va a negar pero tampoco se debe olvidar que las formas originarias y puras de la democracia burguesa la propia del capitalismo originario, estaba basada sobre premisas de Derecho Público como el voto censitario y la imposibilidad de la mujer de acceder al sufragio.

En esta cerrada ciudadela que dirime sus litigios sin enfrentamiento de clases dentro de sus murallas, vive la burguesía, mientras que fuera de los muros acampa el proletariado desposeído, que va a generar un gran cambio posterior, aunque para ello deba a morir a millones en una guerra que no era suya, y tras de la cual reclamó su presencia en la sociedad, a través del partido obrero, a través del sindicato, a través del movimiento sufragista. Es la emergencia de la llamada "cuestión social" a la que las democracias burguesas europeas tendrán que dar una salida, porque la alternativa a políticas reformistas no es otra sino el colectivismo revolucionario, que ha dejado de ser un espantajo en manos de agitadores para cristalizar nítidamente en el estado soviético.

De manera muy simplificada, y por ello siempre con riesgo de inexactitud, las últimas anteriores circunstancias que avocan en Europa a movimientos revolucionarios de la clase trabajadora, y llegados momentos de una cierta estabilidad constitucional (que podemos tal vez identificar desde un primer hito histórico, la Constitución alemana de Weimar) a la apertura de la etapa, desde el punto de vista constitucional de la forma del estado como "Estado Social". Conviene desde el primer momento decir que la nueva experiencia es solamente propia de Europa, dado que los tiempos de huida de un Estado liberal puro en EEUU, y sus consiguientes repercusiones

en ambas Américas, solo se producirá, y con formas jurídicas muy singulares, en la mutación del Derecho norteamericano que acaeció con las medidas del *New Deal* para combatir la gran depresión, durante el primer y segundo mandato de Franklin D. Roosevelt. Esta es historia aparte, con sus propias claves sociales, políticas y culturales, y aquí no cabe sino mencionarlas, dado que nos ceñiremos a la experiencia europea; tal vez sería un buen objeto de estudio analizar los préstamos jurídico-culturales de ambos fenómenos, el *New Deal* y el Estado Social; pero ello está muy lejos de nuestras posibilidades en este trabajo.

Retornando a la experiencia europea, se ha de decir que el Estado Social es la forma constitucional del capitalismo maduro, que tiene un acusado carácter transaccional, dado que ha de incorporar como protagonistas a agentes distintos a la burguesía, en clara ruptura con la forma de estado monoclasista del Estado Liberal. Sin embargo, surgen graves dudas sobre si efectivamente el traspaso del Estado Liberal al Estado Social puede contarse en términos de ruptura o continuidad. La legitimidad de tales dudas deriva de que la influencia en la política y en la legislación que suponen la incorporación al entramado institucional, y muchas veces con enorme poderío, de los partidos y sindicatos obreros, se traduce en grandes cambios. Sin ánimo exhaustivo, cabe contemplar la legislación sobre la tierra entre necesidades de la producción y acceso a la propiedad del cultivador; la protección del inquilinato y de la locación de los bienes rústicos como "reformismo defensivo de las clases trabajadoras y la parte baja de las medias"; la legislación urbanística que se mueve en la aporía de la distribución de las plusvalías, lo cual favorece a un tiempo contradictorio la planificación de la ciudad, y el enriquecimiento de los que la construyen, dando lugar a fenómenos físicamente visibles plásticamente representativos del tiempo, como son los barrios obreros, destino habitual de los que abandonan el campo para incorporarse a la producción industrial esencialmente urbana; y una nueva arquitectura fiscal garantiza la prestación de servicios en el Estado en materia educativa, sanitaria; unos mecanismos de previsión social, hasta la época desconocida. Es evidente que toda esta nueva legislación sectorial tiene por fuerza que incidir sobre la consideración de las instituciones jurídico-privadas, pero se ha de plantear la cuestión de si afecta al corazón de la misma.

En un principio parece que la instituciones jurídico-privadas del ámbito económico sufren una gran transformación con la formulación constitucional del principio de la función social de la propiedad, el dicho famoso *Eigentum verpflichtet* de la Constitución de Weimar.

No obstante, y a pesar de cierta literatura hiperbólica, casi siempre debida a la iuspublicística, este principio tiene un alcance más limitado del que parece, porque la fórmula de la función social, incluso desposeída de las notas de su formulación radical, (que desde el punto de vista jurídico suponían no una modalización del derecho subjetivo, sino la negación del mismo) limita su extensión a la propiedad inmobiliaria donde se encuentra entre los dos polos ya antes indicados de necesidades de la producción y acceso a la propiedad del cultivador, en el caso de la propiedad de la tierra, y en el caso de la propiedad urbana en la aporía hace poco indicada.

Esta limitación es muy evidente, cuando se trata de la propiedad afectada al ejercicio de la actividad económica de forma profesional, esto es, la empresa. Se proclama a tambor batiente la función social de la propiedad, pero no se proclama la de la empresa; esto es perfectamente lógico, porque de lo contrario se estaría cercenando gravemente de modo general la libertad contractual, que es un valor solidísimo, aun en el Estado Social. Es evidente que propiedad y empresa, desde el punto y hora en que la aquella (incluso sometida a la función social) es un pilar irrenunciable del sistema y con la evidencia de que la libertad de contratar admite recortes, pero no el sometimiento a una fórmula general de socialidad, se configuran como un matrimonio tan indisoluble como a veces mal avenido(recuérdese que una es la propiedad y otra el control de la riqueza), con lo que la principal manifestación de la inasequibilidad de la fórmula de la función social ala propiedad se manifiesta en su no aplicación a las nuevas formas de propiedad, las conocidas bajo la rubrica general de propiedad intelectual, ligadas a la empresa de modo estrecho y su principal fuente de creación de riqueza.

Es claro que venimos asistiendo a la sustitución de la propiedad como eje jurídico fundamental capitalismo por la empresa, aunque sepamos de la dificultad de definición jurídica de ésta. Con el acentuado riego que suponen las afirmaciones generales se puede decir que en una buena medida la función social de la propiedad queda consignada en una estrecha cerca donde están bien las propiedades tradicionales, pero no sus formas evolucionadas, o adheridas a formas evolucionadas. Que, esto ha sido así lo indica la parábola de la llamada "propiedad comercial", que no es sino una prima a favor de lo empresario que ocupaba el local de negocio frente al propietario arrendador; esta supuesta propiedad comercial no refleja sino un conflicto entre propietarios y empresarios, y no ha de ceder hasta que los propios arrendadores sean propietarios en forma de empre-

sa, es decir cuando el conflicto no se plantea entre propietarios y empresarios, sino entre empresarios.

El esquema usual de análisis de la disciplina constitucional de los "derechos fundamentales y libertades públicas" y de los "derechos y deberes de los ciudadanos" (en la terminología de la propia Constitución) apela a una doble manifestación de la misma, una de cuyas vertientes se representa en la llamada "garantía institucional", otra en la que se apellida "derecho fundamental". La distinción, procedente de la doctrina alemana, al hilo de la particular evolución de su experiencia constitucional, ha tomado carta de naturaleza en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, si bien no sin discusiones y matices sobre las respectivas fronteras conceptuales. A estas (relativas) incertidumbres de la doctrina jurisprudencial se ha de añadir el debate científico sobre las dos categorías citadas, que ha cobrado progresivamente intensidad, y donde las perplejidades suben de tono, pues las posiciones son muy variadas: desde el cuestionamiento de la propia existencia y utilidad de la distinción, hasta, admitida ésta, opiniones diversas sobre la relación entre ambas, y la intensidad de la protección de una y otra manifestación de la tutela constitucional, pasando por precisiones terminológicas complejas.

No resultaría lógico, en la economía de este trabajo, someter a una revisión pormenorizada tal doctrina, lo que, sin embargo, no puede dispensarnos de formular nuestra posición al respecto, al menos sobre algunos puntos mínimos. Se debe comenzar por afirmar que la diversificación de la tutela constitucional en "garantía institucional" y "derecho fundamental" si se entiende este como un derecho subjetivo, es decir dotado de un específico medio de tutela, no tiene consecuencias únicamente en un terreno dogmático, conceptual, o puramente clasificatorio, sino que su entendimiento (o alguno o algunos de sus posibles entendimientos) las tiene desde un punto de vista práctico. Es en este terreno donde consideramos necesario pronunciarnos. Reducido dicho punto a sus términos más simples, comporta las respuestas a los siguientes interrogantes: ¿cómo se determina el contenido de protección, respectivamente, de las garantías institucionales, y de los derechos fundamentales entendidos como derechos subjetivos?; ¿de los mecanismos de esa determinación hay que deducir una distinta intensidad de la protección constitucional para las garantías institucionales y para los derechos subjetivos fundamentales?; supuesta la afirmativa, ¿cuáles son las relaciones entre los dos ámbitos de protección constitucional? Sea cual sea la respuesta que se de a estos interrogantes,

y partiendo de que la protección en las garantías institucionales no tiene necesariamente por qué tener menor intensidad que en los derechos constitucionalmente tutelados, creemos que sencillamente se opera con otras técnicas, en función del diverso sentido de unas y otros. La razón es simple: una cosa es consagrar un ámbito irreductible para el legislador, otra cosa marcar los límites de su intervención en el ejercicio de concretas titularidades que, por otra parte, traen causa de la existencia de aquel ámbito.

Sin embargo, la cuestión de la diversidad de las técnicas tiene una importancia relativa cuando de las garantías institucionales pertenecientes al orden del Derecho Privado se trata, como se ve cuando se intenta responder al tercer interrogante que nos habíamos planteado: ¿cuáles las relaciones entre los dos ámbitos de protección constitucional? Dicha relación se plantea como de lo abstracto y general (garantía institucional) a lo concreto (derecho subjetivo), con la excepción representada por la posibilidad de que haya garantías institucionales que no funden derechos subjetivos. Ahora bien, prescindiendo (y sin prejuzgar su validez general para nosotros, perfectamente plausible) de afirmaciones como que "los derechos fundamentales suponen siempre garantías institucionales", "las garantías institucionales, como las de instituto, no son, en la doctrina que establece estas distinciones, sino variedades de los derechos fundamentales", o de que la garantía institucional no sino un estadio de madurez de los derechos fundamentales, el mecanismo de identificación de un instituto que permita la preservación de en contenido para un derecho concreto (un "contenido institucional", *prius* lógico y axiológico de un "contenido esencial"), las garantías institucionales del Derecho Privado siempre son premisas, y al mismo tiempo, y de modo reflejo, consecuencia de los derechos subjetivos, por la sencilla razón de que todo el sistema del Derecho Privado no es sino un sistema de derechos subjetivos.

La debilidad del Derecho Privado propio del Estado Social tiene una manifestación muy señalada por su escasez de posibilidades de reacción frente a los grandes poderes de los particulares, que dominan todo tipo de mercados. Estos poderes son efectivamente contrarios a la igualdad sustancial propia de aquel Estado. Este es más bien un benefactor, y no un conjunto de poderes que atropellen despóticamente las libertades de los individuos: cosa distinta es que se consideren sus políticas sociales ineficientes para el logro de la igualdad sustancial.

Este cuadro, difícil de negar desde una constatación empírica, jurídicamente hablando trae en buena medida de una cierta confusión,

no se sabe si deliberada o debida a que en el fondo aún no hemos salido de que, en profundidad, nuestro pensamiento sigue siendo marcadamente liberal, y no siempre extrae las consecuencias de la distinción entre libertades de los particulares como inmunidades y libertades de los particulares como autonomía. Como es bien sabido, entre unas y otras, por muy garantías institucionales o derechos fundamentales que sean, hay diferencias estructurales: las inmunidades son esencialmente libertades negativas (cuyo contenido se agota en meros comportamientos improductivos de efectos jurídicos) mientras que los derechos de autonomía son por el contrario libertades positivas (consistentes en derechos – poderes ósea en la potestad de auto determinarse mediante actos jurídicos negociales productores de efectos en la esfera jurídica ajena).

La tradición liberal ha ignorado estas diferencias estructurales, reduciendo lo máximo posible el paradigma garantista del Estado a las relaciones verticales Estado – ciudadano, autoridad – autonomía, poderes públicos – libertades privadas y, por consecuencia, estrechando el marco de las relaciones verticales que se instauran en la Sociedad civil entre poderes privados y libertades individuales. La no absoluta simetría estructural entre autonomía y libertad, esto es, entre derechos de autonomía que son poderes y las libertades que no lo son, es el presupuesto del desarrollo de una teoría garantista del Derecho Civil, no menos que del Derecho Público: de una doctrina, en otras palabras, de los límites a los poderes del mercado y no solo a los poderes del Estado.

Se podría decir que el problema mencionado es el que ha venido a superar la doctrina de la *Drittwirkung* aunque, en la práctica y desde los pronunciamientos del propio Tribunal Constitucional, ha venido muy reducida en su ámbito a las discriminaciones odiosas del artículo 14 de la Constitución, y con poca efectividad del principio de igualdad en las relaciones entre particulares, con la excepción de las laborales, detrás de lo que hay a, nuestro juicio. Toda una configuración del poder de dirección del empresario como una suerte de poder cuasi público, en cuanto estructuralmente ligado al dominio sobre el único recurso que tienen todos los ciudadanos, que es el trabajo, habitualmente desempeñado por cuenta ajena. De todos modos, esta operatividad de la *Drittwirkung*, muy limitada en su eficacia directa, no cierra caminos a su utilización por el esencial destinatario de la misma, que como agudamente se ha puesto de manifiesto, no son los jueces, sino los legisladores.

Pero aun siendo así y existiendo posibilidades muy importantes, el legislador no las recorre, y posiblemente no lo hace porque per-

cibe que en una visión de conjunto del sistema económico de la Constitución, las normas que lo alientan tienen una estructura muy distinta, ya que la disciplina de la propiedad (artículo 33) está configurada como una clara limitación a los poderes de autonomía del propietario mientras que la libertad de contratar, amparada bajo el manto de libertad de empresa (artículo 38), se asemeja más a un ámbito de inmunidad, lo que determina que no es posible una arquitectura general de protección del contratante débil, por más que el control de las condiciones generales de la contratación y la protección frente a las cláusulas abusivas pueda parecer tal; aunque no es menos cierto que también puede ser considerada como un mecanismo de racionalización de los mercados, de los cuales los principales beneficiarios sean las empresas.

Cierto que no cabe olvidar que la protección al consumidor contenida a la Constitución (artículo 51) en términos jurídicamente débiles (como un "principio rector de la política económica y social"), ha acabado seguramente por la influencia del Derecho de la Unión Europea, teniendo el alcance casi de un paradigma de tutela del contratante débil. Como se puede fácilmente entender, estos temas no pueden ser ni mínimamente dilucidados aquí y ahora. Lo que si me parece incontrovertible es que un sistema económico de intercambios desiguales como, guste o no, es el sistema del Derecho privado tal ligado a las relaciones de producción capitalista, no consiente un constitucionalismo de la igualdad en términos absolutos.

Convendría una breve pincelada sobre la dimensión de la garantía constitucional del Derecho Privado en las relaciones personales y familiares. Basta con ver el espléndido recorrido de Francisco Capilla sobre la influencia de la Constitución durante los primeros 25 años de su vigencia, para tener claro que en el Derecho de Familia (y también del de Personas) ha sido especialmente modificado en función de los nuevos valores constitucionales, lo que no puede extrañar, dada la dimensión política (empleado el adjetivo en un sentido amplio) de las instituciones familiares.

Ciñéndonos, quizá de manera muy estricta, a la garantía constitucional, su núcleo serían la prohibición de discriminación entre cónyuges y entre hijos por razón del matrimonio, unida a la permisión de la investigación de la paternidad (que es una, digámoslo así, hiper garantía, pues se trata de una norma constitucional de aplicación directa). Cuestión muy relevante en la jurisprudencia constitucional ha sido la afirmación de que no forma parte del núcleo constitucionalmente garantizado del matrimonio la condición heterosexual de la pareja. Como hemos tenido ocasión de argumentar

en otro lugar, la decisión es correcta, pero el parecer mayoritario es muy deficiente técnicamente, y los votos particulares son ideología criptoiusnaturalista de un determinado sesgo, que solapadamente parece evocar la desechada categoría de las garantías de instituto, sobre todo en algún voto particular.

Finalizamos estos breve apuntes una mínima referencia a un aspecto de la cuestión, quizás no relacionado directamente con el tema desde un punto de vista estrictamente técnico, pero sin duda con gran influencia sobre él. Nos referimos al impacto del derecho de la llamada globalización sobre las garantías constitucionales de los particulares derivadas de la Carta magna del Estado y su Derecho. Nosotros no creemos que se pueda hablar de la inexistencia de un Derecho de la globalización, sino más bien de una privatización de la producción jurídica que se quiere presentar como inevitable e inasequible de embridar por los poderes públicos, por la inevitabilidad de las razones de los mercados, sobre todo de los mercados internacionales del capitalismo financiero, en gran parte dominadores de la llamada economía real.

Ahora bien, esa forma de presentar el Derecho de la globalización, es una coartada puramente ideológica, ya que ignora (o se desea ocultar) que lo que se está queriendo legitimar es un modo de producir el Derecho sin legitimación política alguna, al que ya se ha dado en conocer de modo habitual con el viejo nombre de *lex mercatoria* aunque esta tiene poco que ver, salvo en una apariencia superficial, con la del mismo nombre que está en el origen del viejo *ius mercatorum ratione mercaturae*. La nueva *lex mercatoria*, tiene dos vehículos principales, uno sustantivo, el contrato, y otro procesal el arbitraje, ambos, por su propia naturaleza, instituciones que rechazan la intervención del estado salvo como última *ratio*. Esta evidente realidad no debe hacernos olvidar esa nueva dimensión jurídica necesitaría de la potestad coercitiva de los Estados para su concreción última, incluso cuando se tratara de hacer ejecutar decisiones del tráfico transfronterizo; el problema es que puede ser meramente instrumenta de un ordenamiento jurídico en cuya producción no ha tenido un papel mínimamente relevante.

Pero, además, y desde otro punto de observación, se ha de tener en cuenta que ver al Derecho de la globalización como el Derecho del mercado global adolece de miopía, pues sus fórmulas tienden a trasladarse al ordenamiento estatal, y en no pocas ocasiones por vías del legislador. Con lo que no cabe ignorar que hay una interrelación recíproca, en la que las relaciones de poder y dominación en y sobre el Estado no son claras, pero que abocan casi siempre a un

deterioro de los ordenamientos estatales, que se puede reflejar en el deterioro de las garantías que los mismos otorgan a los particulares a través de la Constitución. Lo que describe no es otro sino el resultado final del fenómeno de la crisis de los Estados, y por ello del papel de las esferas públicas nacionales, crisis que no se ha correspondido con la construcción de una esfera pública mundial, esto es de instituciones internacionales dirigidas a la función de garantías, como la salvaguardia de la paz, la mediación de los conflictos, la regulación de los mercados y tutela de los derechos de los bienes fundamentales de todos los ciudadanos; y parece poco dudoso que son funciones que desde luego los mercados no pueden prestar; y por ello es también poco dudoso que sin esas inexistentes instituciones la protección de la situaciones jurídicas básicas de los ciudadanos quedan gravemente comprometidas. Por razones que son evidentes, el discurso aquí y ahora se limita a un solo apunte, y debe finalizar.

EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 1978

Lorenzo Prats Albentosa (1)
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO

- I. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA
 1. El sentido del reconocimiento
 2. La garantía institucional de la propiedad privada
 3. Garantía institucional y contenido esencial
- II. EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA COMO DERECHO FUNDAMENTAL
- III. EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA COMO DERECHO OBJETIVO QUE LEGITIMA LA APROPIACIÓN DE BIENES NO DEMANIALES
- IV. LA DELIMITACIÓN LEGAL DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE “LAS PROPIEDADES”
 1. Reformulación del Art. 33.2 CE
 2. Reserva de ley como garantía
 3. El contenido esencial ¿una garantía?
 4. La función social y la delimitación del contenido del derecho.
- V. LA GARANTÍA EXPROPIATORIA
 1. La subordinación del titular a la realización del interés general
 2. La privación del particular de sus bienes, derechos o intereses legítimos por causa de utilidad pública o interés social

(1) ORCID CODE: 0000-0003-0885-2286.

I. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

1. EL SENTIDO DEL RECONOCIMIENTO

El Art. 33.1 CE establece que "*Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia*".

El precepto usa el verbo *reconocer* para constitucionalizar el derecho a la propiedad privada. El uso de este verbo ha de entenderse en su acepción "Admitir o aceptar algo como legítimo" (2).

No obstante, no puede dejar de referirse el debate interpretativo planteado sobre si el precepto, con el uso de tal verbo, estaba *reconociendo* que el derecho de propiedad privada respondía a un *contenido apriorístico*, es decir, aquel contenido en el Art. 348 del Código civil con toda su carga ideológica (3), y que, de tal modo, era incorporado por el constituyente a su concepto (4). Lo que supondría la defensa de una tesis "originalista" en la interpretación del derecho y su contenido. Desde otra posición, se sostuvo –con mayor razón– que la norma constitucional reconoció el derecho desde la realidad, o momento histórico, en que se redactó e insertó en el Ordenamiento, sin importación de concepciones ideológico-normativas previas, huyendo, por tanto, de la "*fossilización*" del concepto de propiedad (5).

En palabras del TC: "la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones

(2) Así en la acepción séptima del verbo "reconocer" del Diccionario de la Lengua Española, que introduce como ejemplo del uso correcto de la acepción "La Constitución reconoce el derecho a la enseñanza".

(3) La propia de la concepción liberal del dominio. *Vide. in extenso*, MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, p. 62.

(4) Puede leerse la argumentación referida a esta interpretación en las alegaciones de los Diputados del Grupo Popular que interpusieron el recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley de Reforma Agraria del Parlamento de Andalucía que dio lugar a la STC 37/1987, que será tratada con detalle en este estudio más adelante.

(5) Este debate, puede leerse, asimismo, en las alegaciones de los Diputados del Grupo Popular que impugnaron la constitucionalidad de la Ley 13/2005, por la que se modificó el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y que dio lugar a la STC del Pleno núm. 198/2012, de 6 de noviembre. BOE 28 de noviembre 2012.

de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos..."(6).

En el primer caso, la idea de *reconocimiento* parece partir de un *prius*, (7) en tanto que se entendería que la Constitución habría reconocido el derecho a la propiedad contemplado desde una perspectiva iusnaturalista, que es, por definición, previa y superior al propio texto constitucional. En este sentido, se sostuvo que el reconocimiento del derecho a la propiedad privada que proclama el art. 33.1 equivale a la constitucionalización del art. 348 CC(8), y, por

(6) Así en la STC núm. 198/2012, *cit.*

(7) LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., *et. alii.*, *Derecho constitucional*, v. I, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 377. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 31-36, [esta obra se ha reeditado en Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, como se indica por el autor en la "Nota a la edición", es una reimpression de la edición de 1988 "sin adición alguna", las citas que se realizan en este artículo lo son respecto de la edición de 1988] para quien a fin de establecer el significado de la expresión *reconocimiento*, debe partirse, en primer lugar, del examen de la propia Constitución. Así, en el Capítulo II del Título I (*Derechos y libertades*) la Constitución utiliza en varios artículos la expresión *reconocimiento*. El Art. 20.1 CE reconoce el derecho a la libertad de expresión y a la difusión del pensamiento, a la producción y creación intelectual, a la libertad de cátedra y la comunicación o difusión de información; el Art. 21.1 CE reconoce el derecho de reunión; el Art. 27 CE también reconoce el derecho a la libertad de enseñanza –punto 1–, creación de centros docentes –punto 6–, y el punto 10 reconoce la autonomía a las universidades; el Art. 34 CE reconoce el derecho de fundación; el Art. 37.2 CE reconoce el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo y, por último, el Art. 38 CE reconoce el derecho a la libertad de empresa. Dada la gran variedad de preceptos en los que se utiliza el verbo *reconocer*, afirma que este dato constitucional no es relevante a efectos de entender qué debe entenderse por reconocimiento del derecho a la propiedad.

(8) LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 255. Interpretaron que el Art. 33.1 de la Constitución, en su reconocimiento de la propiedad, parte de la noción del Art. 348 CC, como derecho que atribuye a su titular los máximos poderes sobre la cosa, pero teniendo en consideración su función social. En consecuencia, y desde esta interpretación, el Art. 33.1 constitucionalizó el derecho de propiedad contemplado y regulado en el Código civil, si bien incorporando como novedad en el mismo el criterio de la función social. Interpretación que, sin embargo, no concuerda –como se expone– con el reconocimiento que el referido Art. 33 hace del derecho, ni con su configuración interna, esencialmente diferente de la configuración del derecho de propiedad regulado en el Art. 348 CC y ss.

tanto, de la teoría liberal del dominio, así como de su consideración como derecho "sagrado e inviolable" (9).

El Tribunal Constitucional hizo un notorio esfuerzo en su Sentencia núm. 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de reforma agraria de Andalucía, para desligar el reconocimiento del derecho de propiedad, contenido en el Art. 33.1 CE, del derecho de propiedad contemplado en el Art. 348 CC(10) y de su carga conceptual. En ella, además, se interpretó el sentido del reconocimiento constitucional de la propiedad, entendiendo que el constituyente lo hizo desde una doble perspectiva, como institución y como derecho subjetivo:

"[L]a Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir".

(9) Así, en Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La propiedad fue concebido, como recuerda VALENCIA AGUDELO, G.D. "El Derecho de propiedad: del más sagrado de los derechos a mera garantía institucional" *Diálogos de Derecho y Política, Revista electrónica de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas*. Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia, núm. 11, Septiembre-Diciembre de 2012, por "el más sagrado de los derechos del liberalismo clásico", y, el Consejo de Estado francés, "a través del Código civil de 1804... puso a la propiedad en un lugar muy alto, adquiriendo el estatus de derecho natural o cuasi sagrado..." para concluir que "el constitucionalismo revolucionario le otorgo a la propiedad un lugar privilegiado... como una libertad natural, por encima del propio legislador, que debía limitarse a regular su ejercicio en la sociedad". Ciertamente, VALENCIA se refiere al "Discurso preliminar sobre el Proyecto de Código civil" de PORTALIS, J.E., Ed. UCM3, https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/id/90883/discurso_portalis_hd31_2014.pdf. "...el derecho de propiedad en sí es institución directa de la naturaleza, y la manera en que se ejerce es un accesorio, un desarrollo, una consecuencia del propio derecho...", p.49.

En contra de la asunción por la Constitución de esta concepción señalaba LÓPEZ Y LÓPEZ *Op. cit.*, p. 33, que "*tampoco satisfaría mucho, porque, supuesta la adhesión de las enunciaciones constitucionales a realidades metapositivas, queda siempre por aclarar de qué modo éstas se han positivizado*".

(10) Así se refleja claramente en el Fundamento Jurídico 2.º de la STC 37/1987, de 26 de marzo, en la que se dijo que "*la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil*".

2. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA

La Constitución reconoce, en su Art. 33.1, la propiedad privada como una *institución* (11). Lo que supone que el precepto, asimismo, garantiza la propiedad –en tanto que institución(12)– como parte esencial del orden socio-económico que la Norma Fundamental instaura.

La categoría garantía institucional persigue la protección de determinadas instituciones, constitucionalmente reconocidas pero no reguladas en ella (13), frente a la acción legislativa, que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas (14). En el momento de su surgimiento, este concepto se asociaba exclusivamente a la protección de instituciones públicas (15). Posteriormente, la garantía institucional se proyectó hacia instituciones privadas –garantía de instituto– o, incluso, sobre determinadas manifestaciones sociales (16).

(11) Así en la STC 37/1987, F. J. 2, cit. *vid.*

(12) BAÑO LEÓN, J.M., "La distinción entre Derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", en *Revista de Derecho constitucional*, núm. 24, 1988, p. 155 y ss. Para su comprensión considera preciso tener presente su origen y su "específico significado en la teoría "schmittiana" de los derechos fundamentales" con relación a la Constitución de Weimar, y por referencia a SCHMITT, K., "Freiheitsrechte und institutionell Garanden" (1931), en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlín, 1958, pp. 141 y ss. No obstante, como precisa y claramente expresa BAÑO, la construcción de SCHMITT, fue superada. Así, en la Ley Fundamental de Bonn, al situar los derechos fundamentales como límite y medida del legislador y establecer la primacía de la Constitución sobre el legislador, salvo en aquellos casos en los que la propia Constitución, expresamente, atribuya al legislador una absoluta libertad para regular una institución.

(13) El matiz de la no regulación constitucional de la institución lo aprecia, acertadamente, CIDONCHA MARTÍN, A. "Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, Ed. UNED, Madrid, 2009, p. 180.

(14) BAÑO LEÓN, *op. cit.* p.157, "la garantía institucional confiere a una organización o institución social su aseguramiento, pero no en la forma de un poder de excluir la intervención estatal, como en los derechos fundamentales (de libertad), sino tan sólo de limitar esa injerencia, de manera que el legislador no pueda en absoluto desconocer su existencia".

(15) Según recuerda CIDONCHA *Op. cit.* p. 150, la garantía institucional, tal y como fue acuñada en los años veinte del pasado s. XX, "vendría a ser aquella protección constitucional que preserva a una institución no sólo de su destrucción, sino de su desnaturalización, al prohibir vulnerar su imagen maestra ("Leit-Bild")".

(16) Esta protección "en un principio se circunscribe a instituciones públicas (instituciones en sentido estricto –se habla así de garantías "institucionales" o garantías "de institución"–), pero que después se proyecta sobre

Decir que el reconocimiento de la institución se realiza en función de garantía de la misma, implica afirmar que, mediante ella, se asegura su pervivencia frente a la acción normativa del legislador. Y que, por tanto, se erige como límite último a la discrecionalidad política de éste. Aunque no solo, pues la garantía se dirige a todos los poderes públicos, también, y por tanto, a aquellos que aplican las normas que regulan la institución (17).

En este sentido, la garantía institucional implica que a la propiedad no cabe limitarla privándola en la práctica “*de sus posibilidades de existencia real como institución para convertir(la) en un simple nombre*”(18). Pues, la garantía institucional permite reaccionar frente aquellas normas que, sin suprimirla formalmente, la vacíen de contenido o la desnaturalicen, ya sea creando figuras paralelas, que lleguen a resultados similares, ya sea alterando sustancialmente los perfiles básicos que les son propios.

Desde esta perspectiva, la garantía institucional de la propiedad coincide, sustancialmente, con la dimensión objetiva del derecho fundamental a la propiedad, puesto que las nociones de garantía institucional y de contenido esencial se solapan al definir la propiedad(19), aunque, dogmáticamente, su naturaleza sea diferente(20).

Desde esta perspectiva, puede concluirse que el legislador posee un amplio margen para definir el contenido de la institución(21),

instituciones privadas (institutos –se habla así de garantías “de instituto”–) e incluso sobre determinadas manifestaciones sociales (se habla así de garantías de instituciones sociales)”, CIDONCHA, *Ibidem*.

(17) CIDONCHA, *Op. cit.* p. 151.

(18) Así, en STC 32/1981, F.J. 3º.

(19) CRUZ VILLALÓN, P. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *REDC*, núm. 25, p. 61.

(20) Como críticamente observa CIDONCHA, p. 156, para el TC “lo que la Constitución protege desde el ángulo de la garantía institucional, el núcleo básico de la institución, no es sustancialmente distinto de lo protegido por el derecho fundamental, el contenido esencial”, y señala como ejemplo la STC 26/1987, F.J. 4, apartado a), párrafo primero, o la STC 341/2005, en relación con el derecho de fundación (art. 34 CE), en la que se refiere, al mismo tiempo, a “una ‘institución preservada’ con una imagen ‘reconoscible’” y a “un ‘contenido esencial’ del derecho de fundación, que se identifica con la imagen reconocible de la fundación. Derecho fundamental y garantía institucional son lo mismo, como son lo mismo ‘imagen reconocible’ y ‘contenido esencial’ del derecho de fundación. Tanto da lo uno como lo otro”.

(21) Así, en la STC 26/1987, se puso de manifiesto la “flexibilidad” de la garantía institucional frente a la acción legislativa.

siempre y cuando la preserve en términos reconocibles(22). En consecuencia, se dice que "las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza"(23).

Así, puede observarse que nuestra jurisprudencia constitucional reserva la noción de garantía institucional a la protección de aquellas instituciones que, encontrando reflejo constitucional y siendo fundamentales dentro de tal orden, no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo.

No obstante, y desde otra perspectiva, puede observarse que "*la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial definitivo, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*"(24).

Afirmación que, de una parte, sirvió al Tribunal Constitucional para desligarse de los intentos de quienes sostuvieron(25) (y aún sostienen)(26) la que se ha venido en denominar concepción "originalista" de los derechos constitucionales, y, por tanto, para negar que la Constitución asumiera la noción del derecho a la propiedad privada contenida en el art. 348 CC(27).

(22) En este mismo sentido, COLINA GAREA, R.; *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. Ed. J.M. BOSCH, Barcelona, 1997, p. 343y ss.

(23) STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3.

(24) Así se dijo en la citada STC 32/81, y en este mismo sentido STC 111/1983, de 2 de diciembre, STC 11/1981, de 28 de julio. Doctrina que se reitera en la más reciente STC 198/2012, cit.

(25) Así, DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. EDERSA, Madrid, 1993, p. 208, afirmaba que, aunque el Art. 33.2 CE estuviese redactado en futuro, esto no impide que tenga valor para el pasado, pues, en caso contrario, "*no garantizaría la propiedad privada ya existente con anterioridad a la Constitución*".

(26) Vid. alegaciones de los Diputados del Grupo Popular que impugnaron la constitucionalidad de la Ley 13/2005, en la STC del Pleno núm. 198/2012, cit.

(27) MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op. cit., p. 154-156. MEDINA DE LEMUS, M., *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, Colegio de Registradores

Según la doctrina científica(28) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional(29), el reconocimiento por el Art. 33.1 CE de la propiedad privada como institución(30), se hace sin diferenciar entre todas y cada una de las formas de propiedad reguladas por el legislador. Pues en la institución "propiedad" quedarían comprendidas y protegidas todas "las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial"(31).

Como dice LÓPEZ LÓPEZ la finalidad del reconocimiento es "preservar para los titulares, de modo necesario, un ámbito de poder sobre los bienes económicos. [...]. Son todos los títulos jurídico-privados de apropiación, gestión y transmisión de los bienes económicos los que resultan reconocidos y simbolizados en la fórmula abstracta y unificadora "propiedad privada", con indicación de cuál sea su contenido. La propiedad privada viene en este contexto entendida no como manifestación de un singular y típico poder concreto sobre las cosas, sino en su significado de institución alrededor de la cual gira la apropiación y gestión privada de los bienes"(32).

de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, p. 26-27.

(28) LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 38-39. "No parece pensable que la garantía institucional se refiera a la propiedad privada con todas y cada una de sus manifestaciones singulares, pues ello equivaldría, entre otras cosas, a negar la posibilidad de concretas intervenciones ablatorias por parte de los poderes públicos, lo que es absurdo, consagrada la expropiación forzosa por la propia Constitución". LASARTE ÁLVAREZ, C., *Propiedad y derechos reales de goce...*, op. cit., p. 43-45. COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, p. 269.

(29) Baste la siguiente relación, no exhaustiva, de las sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la conformidad con la garantía institucional de la propiedad de la regulación de diferentes situaciones dominicales: Así, la ya citada, STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la propiedad agraria de Andalucía; la STC 170/1989, de 19 de octubre, sobre bienes en que concurren valores medioambientales o que lindan con la ribera del mar; STC 149/1991, de 4 de julio sobre la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley de Costas de 1991; la STC 89/1994, de 17 de abril sobre la prórroga forzosa de las viviendas o locales de negocio arrendados, o la STC 61/1997, de 20 de marzo sobre la delimitación del contenido de la propiedad urbana.

(30) En este sentido, es igualmente aplicable la argumentación que realiza el TC en la STC 198/2012, cit.

(31) En la STC 204/2004, de 18 de noviembre se expone que "el derecho constitucional a la propiedad privada puede recaer en la actualidad, y por lo que aquí interesa, como se infiere de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 3 del art. 33 CE, tanto sobre bienes como sobre derechos".

(32) LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, cit., p. 41-42.

Así, el Art. 33.1 CE reconocería una institución en la que tendrían cabida todos los estatutos propietarios que el legislador ordinario pueda decidir establecer, sin que –precisamente, por tal motivo– se haga referencia en el precepto a aquellas notas básicas o esenciales de la institución, que, a modo de mínimo común denominador, deberían concurrir en todos los estatutos de la propiedad.

No obstante, la falta de tales notas o caracteres esenciales no puede identificarse como una “debilidad” en la tutela de la institución. Que la Constitución la reconozca como tal es, en sí, suficiente garantía, pues sólo una reforma constitucional podría removerla.

De otro lado, el reconocimiento posee implicaciones de trascendencia en el ámbito económico, y ello en tanto que supone la asunción por la Constitución de una de las instituciones clave de la economía capitalista. Y que implica no solo el reconocimiento a los particulares de la capacidad de apropiarse de los bienes que forman parte de la riqueza nacional, y que no sean del dominio público, sino también la protección por parte del Estado del *status quo* consiguiente, el reconocimiento de la libertad de intercambio (Art. 38 CE), que presupone la economía de mercado, y, asimismo, el reconocimiento de que el ejercicio de tal libertad es resultado de un acto de voluntad individual del propietario.

3. GARANTÍA INSTITUCIONAL Y CONTENIDO ESENCIAL

Una de las cuestiones recurrentemente planteadas con relación a la supuesta “debilidad” de la institución de la propiedad en la Constitución, y con el propósito de establecer una garantía para la misma frente al legislador, es la referida a la aplicación del límite del contenido esencial, contemplado en el Art. 53.1 CE, a la institución de la propiedad.

De acuerdo con esta posición la Ley tendría que respetar tanto el contenido esencial de la institución, como el contenido esencial de la forma o régimen de la propiedad que la Ley regule en concreto.

Considero que este planteamiento introduce un elemento de confusión en el análisis. Por ello ha de subrayarse, de un lado, que el Art. 53.1 CE, cuando se refiere al contenido esencial, lo hace respecto a los derechos de los que predica su existencia. Por lo que respecta al de propiedad, ha de interpretarse que se refiere al contenido esencial de aquellas formas o estatutos o regímenes del derecho de propiedad que la ley ordinaria regule, de acuerdo con su función social. De otro lado, debe considerarse que la Ley ordinaria no puede regular la propiedad como institución; como se ha dicho

anteriormente, sólo mediante una reforma constitucional podría delimitarse o, en su caso, suprimirse.

En su caso, puede admitirse que entre institución y contenido esencial existe una relación meramente tangencial. Un criterio útil para explicar esta relación supone partir de la observación de que garantía institucional y contenido esencial del derecho se refieren a planos conceptuales diversos, sin bien debe advertirse que, como las líneas tangentes, hay un punto en el que se tocan.

Si seguimos este símil, la garantía institucional, como se ha expuesto en el apartado anterior, incide sobre la acción del legislador ordinario, de modo que permite reaccionar ante la jurisdicción constitucional frente aquellas normas que, sin suprimir formalmente a la propiedad como institución, la vacíen de contenido o la desnaturalicen.

En este sentido, el TC dijo que "la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar" (33).

Como se indicó anteriormente, la garantía es de la institución (34), no de todas y cada una de aquellas manifestaciones concretas del derecho –y las formas del mismo– que la Constitución reconoce con base en la propiedad –como institución–, y que quedan incluidas o son reconducibles a la misma, pues, según entiendo, el contenido de tales formas o estatutos del derecho de propiedad se encuentra garantizado a través de la protección del contenido esencial, prevista en el Art. 53.1 CE.

Desde luego, el Art. 33.1 reconoce a una institución –la propiedad–, y también al derecho de propiedad, en tanto que posición subjetiva de poder abstracta, que legitima a los particulares para que la proyecten sobre aquellos bienes –y derechos– de los que pueden apropiarse por no ser de dominio público, es decir, por ser *res commerciales*.

El contenido concreto de tal poder, es decir, el haz de facultades que lo conforman, y del que podrán ser titulares los particulares, así como los deberes y cargas que, quien sea su titular, habrá de cum-

(33) STC 11/1981, de 28 de julio.

(34) En este sentido dice BAÑO, *op. cit.*, p. 164, con referencia a la STC 37/87 "El contenido esencial del derecho de propiedad que el legislador no puede traspasar se refiere por entero a la garantía de una institución (la propiedad), no al reconocimiento de facultades o poderes esenciales de ese derecho...".

plir o realizar, dependerá, según el Art. 33.2 CE, de lo que determine la ley, de acuerdo con el bien objeto del derecho y los intereses sociales e individuales concurrentes; es decir, de acuerdo con el principio normativo de la función social que haya de realizar el tipo o forma de propiedad de que se trate.

Así, sólo podemos estudiar y referirnos al contenido esencial del derecho de propiedad en una forma o estatuto concreto de propiedad entendido en sentido objetivo (p.e. contenido esencial del derecho de propiedad del suelo urbano)(35). Y al objeto de hacer referencia a aquel ámbito mínimo de libertad que la norma reconoce a quien, en abstracto, sea titular de un derecho que tenga por objeto un cierto bien (suelo urbano, según el ejemplo), y, que, en consecuencia, el legislador ordinario no puede regular.

O, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, a "aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, *lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo*. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga"(36).

De lo anterior resulta que –y este sería, según entiendo, el punto de tangencia– tanto la garantía institucional, como el contenido esencial del derecho, implican subrayar la supremacía de la Constitución respecto del legislador ordinario. En el caso de la garantía institucional, pues la Constitución asegura frente al legislador la existencia de una organización en su rasgo esencial. Y en el caso del contenido esencial, al asegurar frente al legislador aquel ámbito material –aquella facultad o facultades–, que hace reconocible al derecho como perteneciente a cierto tipo o forma de propiedad (p.e. derecho de propiedad de suelo urbano).

No obstante, la Constitución solo permite a la Ley que pueda regular aquel contenido del derecho que, por contraste, ha de denominarse como "no esencial" o "normal". Si el legislador ordinario afecta al "rasgo esencial" de la propiedad –aquél que identificaría a la propiedad como institución–, su ley sería inconstitucional, de un lado, por falta de competencia para ello (no puede regular la institución), y, de otro, lo sería pues habría afectado a un elemento que,

(35) LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 45. "si no se puede hablar de tipo abstracto único para el derecho de propiedad [...], no podemos hablar de un único "contenido esencial", a él referido".

(36) STC 11/1981, de 8 de abril.

naturalmente, forma parte del contenido esencial de toda forma de propiedad, pues tal rasgo esencial estaría presente en todas y cada una de las mismas. Desde esta perspectiva, garantía institucional y contenido esencial del derecho coincide(37).

Desde luego, tanto el referido rasgo esencial, como el contenido, asimismo esencial, no se encuentran determinados expresamente por la Constitución. Su abstracción exige una necesaria labor interpretativa, de ahí que el Tribunal Constitucional, desde la Sentencia 11/1981 de 8 de abril(38), haya establecido que, para comprender si el legislador ordinario ha regulado el ámbito esencial del derecho, han de seguirse dos vías o criterios de aproximación en el análisis que, en caso alguno, son excluyentes, la que deriva de la denominada doctrina de la reconocibilidad y, de otra parte, la que parte de los *intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos*. El análisis de ambos criterios se realizará *infra* 3.3.

II. EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La ubicación sistemática del derecho a la propiedad en la sección segunda, del Capítulo II del Título I CE, y su trato diferenciado respecto de los derechos y libertades contenidos en la sección primera, que se traduce en que su regulación está sujeta a reserva de ley ordinaria, y no de ley orgánica (Art. 81 CE), y en que el propietario no podrá solicitar el amparo constitucional (Art. 53.2 y 161.1, b) CE), condujeron al Tribunal Constitucional a interpretar que el derecho a la propiedad era un derecho constitucional no fundamental(39).

La doctrina, sin embargo, ha mantenido una posición contraria a la sostenida por el Tribunal Constitucional, a la que, incluso, ha cali-

(37) CRUZ VILLALÓN, *Op.et loc cit.*

(38) STC 11/1981, de 8 de abril.

(39) Así, ya en la STC 16/1981 se recogió la distinción entre derechos fundamentales y derechos constitucionales, para incluir en esta segunda categoría a los derechos de la sección segunda, línea que se ha seguido por la jurisprudencia durante largo tiempo. PARADA VÁZQUEZ, J.R.; "El Art. 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA*, Coord. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. Ed. Civitas, vol. 2, p. 1271, "Nuestra Constitución no considera a la propiedad como derecho fundamental... sino que siguiendo la tradición de la Constitución de 1931, la incluye entre los derechos económicos y sociales" y por ello se refiere al derecho de la propiedad como "derecho constitucionalmente menor".

ficado "carente de sentido jurídico" (40), y ha resaltado el lugar central de la propiedad privada en el constitucionalismo, en tanto que "condición necesaria, aunque no suficiente de la libertad" (41). A los anteriores argumentos, se ha de añadir que la "fundamentalidad" de los derechos del Título I, contenidos en ambas secciones del capítulo II "deriva del número 1 del [Art. 53]..."; vale decir, derechos resistentes en su "contenido esencial a la acción legislativa" (42), y que, por tanto, tal carácter no puede considerarse dependiente de las consecuencias jurídicas derivadas de la ubicación sistemática del derecho a la propiedad en el texto constitucional.

El carácter "fundamental" del derecho de propiedad debe considerarse, en este momento, fuera de toda duda. Tal y como establece el Art. 10.2 CE., resulta necesario interpretar "[L]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce...de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

Este precepto, tal y como ha dicho el Tribunal Constitucional, contiene "un criterio interpretativo aplicable a la exégesis de los preceptos constitucionales que tutelan los derechos fundamentales" (43), que implica que el constituyente reconoció la coincidencia con el ámbito de valores e intereses que protegen los instrumentos internacionales a que remite, "así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado" (44).

Por tanto, sigue diciendo el Tribunal, "en la medida en que el art. 10.2 CE recoge una directriz sobre el modo en que debe ser realizada la interpretación del título I de la Constitución española su lesión, en caso de darse, nunca sería autónoma, sino que dependería de la verificación de la lesión de uno de los derechos contenidos en ese título I, agravada por el hecho de que tal vulneración pondría de manifiesto la falta de respeto al único criterio interpre-

(40) JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*. Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 27.

(41) Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.; *Sistema de Derechos fundamentales*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 448.

(42) Así, según afirma JIMÉNEZ CAMPO *Op. et loc cit.*

(43) Así, en STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8.

(44) En este sentido en STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7.

tativo del texto constitucional que recoge expresamente la propia Constitución”(45).

En concreto, y de conformidad con lo dispuesto en el referido Art. 10.2 CE, a la hora de interpretar el derecho de propiedad, en tanto que reconocido por la Constitución, ha de tenerse en consideración, en primer lugar, el Art. 1 del Protocolo adicional núm. 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952, ratificado por España el 2 de noviembre de 1990 (BOE 12 de enero de 1991)(46).

En segundo lugar, ha de tenerse en consideración la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, revisada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, que tras su ratificación es legalmente vinculante para todos los Estados Miembros, salvo para el Reino Unido y Polonia, y que contempla en su Art. 17 el “Derecho a la propiedad”, como uno de tales derechos (47).

Y, finalmente, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, cuyo Art. I-9, 3, convierte en principios generales del Derecho de la UE “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales...”. En concreto, en el Art. II-77, de la Parte segunda del Tratado, en el que se establece que “Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública... a cambio... de una justa indemnización...”.

(45) Así en la STC 198/2012, FJ 2.

(46) “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

(47) Según el cual “1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general”.

En consecuencia, en lo anteriores Textos se atribuye al derecho de propiedad el carácter de fundamental; carácter y trascendencia que no puede ser desconocido en nuestro Derecho, ni, tampoco, por nuestro Tribunal Constitucional.

No obstante, puede considerarse que el Tribunal Constitucional ya ha variado su criterio, y lo ha acomodado a lo dispuesto por los citados Convenios y Tratados. Así, en la STC 198/2012 se atribuye, por primera vez, el carácter de derecho fundamental a uno de los contenidos en la sección segunda del Capítulo II del Título I CE (derecho a contraer matrimonio). Y puede leerse en ella cómo, a fin de evaluar la constitucionalidad de la Ley 13/2005, aplica el canon hermenéutico, contenido en el Art. 10.2 CE, que, por remisión a tales Convenios y Tratados, supone aceptar la consideración del derecho como fundamental y valorar tal consideración (48).

Desde luego, la reivindicación del carácter fundamental del derecho a la propiedad no es meramente nominal, pues implica reconocer una especial protección al titular del derecho. Así, dice el Tribunal que los derechos fundamentales (entre ellos el de contraer matrimonio, y, también, el de propiedad) son derechos que exigen "una protección subjetiva", que se traduce en que el Tribunal Constitucional ha de garantizar "al titular del derecho en cuestión, que la posición jurídica derivada del reconocimiento del derecho no queda eliminada o desnaturalizada por el legislador", y ello pues éste es sujeto de una obligación negativa, que le impone el deber de no lesionar "la esfera de libertad que contiene el derecho" (49).

Sin que pueda considerarse que el derecho de propiedad, en tanto que derecho subjetivo, quede desprotegido porque quien sea su titular no pueda impetrar el amparo constitucional, de acuerdo con lo que dispone el Art. 53 CE. Ello tan sólo supone que "el constituyente no ha estimado necesario incluir este derecho y sus garantías en el ámbito de la protección reforzada que el art. 53.2 de la Constitución confiere a determinados derechos y libertades fundamentales, encomendando a los Tribunales ordinarios, que a su vez tienen abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, la tutela de tal derecho y sus garantías" (50).

(48) De acuerdo con el referido Art. 10.2. CE, el Tribunal Constitucional arranca su valoración sobre el derecho a contraer matrimonio diciendo que "una vez analizado el Derecho comparado europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el Derecho originario de la Unión Europea...".

(49) El TC ya se pronunció en este sentido en la STC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 3.

(50) SsTC 38/2011 de 28 de marzo y 67/1988, de 18 de abril.

III. EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA COMO DERECHO OBJETIVO QUE LEGITIMA LA APROPIACIÓN DE BIENES NO DEMANIALES

El párrafo primero del Art. 33 CE reconoce el derecho a la propiedad como derecho objetivo de los ciudadanos. Para comprender el "reconocimiento" de este derecho a los particulares (dominio privado), considero que es adecuado contraponerlo a su contrario. Es decir, al dominio público estatal, al que se refiere el Art. 132.2 CE, y al que se *reconoce* al Estado respecto de aquellos recursos, que forman parte de la riqueza nacional (128 CE), y que se señalan expresamente en el citado precepto, o que, posteriormente, han sido determinados por la Ley o, en un futuro, lo serán. En este precepto se dice, literalmente, que "son de dominio público estatal...". Mientras que en el Art. 33.1, ha de entenderse que se dice que "son de dominio particular...".

Por tanto, frente al dominio del Estado, respecto de los bienes señalados, constitucional o legalmente, se encuentra reconocido el derecho de los particulares a la propiedad del resto de los bienes que forman parte de la riqueza nacional. Lo que implica que la Constitución, en su Art. 33, legitima a los particulares para que se apropien de tales bienes, y, además, garantiza la apropiación frente al dominio público del Estado, así como, y con carácter general, frente a todos. Mientras que, en el Art. 132.2 CE, se garantiza la pertenencia al dominio público de una serie de bienes que, salvo modificación constitucional, los particulares no podrán apropiarse y, además, se prevé que una ley pueda incorporar otros bienes a tal dominio, que, salvo derogación de la misma, asimismo, impedirá que los particulares puedan apropiarse de ellos.

Así, se reconoce el derecho a la propiedad privada, como derecho que faculta a los particulares a apropiarse de los bienes que conforman la riqueza nacional, siempre y cuando no sean bienes demaniales. Derecho que se encuentra protegido frente al legislador ordinario por su propio reconocimiento como derecho fundamental (dimensión subjetiva), tal y como se ha expuesto anteriormente. En consecuencia, tan sólo una modificación de la Constitución, que siga el procedimiento previsto en el Art. 167 CE, podrá eliminar este derecho, restringirlo o, en su caso, modalizarlo. No obstante, esta hipotética modificación constitucional se encontraría delimitada por aquellos Convenios y Tratados internacionales suscritos por España, en los que resulta reconocido el derecho a la propiedad como dere-

cho fundamental, así como sus rasgos o elementos primordiales, tal y como se ha expuesto anteriormente.

Considero que, respecto de este derecho, no cabe razonar por comparación con el modelo abstracto y general del derecho de propiedad, contemplado por el Art. 348 CC. Es más, considero que este precepto no se refiere al mismo derecho que reconoce el Art. 33.1 CE, ni, de otra parte, tampoco puede entenderse como aquel precepto que contiene el desarrollo ordinario del mismo, al menos, por lo que respecta a sus facultades básicas y abstractas. En este sentido, ha de afirmarse que el Art. 348 CC quedó “desenganchado” del derecho a la propiedad que reconoce el Art. 33 CE, y del propio “modelo constitucional” del derecho que en él se instaura.

Tal “modelo” supone, en primer término, no configurar el poder jurídico que reconoce a los particulares, más allá de establecer la legitimidad de la apropiación de los bienes no demaniales. En segundo término, no determinar las facultades esenciales que conforman tal poder y, en tercer lugar, atribuir al legislador ordinario –como a continuación se expondrá– la competencia para determinar el contenido “no esencial” o “normal” del derecho de propiedad que tenga por objeto un cierto bien (una forma o régimen de propiedad), de acuerdo con la función social que con tal bien se haya de realizar.

IV. LA DELIMITACIÓN LEGAL DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE “LAS PROPIEDADES”

1. REFORMULACIÓN DEL ART. 33.2 CE

El párrafo segundo del Art. 33 CE dispone que: “*La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*”.

La proposición normativa ha de ser reformulada, según las reglas de nuestra gramática, a fin de comprender su sentido. Así, dice el precepto, realmente, que *las leyes delimitarán el contenido de estos derechos* [a la propiedad privada y a la herencia] *de acuerdo con su función social*.

La primera consecuencia que cabe extraer de esta disposición es la atribución al legislador ordinario de la competencia para determinar el *contenido*, o régimen jurídico, del derecho a la propiedad. La segunda, que encarga al legislador que, cuando haga uso de tal competencia, antes de proceder a determinar el contenido de una de las *propiedades* o formas del derecho de propiedad, proceda a interpretar qué función social haya de realizarse, objetivamente,

mediante el bien, objeto de la forma del derecho de propiedad que vaya a regular. Y, por último, que, una vez determinada tal función, proceda a delimitar, en relación con la misma, el régimen jurídico de la forma de propiedad objeto de regulación.

Lo que implicará, de una parte, que el legislador determinará los deberes y cargas que tendrá que cumplir quien sea titular del derecho, pues mediante su cumplimiento realizará la función social del derecho y, además, se legitimará como tal. Y, de otra parte, supondrá que la Ley establecerá las facultades que atribuya a quien sea su titular, a fin de que realice su interés, si bien, delimitará la intensidad de las mismas, de acuerdo con la función social del derecho.

2. RESERVA DE LEY FORMAL COMO GARANTÍA

La delimitación del contenido del derecho de propiedad debe hacerse mediante ley formal. El párrafo segundo del Art. 33 CE, como se ha visto, atribuye a la ley, como norma que emana del legislador, el cometido de delimitar el contenido, o régimen jurídico, del derecho de propiedad. El precepto se encuentra en concordancia con el Art. 53.1 CE. De acuerdo con este precepto, “[s]ólo por ley... podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título”.

Como se dijo en las STC 6/1981, de 6 de marzo y 37/87, la Constitución impone al legislador, mediante esta reserva de ley, “una barrera infranqueable, que ha de ser siempre respetada como garantía esencial de nuestro Estado de Derecho (...) que asegura que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes”.

Esta reserva de ley ha de entenderse en el sentido de reserva formal de ley ordinaria, en el caso del derecho a la propiedad objeto de este estudio. Lo que, en consecuencia, implica la concordancia del Art. 33.2 con lo dispuesto en el Art. 87 y ss. CE y en los Reglamentos del Congreso y del Senado, en tanto que en ellos se regula el procedimiento de elaboración de las leyes ordinarias.

Asimismo, la reserva formal de ley implica un límite a la potestad normativa del poder ejecutivo. Y ello pues supone, de un lado, que mediante un reglamento no podrá regularse –con los matices que se expondrán a continuación– el contenido o régimen jurídico de cualquiera de las formas del derecho a la propiedad. Lo que, desde luego, no impide la colaboración del poder ejecutivo en la aplicación

de la ley, mediante la aprobación de los reglamentos de ejecución precisos.

Así, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 37/87, interpretó en este sentido la reserva de ley formal al decir que:

“Prohíbe esta concreta reserva de Ley toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos...”.

Una de las cuestiones debatidas respecto del alcance de la reserva de ley es si esta impide, asimismo, que pueda ser delimitado un régimen jurídico de la propiedad privada mediante un Decreto-Ley. Y ello pues, si bien esta es una norma con rango y fuerza de ley, sin embargo, parece que del propio Art. 86 CE resulta vedada esta posibilidad, al disponerse que los Decretos-Ley “no podrán afectar... a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I...”.

La STC 111/1983 tuvo oportunidad de abordar la cuestión y ofrecer un criterio interpretativo. Así, en primer término, parte de una valoración referida al alcance de la prohibición, que es premisa de su criterio:

“Para indagar el verdadero alcance de la prohibición de que el Decreto-ley afecte a derechos, deberes y libertades regulados en el Título I de la Constitución es menester no detenerse en la que denomina el Abogado del Estado “constatación locativa”. Por el contrario, es necesaria una consideración sistemática: no basta con comprobar que los arts. 33 y 38 están colocados en el Título I; hay que reflexionar sobre el texto de los artículos y especialmente considerarlos en su conexión de sentido con otros preceptos constitucionales y, más aún, examinarlos en su conexión ordinamental general”.

De acuerdo con la anterior observación, el Tribunal consideró que “Lo que el Constituyente ha tratado de prohibir a los Decretos-leyes es que éstos puedan subrogarse en la función más tradicional de las leyes respecto a cierto conjunto de materias, las negativamente reservadas al Decreto-ley”.

Lo que le llevó a concluir que “...por sí solo, el art. 86.1 no impide de principio la edición de normas medidas por Decreto-ley en las citadas materias, siempre que se dé el presupuesto habilitante”.

Y, a fin de que esta conclusión quedase conciliada con la reserva de ley establecida en el Art. 53.1 CE, interpretó el sentido de la misma, de modo que considera que esta supone que "sólo por Ley podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, esto es, sólo la Ley puede regular, lo que es lo mismo, normar con carácter general y estable, el ejercicio de los citados derechos y libertades".

En consecuencia, el Tribunal considera que la reserva de ley impide que mediante un Decreto-Ley se pueda "normar con carácter general y estable el ejercicio de los citados derechos y libertades". Lo que, sin embargo, no impide "que el Decreto-ley pueda incidir, sea ello mínimamente y aun cuando la situación lo demande con una imperiosa urgencia, en cualquier situación jurídica individual que pueda ser reducida a los arts. 33 ó 38 de la Constitución". Pues lo contrario implicaría un "vaciamiento" de la figura del Decreto-Ley.

En la más reciente STC 93/2015, se resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación frente a diversos preceptos del Decreto Ley de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. El valor de esta Sentencia radica en que, en ella, se aplicó la doctrina anteriormente expuesta y, en consecuencia, estimó el recurso de inconstitucionalidad por entender que el Art. 1.3 y, por su relación con él, los apartados 5 y 6 del Art. 25 y el Art. 53.1, a) del Decreto Ley impugnado, trata "a diferencia de las SSTC 111/1983 y 329/2005, de una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, y no de la disciplina de un sector material en el que dicho derecho constitucional pueda incidir".

Es de interés reproducir la argumentación e interpretación con base en las que se declara la inconstitucionalidad de los preceptos. Así, en primer término, dice el Tribunal que "el artículo 1.3 concurre a establecer el régimen general del derecho de propiedad de la vivienda y dentro de él uno de sus elementos esenciales, lo que, por implicar "afectación" del mismo en el sentido que a este concepto le atribuye la doctrina constitucional, está vedado a esta modalidad de disposición con fuerza de ley".

El TC concreta el motivo de su decisión y, por ello, dice que, si el precepto se declara inconstitucional, es porque "establece un contenido del derecho de propiedad de la vivienda que lo afecta, en el sentido del art. 86.1 CE, y por tanto entra a regular un ámbito excluido del decreto-ley y pretende delimitar un contenido esencial para lo que ningún legislador es competente". Y entiende que lo

afecta pues "disciplina un espacio normativo vedado al decreto-ley y reservado a la ley formal".

Por lo que, en consecuencia, "es inconstitucional y nulo por contravenir uno de los límites materiales del decreto-ley, que deriva del principio democrático que el apartado 1 del art. 1 CE impone a todas las instituciones del Estado en su conjunto y se refleja en el art. 86.1 CE como requerimiento mínimo".

3. EL CONTENIDO ESENCIAL ¿UNA GARANTÍA?

3.1. Si, como se ha expuesto, la reserva de ley se establece como garantía del derecho frente al poder ejecutivo, del Art. 53.1 CE resulta, asimismo, que la Constitución –parece– que establece una garantía del derecho a la propiedad frente al propio legislador ordinario. Y ello en tanto que del precepto resulta que hay un contenido, que se califica como "esencial", que el legislador deberá respetar "en todo caso".

En consecuencia, y desde esta perspectiva, puede comprenderse que la competencia del legislador para regular el contenido del derecho se configura como parcial, pues no es plena, en tanto que limitada a lo "no-esencial". Es más, si se considera el adjetivo "esencial" utilizado por el precepto, que significa "sustancial, principal, notable" (51), puede comprenderse que, a tal contenido, se le atribuye un valor cualitativo de mayor importancia, respecto de aquel otro que es el de la competencia propia del legislador ordinario.

No obstante, el carácter indeterminado –desde el punto de vista jurídico– de la locución "contenido esencial", no permite definir "a priori" qué contenido del derecho, cuál o cuáles facultades del mismo e, incluso, con qué intensidad, merece tal consideración (52).

En este sentido, puede decirse que la Constitución no dotó de certidumbre a la acción legislativa. Sin embargo, si hubiese optado por hacerlo, fijando en su Texto lo "esencial" de cada uno de los derechos y libertades a los que se refiere el Art. 53 CE, habría supuesto tanto como poner fecha de caducidad a la propia Constitución,

(51) 2.^a acepción del Diccionario de Lengua Española.

(52) En este sentido, en la STC 37/1981, de 16 de noviembre ya se observaba cómo "No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal al que, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), corresponde en último término y para cada caso concreto llevar a cabo esa determinación". La misma expresión en STC 58/1984, de 9 de mayo.

al anclar los elementos esenciales de los derechos constitucionales fundamentales a unas determinadas coordenadas sociológicas e ideológicas temporales, cuando son derechos que, sustancialmente, evolucionan junto con la sociedad, por lo que su concepto y contenido puede decirse que es coyuntural.

Desde otro punto de vista, puede tenerse en consideración cómo la Constitución confía al legislador la delicada e importante tarea de ser el intérprete fiel, en cada momento histórico, de aquello que es –o se considera que es– “esencial” en el contenido de los derechos constitucionales y, en consecuencia, de configurar el derecho (o el régimen de la propiedad de que se trate), y de auto-controlar –por así decir– su propia competencia normativa (53). Además, de este modo, reconoce al legislador que se encuentra en la mejor posición para hacerlo. No en vano, el legislador representa, en cada momento histórico, a la voluntad y sentir de *su* pueblo (*su* sociedad), en el que reside la soberanía nacional, y del que “emanan los poderes del Estado”, entre ellos el legislativo (Art. 1.2 CE).

Desde esta perspectiva, que el propio Art. 53 CE prevea que pueda interponerse ante el Tribunal Constitucional recurso de inconstitucionalidad, por los singularmente legitimados activamente para ello (sustancialmente, y significativamente, a los legisladores –aunque también al Presidente del Gobierno y al Defensor del Pueblo), porque la Ley no haya respetado el contenido esencial del derecho, ha de considerarse, de un lado, como un incentivo para que el legislador interprete, con carácter previo a la adopción de una ley, qué es esencial en la configuración y el contenido del derecho, y, de otro, para que, a continuación, proceda a ejercer su competencia, es decir, a delimitar el contenido del derecho, en el ámbito de lo “normal” –o “no esencial”– del contenido del mismo.

Que el único remedio previsto, ante el caso de una ley que no respete el contenido esencial de un derecho constitucional, sea un remedio “ex post”, cuyo conocimiento corresponde a un órgano ajeno al poder legislativo, con la atribución de ser el “intérprete *supremo* de la Constitución” (Art. 1 LOTC), no puede entenderse más

(53) Así, en el caso en el que el legislador decidiera regular un régimen de la propiedad inexistente hasta ese momento, sólo cabe hablar de un contenido “esencial” de tal forma de propiedad desde la propia decisión del legislador y la ordenación de lo “no esencial”, contenida en la Ley que la regula. Desde esta misma perspectiva, tal y como se dice en el texto, al legislador le corresponde regular aquello que puede denominarse el contenido “normal” del derecho, lo que determina, implícitamente, reconocer un ámbito de acción del titular que, por ser esencial, no será objeto de regulación.

que en los señalados términos de incentivo al auto-control del legislador, pero, en definitiva, como una afirmación de su competencia. De forma que el recurso de inconstitucionalidad se previene en esos casos como una vía extraordinaria ante una conducta del legislador anormal o impropia.

3.2. Por ello, es decir, porque se considera que, mediante el recurso de inconstitucional frente a una ley, por falta de respeto al contenido esencial de un derecho fundamental, se procede a examinar si la ley *–rectius*, el legislador– se ha extralimitado en su competencia, el Tribunal Constitucional se refirió en su STC 11/1981 a dos criterios que, aislada o conjuntamente, pueden ser tenidos en consideración –por el propio Tribunal– para examinar y concluir, *ex post*, si una ley ha respetado, o no, el contenido esencial de una de las formas o regímenes del derecho a la propiedad –por ser este derecho objeto de este estudio– o de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución (54).

Tales criterios son, en primer lugar, el llamado de la “recognoscibilidad” de los derechos. Según el cual se ha de “[t]ratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones, normativas y la que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo”.

De acuerdo con este criterio, entiende el Tribunal que “[c]onstituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facul-

(54) Así, dijo la STC, FJ. 8.º, que “Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que, puede entenderse por “contenido esencial” de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el –contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse”.

tades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando, se trate de derechos constitucionales”.

El segundo de los criterios, que considera el Tribunal que, al referido efecto puede seguirse, es el denominado de los intereses jurídicamente protegidos como “núcleo o médula” por los derechos subjetivos.

De acuerdo con este criterio, “[s]e puede...hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.

Expresado así el criterio, puede considerarse que “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

No obstante, el Tribunal no ha procedido en ningún caso a determinar el contenido esencial de los derechos y libertades del Título I de la Constitución, ni es función que, por otra parte, le corresponda. Sólo ha utilizado los referidos criterios para llegar a la conclusión, en cada caso que ha tenido que recurrir a su aplicación, de que la ley impugnada había respetado el contenido esencial del derecho (55).

3.3. Ha sido la doctrina, la que, sin embargo, sí se ha planteado determinar el sentido, concepto y contenido de la locución “contenido esencial”. La que se ha preguntado en concreto, y por referencia al derecho a la propiedad, sobre si, en el sustrato de todas las formas o estatutos dominicales, hay una institución, es decir, un mínimo común denominador, a partir del cual se derivarían unas características esenciales del dominio, que representarían un haz de facultades necesarias para que el derecho de propiedad no llegase a perder su esencia, y que, de otra parte, operase como un ámbito mínimo indisponible por el legislador dentro del contenido de los derechos.

Debe hacerse notar, con carácter previo, cómo el análisis de los autores parte de una posición, sin duda, inducida formalmente por la expresión literal del Art. 53.1 CE, que lleva a considerar al legis-

(55) Así, en las referidas STC 11/1981, 37/1987.

lador como eventual –permítaseme la licencia– “enemigo normativo” del derecho de propiedad (en general, de los derechos fundamentales). Recurso que, argumentativamente, puede ser eficaz, sin embargo, considero que conduce la reflexión a un punto de partida imposible: el legislador no puede ser considerado, ni por hipótesis, “enemigo” del Derecho, pues “hace” el Derecho mientras legisla, es decir mientras cumple con su propia función constitucional, cuyo ejercicio, por definición, no es –ni puede ser– arbitrario, es el resultado de un intenso proceso, de información y de deliberación, rodeado de todas las garantías, en el que están presentes los elementos propios de la cultura y “civilización jurídica” de la que forma parte el propio legislador, el propio Estado.

Por tanto, considero que hay un cierto prejuicio en el análisis, que parte de la historia pre-democrática –sea en nuestro país tras la dictadura del 39 al 75, o en Alemania o en Italia, tras el fin de sus propias etapas dictatoriales con el fin de la segunda guerra mundial–. Épocas en las que, en efecto, el legislador fue el propio dictador, y frente a cuyo poder no había posibilidad de articular control alguno (56).

A lo anterior, cabe añadir el intento de ciertos grupos sociales de mantener, a pesar de los nuevos valores constitucionales, la vigencia de conceptos e ideas previas, incompatibles, sustancialmente, con los nuevos, a través de la relación del contenido esencial con *un*

(56) Una reflexión coincidente, en parte, con la expuesta he tenido oportunidad de leerla en FREIXES SANJUÁN, T., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. III, Civitas, Madrid 2001, p. 130, quien, a propósito, y, asimismo, de la explicación del contenido esencial como garantía, dice: “las lecciones que la historia contiene evidencian suficientes precedentes como para justificar la introducción de cláusulas de salvaguarda en los derechos fundamentales, precisamente para evitar que los derechos que las constituciones pretenden garantizar puedan ser destruidos por la acción del legislador, por más que éste represente a la opción mayoritariamente elegida”.

Vid. asimismo, COLINA, GAREA, *op. cit.*, p. 349 y s.

Desde luego, el problema pone de manifiesto uno de los flancos más débiles de la democracia, pues permite la “toma” del poder por opciones políticas, cuya finalidad sea acabar con el Estado de Derecho y, por tanto, con la propia democracia, si alcanzan la mayoría de control del Poder legislativo (como, p.e. en su momento hizo Hitler). Sin embargo, los mecanismos de “defensa de la democracia y el Estado de Derecho”, ante tales graves situaciones, no puede considerarse que se hayan perfeccionado, y que sean suficientemente eficaces para prevenirlos e impedirlos. Pues, frente a tales situaciones, no parece que sea suficiente para restaurar el orden constituido la intervención en solitario del Tribunal Constitucional declarando inconstitucionales los actos normativos del Parlamento.

concepto o idea precedente del derecho, que, así, se presenta como intangible para el legislador. Desde luego, un recurso argumentativo sofisticado, con el que “atar” al legislador post-constitucional a conceptos previos, a interpretaciones “originalistas” del contenido de los derechos, compatibles con los valores de una ideología que ya no es única –pero que lo fue–, y que, mediante este recurso, pretende seguir imponiéndose en una sociedad plural (57).

La idea de controlar al legislador, en lo que se refiere a su poder de configuración de los derechos constitucionales, es, en sí, imposible por paradójica. Y ello pues, entiendo, que no puede negarse que el legislador sea, en cada momento histórico, el que configurará y delimitará el contenido de tales derechos; así lo proclama, p.e., el propio Art. 33.2 CE.

3.4. No obstante lo anterior, y con el propósito de dar noción de esa locución indeterminada –contenido esencial–, la doctrina acude, como recurso explicativo, a la imagen de una célula, a la que compara con el derecho y su contenido. Así, si en la célula se puede distinguir el núcleo, éste correspondería con el contenido esencial del derecho o libertad; mientras que el citoplasma de la célula sería el contenido “no-esencial” del derecho, cuya afectación no determinaría la desnaturalización del referido derecho, y que respondería a aquél contenido del derecho que la ley podría delimitar.

No obstante, y como señala BERNAL (58), la pregunta, cuya solución se persigue con la imagen y la reflexión de los autores, es identificar “si existe un criterio capaz de esclarecer cómo se determina qué normas y posiciones caen dentro y fuera del núcleo, y si este criterio logra aglutinar tanta fuerza de convicción, como para congregarse un consenso social que sirva para fundamentar las decisiones de los casos difíciles”. Criterios definitorios del contenido esencial –sigue diciendo BERNAL– que “serán más válidos y eficaces en la medida que puedan explicar con mayor sencillez y contundencia, cómo se compone la substancia que integra el núcleo de los derechos fundamentales”.

(57) Ejemplo de lo anterior las argumentaciones de los recurrentes en la STC 37/1987, cit. sobre la vigencia de la propiedad liberal absoluta, y la primacía del Art. 348 CC sobre el Art. 33 CE, y en la más reciente 198/2012, cit. sobre la pretendida vigencia de la concepción canónica del matrimonio sobre el Art. 32 CE.

(58) En este sentido BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed., Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007, p. 406-409.

Las principales teorías sobre el contenido esencial de los derechos en España (59) se reconducen a las siguientes:

3.4.1. La primera de ellas recibe el nombre de "teoría espacial-absoluta del contenido esencial" (60), y parte de la existencia de una esfera permanente e inalterable del derecho fundamental, que sería aquella que constituiría su contenido esencial, indisponible por el legislador, "es aquel mínimo que siempre debe permanecer en el derecho, antes y después, y siempre por encima de las intervenciones legislativas" Es "el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere", para pasar a ser algo distinto (61).

La crítica a esta teoría parte de señalar su "intuicionismo" (62), pues apela a la "naturaleza" de los derechos, conocida por los miembros de una determinada comunidad, y que "se define mediante las *convicciones generales* que los juristas tienen sobre cada derecho, y por supuesto que *esas convicciones generales* existen".

Es, sigue diciendo BERNAL, "una estrategia cognitivista para intentar vincular al Legislador, en la configuración de los derechos fundamentales, y el propio Tribunal Constitucional en su interpretación, a algo preexistente, y para reducir, de esta manera, aunque sea psicológicamente, su discrecionalidad" y, señala, que es consecuencia del renacimiento del *iusnaturalismo* en Alemania tras el fin de la segunda guerra mundial, pues en tanto que "el *iusnaturalismo* intenta vincular las decisiones de los órganos estatales a algo preexistente, la idea del contenido esencial, *mutatis mutandis*, pretende vincular al Legislador a una sustancia preexistente de los derechos" (63).

Otro argumento en el que se basa la crítica parte de la sentencia de Tomás de Aquino "*Ordo non est substantia, sed relatio*", de acuerdo con la cual, no puede considerarse que los derechos fun-

(59) Un encomiable y detallada exposición de las teorías sobre el contenido esencial en la doctrina alemana en GAVARA DE CARA, J.C.; *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

(60) GAVARA DE CARA, J. C., *Op. cit.* p. 270-271. BERNAL PULIDO, C., *op.cit.*, p. 409-411.

(61) PAREJO ALFONSO, L. "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *REDC*, núm. 3, 1981, p. 183 y ss.

(62) BERNAL PULIDO, *Op. cit.* p. 416.

(63) BERNAL *Op. cit.* p. 417, nota 18.

damentales sean "entidades aisladas, provistas de una sustancia y que ocupan un lugar en el espacio, para después concluir que una parte de esa sustancia no puede ser afectada por el Legislador. Los derechos fundamentales no pueden ser observados por la dogmática, en ningún caso, aislados del sistema jurídico... Lo que de por sí es indeterminado no puede observarse de manera aislada".

3.4.2. La segunda teoría recibe el nombre de "mixta". Parte de las premisas de la teoría absoluta, pero considera que el reconocimiento del principio de proporcionalidad puede ser útil como criterio para la definición de la vinculación del Legislador a los derechos fundamentales, de forma que sus intervenciones sólo serían admisibles si respetan el referido principio. Lo que, en consecuencia, implica que las intervenciones del legislador, en todo caso, deben estar justificadas por razones relevantes, y "deben poder superar los tres juicios del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto" (64).

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales pueden ser objeto de dos clases de límites, de un lado, aquellos que resultan de la propia Constitución y, de otro, aquellos que pueden ser derivados indirectamente de ella (65), y que encuentran su justificación en la necesidad de garantizar otros derechos fundamentales o bienes constitucionales (66). Lo que, en consecuencia, implicaría que el denominado "núcleo esencial" del derecho fundamental nunca podría afectarse, mientras que "la periferia" sí podría "sufrir restricciones, siempre y cuando observen el principio de proporcionalidad" (67).

Se ha señalado, desde esta posición, cómo la garantía del contenido esencial y el principio de proporcionalidad son "dos límites de los límites" de los derechos fundamentales, entendidos como conjunto de exigencias que deben cumplir las restricciones legislativas

(64) BERNAL *Op. cit.* p. 426.

(65) PAREJO; *Op. cit.* p. 182, los denomina "inmanentes", que serán concretados por los poderes públicos mediante la ponderación con otros derechos o bienes en "el proceso de concreción del juego de límites en que, en definitiva, consiste el Derecho", proceso en el que el contenido esencial se erige en una "garantía absoluta", pues pretende preservar a los derechos fundamentales "una concreta e irreductible posición en ese proceso de determinación del Derecho, de modo que en él el juego de acomodo de los bienes en presencia, y consecuentemente, de precisión de límites encuentra en todo caso, a su vez, un límite final, el del contenido esencial de tales derechos fundamentales".

(66) PAREJO; *Op. cit.* p. 175.

(67) *Ibidem*, p. 184.

a los derechos fundamentales para ser constitucionalmente admisibles, y que funcionan en planos independientes.

La garantía del contenido esencial cumple la función de criterio para juzgar si, la restricción que el legislador ha introducido al contenido, *prima facie*, de un derecho fundamental es tan acusada que equivale a su desvirtuación(68).

Mientras que el principio de proporcionalidad es un instrumento de control constitucional de las ponderaciones de los derechos fundamentales, bienes y valores constitucionales en conflicto, que el Legislador lleva a cabo a fin de que otros derechos o bienes puedan realizarse y ser garantizados(69). En ambos casos, al Tribunal Constitucional le corresponde juzgar si la ley impugnada ha respetado uno u otro, y verificar que en la ponderación legislativa ninguno de los bienes y derechos en colisión "resulte injustificadamente sacrificado en beneficio del otro"(70).

La crítica a esta teoría, participa, en parte, de la realizada a la teoría absoluta (*intuicionismo* para la división entre lo esencial y lo que no lo es). No obstante, la teoría mixta corrige a la absoluta, pues establece medios de control a la actividad del Legislador, al delimitar el contenido periférico, derivados del principio de proporcionalidad, de modo que toda restricción de los derechos fundamentales ha de estar justificada.

No obstante, a juicio de BERNAL(71), este es su mayor punto débil, pues, metodológicamente, presupone planteamientos incompatibles entre sí. La teoría absoluta del contenido esencial contempla a cada derecho aisladamente, mientras que la de la proporcionalidad analiza el derecho en sus relaciones con los demás derechos y bienes, para establecer una relación proporcional entre todos ellos.

Así, "si un derecho tiene un núcleo, susceptible de ser identificado porque preexiste a la interpretación, y que no tolera ninguna afectación, ese núcleo tiene que estar predeterminado en el derecho fundamental en abstracto; y no puede ser la consecuencia de las exigencias que provengan de otros derechos o bienes constitucionales". Por lo que, consiguientemente, observa que, "si hay núcleo no puede haber ponderación y si hay ponderación no puede haber núcleo. En otros términos, el juicio de constitucionalidad es unidireccional, de acuerdo con la teoría absoluta...; o por el contrario...

(68) MEDINA GUERRERO, M.; *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 149 a 152.

(69) MEDINA GUERRERO, *Op. cit.* p. 116

(70) *Ibidem*, p. 119.

(71) *Op. cit.* p. 432 a 439.

es relacional, en los términos del principio de proporcionalidad... lo que no es posible es que... sea a la vez relacional (principio de proporcionalidad) y no relacional (teoría del núcleo esencial)".

3.4.3. La tercera de las teorías recibe la denominación de "temporal-absoluta" del contenido esencial. Parte de que éste ha de ser entendido de acuerdo con un criterio temporal (72), y lo define como el componente del derecho fundamental "que ha de permanecer vivo pese al tiempo; lo que persiste abierto al cambio, reconocible siempre, pero nunca idéntico a sí mismo" (73), por tanto, el conjunto, que constituye la esencia, perdura, a pesar de que las normas y posiciones que lo integran puedan desaparecer o ser reemplazadas por normas y posiciones distintas.

De acuerdo con esta concepción temporal, el contenido esencial no puede ser restringido por el Legislador, pues al hacerlo lo "desfiguraría" y, por tanto, la ley sería declarada inconstitucional. Además, y de otro lado, se considera que el núcleo esencial del derecho no puede definirse en abstracto, ni *a priori*, pues debe identificarse en la cultura jurídica existente en cada momento histórico de la sociedad, "una imagen de cultura que la tradición jurídica, convocada por la Constitución, proporciona al intérprete" (74).

Por último, se considera que el contenido esencial tan sólo puede definirse dentro de cada proceso concreto de constitucionalidad, en donde será observado en retrospectiva temporal, y no como un núcleo del contenido del derecho que ocupa un lugar en el espacio. Consiguientemente, la concreción del contenido esencial no es anterior a la interpretación de los derechos en el juicio de constitucionalidad, y tampoco a la expedición de las leyes restrictivas o reguladoras. El Tribunal Constitucional será el que definirá el contenido esencial de cada derecho al realizar el control de constitucionalidad de las leyes, en el caso en el que tal contenido haya sido afectado por una ley, restrictiva o reguladora.

Esta teoría, según el criterio de BERNAL (75), "permite conciliar la necesidad de que, para juzgar la constitucionalidad de las leyes restrictivas, el Tribunal Constitucional disponga de una referencia determinada de cada derecho fundamental –su imagen cultural–, con el imperativo de que el contenido de los derechos no esté gravado con una *servidumbre frente al pasado*, sino que permanezca abierto

(72) La expone JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta. Madrid, 1999, p. 24 y ss.

(73) JIMÉNEZ, *Op. cit.* p. 71.

(74) *Ibidem.* p. 71.

(75) *Op. cit.* p. 441.

al cambio y se adapte a las coyunturas sociales sobrevinientes, en primer lugar, y, en segundo lugar, con la necesidad de reconocer al Legislador una libertad de configuración normativa –que se hace posible por cuanto algunos elementos del núcleo de los derechos fundamentales pueden variar”].

4. LA FUNCIÓN SOCIAL, Y LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

4.1. Consideraciones previas: La Ley, la delimitación del derecho y su función social

El art. 33.2 CE no determina el contenido del derecho, ni menos lo delimita en sus facultades o en sus deberes básicos, tal y como se ha expuesto. Tan sólo condiciona el ejercicio del legislador de su poder. Pues establece que, cuando lo ejerza para delimitar el contenido del derecho a la propiedad, deberá hacerlo de acuerdo con la función social que el derecho a regular deba realizar.

Este mandato considero que supone que el Legislador, con carácter previo a la regulación del régimen jurídico de la propiedad de que se trate, deberá identificar qué “función” o “interés” social haya de realizarse mediante tal regulación. Lo que, de otra parte, explica que haya distintos contenidos –o regímenes, o formas– para el derecho de propiedad, *rectius*: para las propiedades(76), pues, tal

(76) La acertada observación del cambio del paradigma, condensada en italiano, tan solo, en el plural del artículo determinado “le” que acompaña al sustantivo “proprietà”, corresponde a PUGLIATTI, S. “La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare a la proprietà terriera”, en *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario, Palermo 19 al 23 ottobre 1952*. Milano, 1952, p. 145, ss. GROSSI, P. *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, traducción española de la edición original del artículo “La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico”, publicado en *Quaderni fiorentini*, n.º 17, 1988, realizada por Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, acompañada de su elocuente y atinado “Prólogo para civilistas”, en el que daba noticia a quienes, aún en 1992, ignoraban –por no querer oír o leer– cómo el paradigma codificado de la propiedad, había sido sustituido –hacia ya largo tiempo– por la “teoría pluralista de la propiedad” (*pluralidad de propiedad es pluralidad de contenidos*). Por ello, admonitivamente, decía LÓPEZ a aquellos “últimos”, “no se hable ya de la propiedad, hablese de las propiedades”, para a continuación darles sucinta pero cumplida noticia de lo sucedido y de su razón... salvo que el civilista contemporáneo prefiera ser *un mero y vergonzante malabarista de artículos*, en cuyo caso, no debe sentirse interpelado ni por la obra de GROSSI, ni por el prólogo, LÓPEZ Y LÓPEZ *dixit*.

“función social” operará como fundamento y justificación de la propia ley delimitadora del contenido del derecho –o forma– de la propiedad y, por consiguiente, del régimen jurídico que se establezca.

Y, en otro plano, supone que los deberes y cargas que la ley imponga a quien, en su caso, sea titular del derecho, y por el hecho de serlo, se encontrarán causalmente justificados en la realización de tal interés social. Por lo que su cumplimiento por el titular será determinante para la realización de tal interés. Mientras que su incumplimiento será valorado como una conducta contraria al mismo, cuya consecuencia última será, en algunos casos, la pérdida de legitimación para continuar ostentando la propia titularidad del derecho. En otros supuestos, tan sólo la de aquella o aquellas facultades directamente relacionadas con el cumplimiento de ciertos deberes. Y, finalmente, en otros casos, de la propia adquisición de las mismas. Y, por tanto, y, en su caso, será causa habilitante para el inicio de un expediente expropiatorio, precisamente, por el incumplimiento por el titular de los deberes derivados de la función social de la forma de propiedad de que se trate.

Desde el punto de vista de las facultades que se reconozcan por la Ley como contenido del derecho, o forma, de propiedad, así como la extensión de las mismas. Tales facultades deberán ser ejercidas según la función social que el derecho haya de realizar pues, como previene el Art. 7.2CC, “[l]a Ley no ampara el ejercicio... antisocial” del derecho. De modo que, si bien las facultades se reconocerán a fin de la realización del interés particular del titular del derecho, sin embargo, su ejercicio sólo puede ser realizado de acuerdo con la función social, que ha de satisfacerse de modo preponderante.

Así pues, la identificación por el legislador de la función social de la forma de propiedad, cuyo contenido vaya a regular, es, de un lado, un *prius* (77), pues ha de identificarla y expresarla antes de legislar. De otro lado, es crucial para establecer el fundamento o razón de los deberes y facultades que conformarán el contenido o régimen jurídico del derecho, y de su intensidad, así como para explicar la falta de atribución de algunas facultades o deberes. Y, finalmente, expresará el interés prevalente, a cuya realización está subordinado el régimen jurídico del derecho (pues se articula para su realización) y, en último extremo, la titularidad del mismo, así como su ejercicio (78).

(77) Así, LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 55.

(78) MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada*, op.cit., p. 185, identi-

4.2. La función social: un principio general del derecho, un tópico jurídico, un concepto jurídico, un principio normativo

La configuración dogmática de la función social de la propiedad encuentra su origen en IHERING (79); no obstante, su configuración contemporánea se debe a relevantes juristas alemanes e italianos de la segunda post-guerra mundial. Estos últimos, son aquellos que, preferentemente, se convirtieron en referentes para los redactores del nuestro texto constitucional vigente; así como para la civilística española que, formada en la Escuela boloñesa en los años finales del franquismo, asumió la tarea de interpretar y explicar su sentido, de convencer a muchos de que la propiedad a la que se refería el Art. 348CC era la luz de una estrella que hacía ya muchos años que se había extinguido... Que, en esta materia, el centro de gravedad se había desplazado del sujeto a la sociedad y sus intereses, que el propietario y su titularidad sobre el recurso, sobre el bien, estaba subordinada al interés general, como dice el Art. 128 CE.

La obra PUGLIATTI (80) se convirtió en referente esencial para su estudio y comprensión. En ella advertía de que la noción de derecho

caba a la función social como criterio básico para delimitar el contenido de los derechos "que se ha de traducir en uno de estos tres supuestos: Falta de atribución de determinadas facultades; complejo de condicionamientos para el ejercicio de las facultades atribuidas; obligación –o deber de ejercicio de determinadas facultades".

(79) IHERING, R. Von; *El fin en el Derecho*. Trad. Diego Abad de Santillán y revisión técnica de José Luis MONEREO PÉREZ. Ed. Comares, Granada, 2011. La "ley de finalidad" y la necesidad de combinar los objetivos del individuo y los objetivos de la sociedad. Sobre estas premisas la propiedad quedará relacionada con la valoración del interés económico subyacente y en la conexión de este interés con las necesidades del cuerpo social. Con apoyo en lo anterior se construirá la denominada "teoría social del derecho subjetivo", que vendrá a sustituir a la individualista, en tanto que el centro de gravedad se trasladará desde la voluntad –del particular– al interés –social–.

No obstante, señala COLINA GAREA, R., *op. cit.*, p. 179, nota 519, las bases ideológicas sobre las que se desarrolló el concepto –por STUART MILL, J.; *Principios de economía política: con algunas aplicaciones a la economía social*, (1848). Ed. Fondo de Cultura Económica de España, México, 2001; COMTE, A.; *Système de politique positive*, 1850; CİMBALI, E. *La nuova fase del diritto civile nei suoi rapporti economici sociali*, 1885, y GIANTURCO, E.; *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, 1891, GIERKE, O. "La función social de derecho privado y otros estudios" (1899). Ed. Comares, Granada, 2015– "ya estaban presentes en la Francia de la Restauración, encarnadas en las teorías de los publicistas del partido "ultra" que... contraponían la propiedad individualista codificada a un tipo de dominio donde los derechos estaban penetrados de una correlativa noción de deber.

(80) PUGLIATTI, S.; *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè editore, Milano,

de propiedad “ya no puede ser construida sólo sobre la base del interés privado. No puede existir un derecho (subjetivo) que únicamente pueda concentrarse en el interés particular, puesto que el derecho (objetivo) obedece fundamentalmente a finalidades de interés público: el derecho (subjetivo) privado se concreta en la protección de un interés del particular, pero la protección es, en sí misma, de interés público. Cualquier derecho subjetivo particular, tiene como fuente a la norma que protege un interés particular (finalidad inmediata) para la realización de aquel interés público (finalidad mediata) que se encuentra en la base de la misma protección, y que es la razón última por la que se decidió la protección” (81).

Sus consideraciones son, asimismo, especialmente interesantes para el entendimiento de la trascendencia de la función social como principio organizativo, como principio general del Derecho. La función social es “la idea unificadora, el principio sistemático de organización, que como tal supera el caso concreto y va más allá de los límites de las disposiciones excepcionales, establece nexos entre las disposiciones particulares y colma lagunas respecto de todas las normas en las cuales se puede ver una concreta y específica realización de exigencias de carácter social por medio del derecho de propiedad” (82).

Con base en estas posiciones, y en aquellas otras desarrolladas por la doctrina italiana (83), nuestra doctrina también ha afirmado que la Constitución, en su Art. 33.2 CE, ha elevado a la función social a la categoría de principio general del Derecho, y ello pues la presenta como “una regla dotada de carácter *básico*, como soporte primario estructural del sistema, y con carácter *general*, en el sentido de que trasciende a un precepto y organiza y da carácter a muchos y es, además, una fórmula técnica del mundo jurídico. Tiene

1954, en la que se reunieron diversos artículos ya publicados, y otros inéditos como el capítulo “La proprietà e le proprietà”, p. 145 y ss.

(81) PUGLIATTI, *Op. cit.* p. 3. El pasaje reproducido corresponde al primer capítulo de la obra “Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà”, que fue publicado, originariamente, en las *Atte del Primo Congresso Nazionale de Diritto Agrario Italiano*, Firenze, 1935.

(82) *Op. cit.* p. 278.

(83) Es notoria la trascendencia de la obra y pensamiento de Stefano RODOTÀ, singularmente condensada en su obra *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. Il Mulino Ed., Bologna, 1981, de esta edición hay traducción al castellano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*. Trad. Luis Díez-Picazo. Ed. Civitas, Madrid, 1986. La última edición de la obra en Italia es *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Ed. Mulino Bologna, 2013.

así un valor heurístico, inventivo y organizativo... (es)... un *principio político*, un principio organizador de la comunidad social" (84).

De este modo, y en tanto que principio organizador (85), adquiere el carácter de fuente primaria del Derecho y, por tanto, supera el que, literalmente, parece que se desprende del Art. 33.2 CE. Pues, como observa LÓPEZ "la efectividad del principio hay que buscarla no sólo en el control de la actividad del legislador, sino también en la particular operatividad conferida a las normas expresivas de la intervención legislativa sobre la propiedad, cuando se enmarcan en un cuadro dominado por el principio de la función social".

Pues, como consecuencia lógica, el propio principio podrá inducirse, y formularse, de aquellas normas en las que el legislador haya materializado la función social del derecho. Y, de otra parte, las normas en las que se concreta o materializa la realización de la función social, podrían ser aplicadas analógicamente aquellas situaciones respecto de las que no haya previsión normativa expresa, pero sí identidad de razón (86).

A la función social, se la ha considerado por el propio legislador como tópico jurídico (87). Así puede leerse en la exposición de motivos de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de reforma agraria de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la que se dice: "*la función social de la propiedad es un tópico jurídico de muy diversas inter-*

(84) MONTÉS, *Op. cit.*, p. 198 y LÓPEZ Y LÓPEZ, *Op. cit.* p. 77.

(85) En este sentido, asimismo, COLINA GAREA, *Op. cit.*, p. 200 y ss., quien subraya que el principio de la función social, es "un auténtico principio informador operativo", que, como consecuencia de su constitucionalización, "forma parte de un conjunto de disposiciones que concretan las premisas fundamentales del Estado Social".

(86) MONTÉS, *Op. et loc. cit.*, con cita y referencia a RESCIGNO, P. "Per uno studio sulla proprietà", en *Rivista trimestrale di Diritto civile*, I, 1972, p. 44. Si bien, la afirmación referida a la extensión analógica de las normas excepcionales mediante las que se realiza la función social fue realizada por S. RODOTÀ, en sus "Note critiche in tema di proprietà". *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1960, p. 1.252, en la voz "Proprietà", en *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1967, p. 125 y posteriormente en *Il terribile diritto*, *Op. cit.* 161 y ss. Se refiere, asimismo, LÓPEZ Y LÓPEZ, *Op. et loc. cit.*, a la "posible extensión analógica de todas las normas de carácter especial, cuyo contenido representa una realización del principio de la función social", con cita de RODOTÀ, S. *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA. *Rapporti economici*, II (Art. 41-44), Bologna-Roma, 1982, p. 111 y ss.

(87) En el sentido y concepto dado por Theodor Viehweg (*Tópica y jurisprudencia*. Trad. LuíS DíEZ-PICAZO. Ed. Taurus, Madrid, 1964, p. 49) es decir, como "técnica del pensamiento problemático", pues partiendo de una aporía, es decir, de un problema que parece que no tiene salida, ofrece vías a fin de darle una solución.

pretaciones y, ello no obstante, con carta de naturaleza en casi todos los Ordenamientos de nuestra área jurídico-cultural, recogido en la suprema instancia normativa que representa la Constitución de 1978”.

La calificación de la función social como tópicos se encuentra en relación con la denominada por Viehweg “aporía fundamental” de la Ciencia jurídica, que es la referida a “qué es lo justo aquí y ahora” (88). De forma que el *topos* función social sería aquella posición de la que partir a fin de dar solución al problema de lo justo. Problema consustancial, por otra parte, al de la apropiación de los bienes escasos, que la propiedad legítima, y a la necesidad de dar satisfacción a necesidades generales concurrentes respecto de los mismos bienes, en que quedaría formulada la aporía a resolver por el *topos*.

En consecuencia, la referida exposición de motivos anuncia que va a abordar, desde la función social, una solución justa referida a la tierra de cultivo de Andalucía, y su uso y explotación, en la que concurre un interés general y el particular, de quien sea su propietario. Y que tal solución justa se materializa en las normas que en la Ley se contienen, y que establecen el régimen jurídico –el estatuto– de la propiedad de tierras, cuyo destino sea la agricultura.

Es por ello que, a continuación, enuncia qué significado tiene –qué supone– la función social como punto de partida para abordar el *problema* enunciado, y consustancial, a la propiedad: “supone la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que modaliza su ejercicio; ejercicio que se aboca a la búsqueda de un logro social, que al mismo tiempo preserve el ámbito de poder del titular”.

Puede observarse, sin embargo, que el legislador de Andalucía partía en su exposición desde el punto de vista del derecho subjetivo y su ejercicio, y desde un enunciado que recuerda al del Art. 153 de la Constitución de Weimar (89).

Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, si bien la función social puede servir para explicar por qué el propietario *debe* (un mero efecto o consecuencia), ciertamente, ha de considerarse que la función social es aquel criterio –una idea de lo justo– aplicado a una relación problemática, que tiene por objeto un recurso escaso (p.e. agua, oro, suelo –edificable, rústico–...), sobre el que inciden

(88) *Op. cit.* p.129

(89) “La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general”.

dos vectores de fuerza contraria: interés general/interés particular, que el legislador ha de catalizar, ha de cohesionar, de modo que ambos se realicen –se satisfagan– según la medida que, “en cada momento histórico”, se considere por el legislador. Consecuencia de tal medida será la delimitación, o configuración interna, del contenido del derecho subjetivo, es decir, de las facultades reconocidas y la intensidad de las mismas, pero también los deberes y cargas que, quien sea titular, deberá cumplir.

De modo que, en la función social, y en su concreción por el legislador, al regular un determinado régimen o forma de la propiedad, cabe encontrar tanto la justificación referida a la razón por la cual el titular del derecho también debe hacer, pues ser titular del derecho *obliga* (90), así como que el fundamento de su poder se encuentra en su cumplimiento, en tanto que manifestación de la función social, y como causa que lo legitima.

Posteriormente, la STC 37/1987, que, como es sabido, conoció del recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley de reforma agraria de Andalucía de 1984, se refirió a la función social como criterio o regla que el legislador ha de identificar con carácter previo a la norma, y que se constituye en su propio fundamento, así como de la delimitación del derecho.

Así, en ella puede leerse que “la función social de la propiedad, determinada de acuerdo con las leyes, presupone la identificación de los fines de interés general que, sin perjuicio de la utilidad individual de su titular, están llamados a satisfacer los bienes objeto del dominio privado”.

Esta interpretación, a mi entender, hace referencia al sentido del mandato constitucional de legislar de acuerdo con tal función. Pues tal mandato implica, como se ha dicho, una tarea de identificación previa de los intereses generales que justifican y orientan la acción legislativa en relación con el bien objeto de la propiedad, y que determinan el régimen jurídico del derecho, como resultado de la conjugación de tales intereses generales con los intereses subjetivos concurrentes. Pues, tal y como se señaló por MONTÉS “*la “función social” se presenta como criterio de conexión entre el interés público*

(90) Como se estableció en el Art. 153 de la Constitución de Weimar de 1919, anteriormente reproducido, marcando el punto de inflexión a partir del cual se produjo un cambio radical en la configuración del derecho subjetivo. Si bien, ha de señalarse que, con carácter previo, la Constitución de Querétaro de 1917, en su Art. 27, ya dispuso que “...La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público...”.

y el interés privado”(91), como, posteriormente, asimismo, se dijo en la STC 89/1994, de 17 de marzo.

V. LA GARANTÍA EXPROPIATORIA: ART. 33.3 CE

1. LA SUBORDINACIÓN DEL TITULAR A LA REALIZACIÓN DEL INTERÉS GENERAL

El Art. 128 establece el principio de subordinación de “[t]oda la riqueza del país” a la realización del interés general. Y, enfatiza que, ante la necesidad de su realización, no puede oponerse ninguna “titularidad”. Es decir, y por lo que a esta exposición se refiere, que ningún propietario, considerado individualmente, puede oponer su interés subjetivo, protegido por el derecho de propiedad de que sea titular, a otro de carácter general.

El principio que el precepto establece da solución a una eventual colisión –formal– de intereses. Y lo hace rechazando de plano tal eventual colisión, pues establece una relación jerárquica entre ambos, al subordinar el particular al general. Según este criterio, el interés general es fundamento de la atribución y titularidad singular, por lo que esta debe ceder, en todo caso, cuando, mediante ella o como consecuencia de ella, aquel interés general no pueda satisfacerse de otro modo.

Desde la perspectiva del titular particular de cualquier bien que conforme tal riqueza nacional, la dicción de la norma es expresión de la “debilidad” de su titularidad(92). Desde la perspectiva de un Estado social (Art. 1 CE), es un corolario lógico, así como expresión de la propia concepción constitucional del derecho de propiedad.

2. LA PRIVACIÓN DEL PARTICULAR DE SUS BIENES, DERECHOS O INTERESES LEGÍTIMOS POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O INTERÉS SOCIAL

2.1. Consideraciones previas

Cuando se aborda la cuestión referida a la privación del propietario o, en general, de todo titular de un derecho o “interés patrimonial legítimo”(93), contemplada bien desde la perspectiva del 128

(91) *Op. cit.* p. 197.

(92) Así, y por referencia al derecho de propiedad, en la STC 111/1983, de 2 de diciembre.

(93) Así, en la definición de expropiación contenida en el Art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

CE y, en relación con el mismo, del Art. 132, 2 CE, o bien desde la perspectiva del Art. 33.3 CE, se parte de la premisa según la cual el derecho de propiedad, ante determinados presupuestos, "debe ceder" imperativamente. En segundo lugar, se intenta determinar cuáles son tales presupuestos, a fin de satisfacer una elemental necesidad de certidumbre y, consiguientemente, de seguridad jurídica. Lo que implica, asimismo, determinar quién y de qué modo pueden determinarlos y, en su caso, aplicarlos al caso concreto.

Y, en tercer lugar, se ha de tratar el derecho del propietario, que se vea privado de su propiedad o de cierto contenido de este derecho, a percibir su equivalente económico. Pues, si debe "ceder", deberá ser a cambio de un equivalente. Ya que, en tales casos, la propiedad singular se concreta en su valor en cambio; valor que la jurisprudencia considera que es un valor objetivo "que permita mantener el patrimonio del expropiado, tanto sin menoscabo injusto como sin enriquecimiento injusto" (94).

Así, el Art. 33.3 CE garantiza al propietario que seguirá siendo dueño de tal valor, que éste se mantendrá en su patrimonio. No obstante, el objeto del derecho se habrá modificado, y, por tanto, el propio derecho.

De acuerdo con lo anterior, pueden identificarse, al menos, los siguientes casos en los que el propietario podrá ver cómo su derecho deberá ceder ante el interés general:

En primer lugar, cuando, de acuerdo con lo previsto en el Art. 132.2 CE, una Ley disponga que determinados bienes que, hasta su entrada en vigor, eran de la titularidad de los particulares, a partir de entonces serán del dominio público (95).

En segundo lugar, cuando la Administración, tras identificar una causa de utilidad pública o interés social, inicia, para su realización, un procedimiento de expropiación frente a un propietario o titular de un derecho o interés patrimonial legítimo (96).

En tercer lugar, cuando la Administración –en tanto que garante del interés general– verifica que cierto propietario ha incumplido los deberes y/o cargas impuestos por la Ley reguladora del régimen

(94) SSTs de 18 marzo 1982, 18 abril 1989 y 18 de febrero de 1992.

(95) El paradigma es la Ley 22/1988, de Costas, que será objeto de estudio *infra*.

(96) La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, establece el procedimiento. El Estado, a pesar de que según el Art. 149.1, 18.ª CE tiene competencia exclusiva en "legislación de expropiación forzosa", no ha procedido a desarrollarla. En consecuencia, la Ley de 1954 sigue vigente y, se considera, que ha quedado "reenganchada" al orden constitucional.

jurídico de *su propiedad*, y procede a la expropiación del derecho, o de parte de sus facultades, en tanto que el particular ha adoptado una conducta contraria a la función social de su propiedad (97).

En cuarto lugar, cuando, en el régimen jurídico de la propiedad del suelo, tras haberse reconocido por el Plan General Municipal o de Ordenación Urbana que una finca queda incorporada a una clase de suelo, se le califique para la realización de un uso y se le confiera una cierta intensidad del mismo, y una posterior modificación del Plan determine una reclasificación de la finca, que implique la pérdida o reducción de facultades para el propietario, una recalificación del uso que, igualmente, implique para el propietario una pérdida patrimonial, o, por último, una reducción de la intensidad del uso, respecto de la reconocida anteriormente.

No considero, sin embargo, que pueda introducirse en la anterior categorización el caso en el cual una Ley posterior delimite el contenido de un régimen de la propiedad de modo diferente al que lo hizo la Ley anterior –p.e. restringiendo facultades o no atribuyéndolas(98)–.

Afirmar que, en este caso, se estaría expropiando al propietario de parte o todo del contenido de su derecho –fijado por la Ley previa–, implicaría desconocer que el legislador tiene plena competencia para delimitar –para configurar *pro futuro*– el contenido o régimen jurídico de la forma de propiedad de que se trate, de acuerdo con su función social, según dispone el párrafo segundo del Art. 33 CE.

Desde luego, con respeto, en tal caso, al límite del contenido esencial de tal forma de propiedad, cuya vulneración determinaría que la Ley fuese declarada inconstitucional y que, por tanto, ca-

(97) Así, Art. 71 LEF, “Existirá causa de interés social para la expropiación forzosa, además de en los casos en que haya lugar con arreglo a las Leyes, cuando con esta estimación expresa se haya declarado específicamente por una Ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla esta directiva”. O también en el Art. 49.1 TR-Ley del Suelo “El incumplimiento de los deberes establecidos en esta ley habilitará a la Administración actuante para decretar, de oficio o a instancia de interesado, y en todo caso, previa audiencia del obligado, ...la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad...”.

(98) Así, en las SsTC 99/1987, STC 129/1987 y 41/1990 se dice que mediante tales leyes se procede a “una limitación, delimitación o regulación –general– del contenido de un derecho, que no les priva del mismo, sino que lo configura *ex novo* o modificando una situación normativa general anterior”.

reciese de efectos, también, y en su caso, los considerados como "expropiatorios".

Y, además, supondría confundir el "plano" de la configuración general del contenido del derecho por el legislador, de acuerdo con su función social, con el de la subordinación de la titularidad singular a la realización del interés general (99), cuya consecuencia puede ser su privación mediante la correspondiente indemnización (100).

2.2. Por lo que se refiere a las denominadas "Leyes expropiatorias" (101)

Como premisa, ha de partirse del carácter excepcional de estas Leyes (102). Son Leyes que implican una alteración del *status quo*,

(99) En esta "confusión de planos" considero que incurrió la STC 227/1988, en ella se dijo que "La delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente". Ciertamente, que medie indemnización no hace constitucional a una ley que haya vulnerado el límite del contenido esencial del derecho. La ley será inconstitucional, y los preceptos de la misma que regulen tal contenido carecerán de validez. De otro lado, el derecho a percibir una indemnización por la privación del derecho o de sus facultades surge ante la privación singular, mediando alguna de las causas justas a la que se refiere el Art. 33.3.

(100) Para un estudio profundo, muy matizado y sugerente de esta cuestión, si bien desde el análisis económico de la misma y de sus soluciones DOMÉNECH PASCUAL, P.; "Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable". *InDret*, núm. 1, 2012. Quien formula el siguiente criterio "existirá una expropiación... cuando los costes que a la comunidad le ocasione no pagar el justiprecio exceden los beneficios que obtendría si se lo ahorrara; en caso contrario, nos hallaremos frente a una delimitación de la propiedad no indemnizable" (p 23). No obstante, el análisis económico -y las premisas de las que parte este análisis- casan difícilmente con los principios y valores propios de un Estado social (art.1), que coloca en primer término el interés general y el principio de solidaridad frente al interés del propietario, subordinado a aquel interés (Art. 128 CE).

(101) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; "Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas". *Revista de Administración Pública*, n.º 141, 1996, p. 131 y ss. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a; "Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española". *Revista de Administración Pública*, n.º 177, 2008, p. 157 y ss.

(102) El debate sobre las leyes expropiatorias se planteó como consecuencia de las Leyes de Aguas de 1984, de Costas de 1986 y las Sentencias del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre y 149/1991, de 4

pues suponen el ejercicio por el legislador de la facultad atribuida en el referido Art. 132.2 CE, y la consiguiente materialización del principio de subordinación al interés general de "cualquiera que sea" la titularidad, previsto en el Art. 128 CE. Lo que, sin embargo, no exonera, sino que, especialmente, exige que el legislador exprese la causa de interés general con base en la cual procede a la demanialización de un derecho sobre un bien.

La necesaria expresión de tal causa, debe considerarse una garantía, pues la ley siempre podrá ser objeto de revisión en un eventual juicio de constitucionalidad(103). De otra parte, la falta de expresión de la misma, determinará la falta de fundamento constitucional de la ley y, en consecuencia, legitimará su impugnación por inconstitucionalidad.

Desde otro punto de vista, estas leyes, en tanto que implican la afectación general a un número indeterminado de propietarios, que, en todo caso, se verán privados de su derecho de propiedad, o de parte de su contenido –en todo caso, de sus "intereses patrimoniales legítimos", Art. 1 LEF–, han de prever, necesariamente, la indemnización que el particular percibirá por tal motivo.

El Art. 33.3 CE se erige en garante del titular (de todo titular, "Nadie podrá ser privado...") que, singularmente, padezca tal privación, en tanto que le asegura la percepción de "la correspondiente indemnización", en todo caso. Desde otro punto de vista, ha de afirmarse que la Constitución configura, en parte, en este apartado tercero del Art. 33 el derecho de propiedad y, que, al hacerlo, delimita la acción del legislador ordinario. Y ello pues reconoce a todo propietario –cualquiera que el régimen o forma de su derecho de propiedad– el derecho a ser indemnizado cuando se produzca el supuesto de hecho contemplado en este apartado.

De este modo, la actuación del legislador ordinario ha de considerarse que queda delimitada constitucionalmente desde el Art. 33.3. Así, cuando la ley prevea la demanialización de bienes, derechos o

de julio que conocieron de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra ellas, que acabó desestimándolos.

(103) Ordinariamente, mediante la interposición del recurso de inconstitucionalidad. No obstante, es posible ejercer este control a través de la interposición de la cuestión de constitucionalidad por el juez que conozca de un proceso instado por el propietario sobre la aplicación de la Ley, y en el que el alegue la falta su inconstitucionalidad por no estar suficientemente fundado el interés general a realizar, o bien, y en otro caso ante la falta de causa. De este modo, el propietario, ante la falta de legitimación activa para interponer el recurso de amparo, puede recabar en tal caso tutela constitucional.

intereses patrimoniales de titularidad privada, sólo será conforme con la Constitución si expresa el interés general que ha de satisfacerse prioritariamente, y que justifica el –denominado– “sacrificio patrimonial del particular”(104), que, realmente, supone la causa por la que, naturalmente, el interés del titular queda subordinado al general (128 CE).

Y, en segundo lugar, si prevé cómo se indemnizará a quien resulte privado de su derecho de propiedad o, con carácter general, de un derecho o interés patrimonial legítimo (105), pues, la Constitución no admite el “despojo de situaciones jurídicas individualizadas”(106), de derechos o intereses patrimoniales legítimos.

En consecuencia, según lo expuesto, la constitucionalidad de estas Leyes no puede examinarse desde el respeto al contenido esencial que establece el Art. 53.1 CE, ya que este límite a la acción del legislador sólo es de aplicación frente a la ley que delimita, con carácter general, el contenido o régimen jurídico de una forma de propiedad, de acuerdo con el principio normativo de la función social(107).

Las Leyes demanializadoras (o expropiatorias, según otra denominación(108)) tienen su fundamento constitucional en los Arts. 132.2 y 128 CE. Son leyes mediante las que se amplían o incrementan los bienes o recursos que forman parte del dominio público.

(104) En esta materia –como en otras muchas– el uso del lenguaje denota la posición e ideología de quien escribe o usa cierta expresión. La que se escribe entrecomillada en el texto es propia de quien parte de la propiedad como derecho subjetivo preferente al interés general. La Constitución, como se ha intentado explicar, concibe naturalmente a la propiedad –a toda titularidad sobre un bien o derecho– como un derecho subordinado al interés general. Por tanto, no puede considerarse un “sacrificio” que haya de ceder ante un interés superior, pues es normal –y así debe entenderse– que suceda, cuando así lo disponga la Ley.

(105) Así dice GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Op. cit.* p. 149, que “Las leyes de naturaleza expropiatoria... serán inconstitucionales si no han previsto en su propio texto la correspondiente indemnización; cuando un Tribunal ordinario se encuentre con una Ley de ese carácter sin tal previsión indemnizatoria tendrá obligación de plantear ante el Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad”.

(106) Así, STC 227/1988.

(107) Como dijo el TC en su Sentencia 149/1991, sobre la Ley de Costas “sustraer del comercio privado los terrenos que forman parte de la ribera del mar no es una regulación del derecho de propiedad”.

(108) Ejemplos de norma de este tipo es bien la Ley citada Ley de Costas o la L. 39/2003, del Sector Ferroviario, cuyo Art. 13 amplió la franja del dominio público ferroviario a 8 metros. En el mismo sentido el Art. 13 de la vigente Ley 38/2015, del sector ferroviario.

Lo que, en consecuencia, implica que los particulares ya no pueden oponer su titularidad, pues ésta ha cedido como efecto de la Ley que ha determinado que el bien, objeto de su derecho, ya no es apropiable por ellos, pues se ha incorporado imperativamente al dominio público (109).

La STC 149/1991 confirmó la constitucionalidad de la Ley de Costas de 1988, cuya disposición transitoria primera, previa invocación del Art. 132.2 CE, estableció la conversión de la propiedad privada de ciertos terrenos en una concesión administrativa, por tiempo determinado, pero sin el deber de pagar canon por ella (110).

La ley tuvo un efecto o consecuencia expropiatoria, y el debate se centró en determinar si la permuta prevista del derecho de propiedad por una concesión temporal y gratuita, podía ser considerada como indemnización, y, en términos cuantitativos, si podía ser considerada suficiente o justa.

Y ello pues, "la norma que la dispone sólo podrá ser entendida como constitucionalmente ilegítima cuando la correspondencia entre aquél y ésta se revele manifiestamente desprovista de fundamento".

El Tribunal, como es conocido, consideró que, "desde el punto de vista del juicio abstracto" que le correspondía realizar, es "imposible entender que la indemnización ofrecida... no represente... un equivalente del derecho del que se priva a sus anteriores titulares". No obstante, dejó abierta la posibilidad de que tal juicio abstracto, referido a la proporcionalidad de la indemnización, pudiera no serlo en concreto.

Lo que, en consecuencia, permitiría que "los afectados por la expropiación puedan impugnar ante la jurisdicción competente el acto administrativo de conversión de su título dominical en título concesional para deducir ante ella las pretensiones que estime pertinentes frente al mismo".

(109) Se ha producido una "trasferencia patrimonial"- coactiva de facultades, o de "situaciones jurídicas individualizadas", "integradas en el patrimonio del propietario o titular de la explotación", como puede leerse en la STC 227/1998.

(110) En la D.T.^a 1.^a se preveía que "los titulares de espacios de la zona marítimo terrestre, playa y mar territorial que hubieran sido declarados de propiedad particular por Sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la presente Ley pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre", en régimen de concesión "por treinta años, prorrogables por otros treinta... sin obligación de abonar canon".

Es decir, que pudieran reclamar ante la jurisdicción una mayor indemnización que la prevista por la Ley, cuando el valor de la concesión fuese inferior al valor del singular interés patrimonial privado. De no permitir esta reclamación la ley sería inconstitucional, pues quebraría el criterio del "proporcional equilibrio entre la indemnización y el despojo, o de la falta manifiesta de fundamento"(111).

2.3. Por lo que se refiere a la expropiación acordada por la Administración, en tanto que garante de la función social de la propiedad y de la realización del interés general

Por lo que se refiere a la expropiación acordada por la Administración, en tanto que garante de la función social de la propiedad y de la realización del interés general, debe partirse de la STC 204/2004. En ella se contiene tanto una definición de lo que el Tribunal entiende por expropiación forzosa, así como la interpretación de los elementos principales de la misma.

Así, el Tribunal entiende por expropiación forzosa "la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social".

El elemento principal de este concepto, y de toda expropiación, es la concurrencia de una "privación singular", es decir, "la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos". Este elemento, además, se califica por el carácter imperativo de la privación. Es, asimismo, elemento de la definición el sujeto que puede acordarla: sólo "los poderes públicos", si bien esta expresión ha de concretarse, pues realmente se refiere al poder ejecutivo y, en concreto, a aquellos órganos de la Administración con competencia para ello(112).

El último elemento de la reproducida definición del Tribunal es el referido a la causa de la expropiación. La privación patrimonial, necesariamente, ha de reconducirse a dos causas constitucionalmente señaladas en abstracto: la utilidad pública o el interés social. Son

(111) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *Op. cit.*, p. 149.

(112) Ya se ha señalado en el apartado anterior, el poder legislativo no expropia, legisla, y ello a pesar de la licencia que supone calificar a una ley que delimita el dominio público y su régimen jurídico, por su efecto o consecuencia sobre los intereses patrimoniales de los particulares, como "expropiatoria". De otra parte, y por lo que respecta al poder judicial, este no tiene atribuida la función de expropiatoria, como se dijo en la STC 301/1993, "no ejercen potestad expropiatoria alguna".

dos conceptos que deberán ser objeto de determinación o concreción por la Ley (113), sin que pueda excluirse la colaboración de la Administración para el reconocimiento de la utilidad pública en el caso concreto (114).

A este respecto la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 sigue siendo de aplicación, y, en concreto, sus Arts. 9 y ss. Así, en relación con la expropiación de inmuebles, la utilidad pública se entiende implícita "en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio" (Art. 10 LEF). No obstante, sigue diciendo este precepto, si la ley ha declarado genéricamente la utilidad pública, "su reconocimiento, en cada caso concreto deberá hacerse por acuerdo del Consejo de Ministros". Finalmente, y como cláusula de cierre, con las salvedades que en el Art. 11 se previenen, se establece que "la declaración de utilidad pública deberá hacerse mediante Ley aprobada en Cortes". Regla que, respecto de los bienes muebles, se expresa de modo paralelo, si bien de forma más restrictiva pues "la utilidad pública habrá de ser declarada expresa y singularmente mediante Ley en cada caso" (Art. 12 LEF).

A los anteriores elementos de la definición de expropiación, ha de añadirse el derecho constitucionalmente reconocido al particular expropiado a percibir "la correspondiente indemnización". De acuerdo con el cual puede decirse que no hay expropiación sin indemnización.

En consecuencia, la ley que desarrolle este derecho (con carácter general, y aún hoy, la LEF), así como aquellas otras leyes, en las que se contemple la expropiación como reacción ante la conducta del titular de un interés patrimonial legítimo contraria a la función

(113) Respecto de las competencias legislativas del Estado y de las CCAA para la determinación de la *causa expropriandi* y del procedimiento de expropiación, la STC 37/87 estableció los siguientes criterios: "la reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por Ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar o los fines de interés público a que aquélla deba servir".

(114) A este respecto, la STC 37/87 matizó que "la expropiación forzosa no es en la actualidad una institución unitaria que constitucionalmente quede circunscrita a fines previa y anticipadamente tasados dentro de los que, en principio, pueden englobarse en las genéricas categorías de "utilidad pública" o "interés social", ya que justamente con su carácter instrumental -y no finalista- no es sino consecuencia de la variabilidad y contingencia de lo que en cada momento reclama la utilidad pública o el interés social de acuerdo con la dimensión social de la propiedad privada y con los propios principios establecidos e intereses tutelados por la Constitución".

social de su derecho de propiedad, no sólo preverá las causas por las que, en su caso, la Administración competente pueda proceder a incoar un expediente expropiatorio. También establecerá el procedimiento expropiatorio, en tanto que garantía del particular frente a la Administración expropiante. Regulará el derecho del administrado a percibir la correspondiente indemnización, pues una expropiación administrativa sin indemnización sería ilegal, por contraria al Art. 33.3 CE; así como, y por último, el establecerá las bases para la cuantificación de la indemnización que, en su caso, corresponderá al particular(115).

Indemnización, que debe encontrarse en relación con el valor económico del bien –o interés patrimonial– objeto de expropiación. De ahí que, como se expuso en el apartado anterior, debe haber una proporción o equilibrio entre uno y otra. Desde un análisis cuantitativo, se dice que la indemnización ha de ser equivalente al valor de sustitución de lo expropiado(116). Lo que supone que el particular ha de percibir “una cantidad suficiente para sustituir o reponer en su patrimonio otro bien de naturaleza análoga del que ha sido desposeído, de suerte que se responda a los principios de conversión y equivalencia”(117).

De modo que, en la ponderación del *quantum*, no sólo han de tenerse en consideración criterios de mercado, sino también el impacto subjetivo de la privación del bien. Así, el particular expropiado podrá hacer valer en el procedimiento aquellas consecuencias patrimoniales que, singularmente, le provoca la expropiación. Todo ello hasta determinar un valor objetivo “que permita mantener el patrimonio del expropiado, tanto sin menoscabo injusto como sin enriquecimiento injusto”(118), de forma que ni se enriquezca la administración, ni el particular expropiado.

(115) Así, p.e., y en este sentido, Art. 41 a 43 LEF y Arts. 34 a 41. del Texto refundido de la Ley del suelo, RDL 7/2015.

(116) Así, en E.M. de la derogada Ley del Suelo 8/2007.

(117) SIEIRA, S y RUIZ-NAVARRO, J.L. “sinopsis del Art. 33 CE”, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=33&tipo=2>.

(118) SSTs de 18 marzo 1982, 18 abril 1989 y 18 de febrero de 1992.

EL DERECHO DE LA PERSONA CUARENTA AÑOS DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN

M.^a Ángeles Parra Lucán

Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo
Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza

SUMARIO

- I. EL DERECHO DE LA PERSONA EN LA CONSTITUCIÓN
- II. LA IMPORTANCIA DE SER "PERSONA": DERECHOS FUNDAMENTALES Y OTROS DERECHOS
- III. DESARROLLO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE LA PERSONA
- IV. BIBLIOGRAFÍA

I. EL DERECHO DE LA PERSONA EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de 1978 impulsa un concepto del Derecho de la persona como un Derecho de los derechos fundamentales de la persona. La definición comúnmente aceptada por la doctrina civilista del Derecho de la persona como parte del Derecho civil que engloba el "conjunto de normas que regulan la situación de la persona como tal en el ordenamiento jurídico civil" (de Castro) sigue manteniéndose, pero elevada por el reconocimiento de la dignidad de la persona y los derechos fundamentales consagrados en el Título I de la Constitución.

En la Constitución se encuentran muchos principios que inciden de manera directa en la consideración de la persona. Su dignidad, el libre desarrollo de su personalidad y el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales se proyectan en todo el Derecho civil (en el Derecho de familia, en el de sucesiones, pero también en el patrimonial) aunque, sin duda, tienen su primer reflejo en la consideración y en la situación de la misma persona en la sociedad y ante el Derecho.

La Constitución no es un compendio de meras normas programáticas, es de aplicación directa, y vincula a jueces y tribunales, de modo que corresponde también a los tribunales ordinarios la defensa de los derechos fundamentales(1).

Sin embargo, muchos de los contenidos de la Constitución son susceptibles de desarrollos políticos diversos. En consecuencia, la ponderación de valores y principios constitucionales es tarea del legislador. Con independencia de que, en última instancia, corresponda al Tribunal Constitucional decidir si tal valoración es conforme a la Constitución.

El legislador español, sin embargo, no ha acometido una labor de desarrollo sistemático de un Derecho constitucional de la persona, más allá de algunas modificaciones puntuales del Código civil y de la promulgación de concretas leyes especiales; algunas de ellas, por exigencia constitucional, leyes orgánicas.

Por ello, el intérprete debe proceder a la construcción del sistema actual del Derecho de la persona atendiendo a una diversidad de fuentes legislativas que no responden a un mismo impulso y que son aplicadas, dentro de sus respectivas competencias y funciones, por órganos de diferente origen y ámbito de actuación (jueces y tribunales, pero también notarios y registradores, abogados, órganos de la administración, servicios sociales, etc.).

Junto a la Constitución y al desarrollo legislativo de la misma, el Derecho de la persona está integrado hoy por normas procedentes de organismos internacionales, por convenios internacionales que son especialmente reclamados por la propia Constitución para la interpretación de los derechos fundamentales(2).

(1) Como recuerda el artículo 5.1 LOPJ: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

(2) Conforme al artículo 10.2 de la Constitución: "Las normas relativas a

En consecuencia, el sistema del Derecho de la persona se construye, además de con las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, con las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos(3).

En menor medida, dada la orientación y el contenido del Derecho de la Unión Europea, sustancialmente una unión económica, el Derecho de la persona se construye también con las sentencias del Tribunal de Justicia, en especial a partir de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea(4). Así sucede, en particular,

los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

(3) Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

(4) Conforme al artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, en su versión consolidada tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007: “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”.

La Carta es aplicable por las instituciones europeas, en cumplimiento del principio de subsidiariedad, y en ningún caso puede exceder las competencias y las tareas que los tratados le confieren. La Carta también es aplicable por los países de la Unión cuando aplican la legislación comunitaria. Si alguno de los derechos se corresponde con derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el significado y el ámbito de aplicación de dichos derechos será el mismo que el definido por el Convenio, aunque la legislación comunitaria pueda contemplar una protección más amplia.

La Carta proclama la dignidad humana, derecho a la vida, derecho a la integridad de la persona, prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado (capítulo I); la libertad: derechos a la libertad y a la seguridad, respeto de la vida privada y familiar, protección de los datos de carácter personal, derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de expresión e informa-

en materia de protección de datos (que persigue que los ciudadanos tengan un mayor control sobre sus datos, pero también que las empresas se beneficien de igualdad de condiciones), en materia de reconocimiento de nombre o apellidos, o de discriminación por motivos religiosos, de discapacidad, de edad o de orientación sexual (en la medida que afectan al derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir en el territorio de la Unión).

Lo anterior explica que la tradicional localización de la base normativa del Derecho de la persona en el Libro I del Código civil, dedicado precisamente a las personas, no refleje ni el contenido actual de la situación de la persona y sus derechos, ni las tendencias o fenómenos más recientes en esta materia.

Basta una lectura del índice de este Libro para percatarse de que, a pesar de las reformas puntuales que en él ha hecho el legislador desde 1978, algunas de ellas para incorporar valores constitucionales, la persona solo es considerada como posible titular de subjetivos fundamentalmente de carácter patrimonial, en especial la propiedad y derechos de crédito.

Por exigencia constitucional, el Derecho de la persona hoy, si se ocupa de la situación de la persona ante el Derecho, debe construirse sobre los derechos fundamentales. Debe, además, dirigirse a su-

ción, libertad de reunión y asociación, libertad de las artes y de las ciencias, derecho a la educación, libertad profesional y derecho a trabajar, libertad de empresa, derecho a la propiedad, derecho de asilo, protección en caso de devolución, expulsión y extradición (capítulo II); la igualdad: igualdad ante la ley, no discriminación, diversidad cultural, religiosa y lingüística, igualdad entre hombres y mujeres, derechos del menor, derechos de las personas mayores, integración de las personas discapacitadas (capítulo III); la solidaridad: derecho a la información y a la consulta de los trabajadores en la empresa, derecho de negociación y de acción colectiva, derecho de acceso a los servicios de colocación, protección en caso de despido injustificado, condiciones de trabajo justas y equitativas, prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, vida familiar y vida profesional, seguridad social y ayuda social, protección de la salud, acceso a los servicios de interés económico general, protección del medio ambiente, protección de los consumidores (capítulo IV); ciudadanía: derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales, derecho a una buena administración, derecho de acceso a los documentos, Defensor del Pueblo Europeo, derecho de petición, libertad de circulación y de residencia, protección diplomática y consular (capítulo V); justicia: derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, presunción de inocencia y derechos de la defensa, principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito (capítulo VI).

perar la mera proclamación de la igualdad formal y a hacer efectiva una igualdad que remueva los obstáculos a que se enfrentan las personas por razón de sus cualidades, su discapacidad, su orientación sexual o su identidad. En última instancia, es una exigencia constitucional que el Derecho de la persona potencie los derechos fundamentales también en las relaciones entre los particulares.

El Código civil de 1889, frente al derecho del antiguo régimen, proclamó una igualdad formal de los sujetos, que en ese momento no se identificó siquiera con el ser humano, sino con el hombre. La proclamación en la Constitución de la igualdad del hombre y la mujer motivó que en los primeros años después de la promulgación del texto constitucional el legislador retocara algunos textos legales, el Código en particular, para eliminar discriminaciones por razón de sexo. Este es el primer impacto destacable, en mi opinión, de la Constitución en el Derecho civil. Otra cosa es que este principio no se haya implantado realmente en la cultura de nuestra sociedad porque las leyes no tienen por sí solas el efecto de cambiar la realidad.

El desarrollo de los derechos fundamentales, que es el rasgo esencial de la Constitución democrática, requiere ley orgánica(5), aunque otros aspectos sustanciales de la persona en sí misma considerada se encuentran contemplados en normas especiales(6) que, en la medida en que reconocen el derecho a decidir sobre lo que tenga que ver con la realidad corporal y todo lo que a ella afecta debieran tener un reflejo en el Derecho civil de la persona codificado, tal y como se recoge en la propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil(7).

(5) Entre las dictadas que hay que destacar, por su incidencia en el Derecho de la persona, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (modificada por el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos).

(6) Como la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos o la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, desarrolladas por una multitud de disposiciones de todo rango.

(7) Asociación de Profesores de Derecho Civil (coord.), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, 2018. En la Exposición de Motivos de esta propuesta puede leerse: "Nada es más inherente a la persona natural que su propio cuerpo. Por ello parece debido que se reconozca y respete su autonomía

Otro dato que deriva de la Constitución y que contribuye a la actual configuración del Derecho de la persona es el desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas. En primer lugar, del Derecho civil al amparo del artículo 149.1.8^a, que ha propiciado regulaciones diferentes de aspectos sustanciales del Derecho de la persona (en materias tales como la capacidad de menores y personas con discapacidad o las instituciones de guarda)(8).

Con todo, no está de más recordar que la existencia de derechos fundamentales, regulados por ley orgánica y la vinculación a los convenios internacionales existentes sobre la materia (Convención de los derechos del niño, Convención de las personas con discapacidad) propicia que pueda hablarse de una suerte de "derecho común" presidido por principios tales como el interés superior del menor o el incremento del reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad.

Junto a ello, las Comunidades Autónomas, con independencia de su competencia sobre el Derecho civil, y formalmente al amparo de las competencias asumidas en sus Estatutos de Autonomía sobre otras materias como por ejemplo la sanidad, han dictado normas que inciden en la persona, sus derechos y su situación en la sociedad (así, sobre la dignidad de la persona en el proceso de la muerte o sobre identidad y género).

para decidir sobre todo aquello que tiene que ver con su realidad corporal, y que así se haga constar, aunque sea de forma sucinta y general en el Código. Hay que tener presente que esta materia, como en los artículos propuestos se especifica, se regula de forma amplia y pormenorizada en la legislación sanitaria y en las leyes especiales relacionadas con ella.

El Capítulo comprende seis artículos. El primero, de carácter introductorio, en el que se reconoce el derecho a decidir sobre el propio cuerpo y la propia salud como irrenunciable, inalienable e imprescriptible, al tiempo que se considera ilegítima cualquier intromisión en el mismo. Los cuatro siguientes enumeran y regulan las principales manifestaciones de ese derecho: el derecho a la información, de manera que el consentimiento dado se base en un conocimiento adecuado, y la facultad que se reconoce a las personas de dar instrucciones previas para el caso en que no puedan decidir por sí mismas. El último artículo recoge la manifestación más extrema de ese derecho que se reconoce sobre el propio cuerpo, cual es la donación de los propios órganos".

(8) Son destacables los desarrollos de los Derechos aragonés y catalán en sus respectivos Códigos de derecho foral y Código civil pero, además, prácticamente todas las Comunidades Autónomas, al amparo de sus competencias sobre menores en situaciones de riesgo o desamparo han incidido en la regulación de estas materias.

Existe además un desarrollo autonómico en materia de asociaciones y de fundaciones, propiciado porque los Estatutos de Autonomía de algunas Comunidades Autónomas les atribuyen competencia exclusiva en materia de asociaciones y todos ellos en materia de fundaciones (en ambos casos, circunscritas a su respectivo ámbito territorial).

II. LA IMPORTANCIA DE SER "PERSONA": DERECHOS FUNDAMENTALES Y OTROS DERECHOS

El desarrollo legislativo producido en los últimos cuarenta años ha reafirmado la trascendencia del ser humano en sí mismo considerado, como portador de una dignidad que le hace ser titular de derechos fundamentales y ha potenciado el desarrollo del principio de igualdad. Este desarrollo ha ido acompañado de una pérdida de la eficacia de conceptos fundamentales del tradicional Derecho de la persona, como el de capacidad, capacidad jurídica, personalidad. En la actualidad, la identidad entre "persona" y sujeto de derecho (subjetivo) a la que sigue atendiendo el Código civil es tan solo una parte del Derecho de la persona, y posiblemente no la más importante.

Creo que hay una doble explicación para ello.

De una parte, los derechos fundamentales no requieren una capacidad especial, ni para su gozar de su reconocimiento y titularidad ni para su disfrute y ejercicio. Esta idea, que se venía admitiendo sin dificultad en relación con algunos derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la integridad o a disfrutar de un medio ambiente adecuado, se está extendiendo a otros derechos y libertades⁽⁹⁾ y tiende a introducirse en todos los ámbitos de actuación en el ámbito civil. En particular, como consecuencia del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, se ha planteado un debate acerca de la conveniencia de mantener la distinción entre personalidad, entendida como capacidad jurídica (aptitud para ser titular de derechos, que se reconoce a todas las personas) y la capacidad de obrar (aptitud para realizar efectivamente actos de ejercicio de los derechos).

En definitiva, se nos muestra a la persona humana, de una parte, como principal titular de derechos fundamentales. De hecho, el ser humano es el único posible titular de derechos como la vida o la

(9) Así se explica la reciente modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) dirigida a garantizar el derecho de sufragio de las personas con discapacidad.

integridad física o la propia dignidad. Pero desde la STC 139/1995, de 26 de septiembre, la jurisprudencia, no sin críticas, reconoce que las personas jurídicas de Derecho privado son titulares del derecho al honor reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución(10), lo que la STS 408/2016, de 15 de junio, niega a las personas jurídicas públicas(11). Y no es de extrañar que, admitida la responsabilidad

(10) En esta sentencia se dice: “[...] Hemos dicho que existe [en la propia Constitución] un reconocimiento específico de titularidad de determinados derechos fundamentales respecto de ciertas organizaciones. Hemos dicho, también, que debe existir un reconocimiento de la titularidad a las personas jurídicas de derechos fundamentales acordes con los fines para los que la persona natural las ha constituido. En fin, y como corolario de esta construcción jurídica, debe reconocerse otra esfera de protección a las personas morales, asociaciones, entidades o empresas, gracias a los derechos fundamentales que aseguren el cumplimiento de aquellos fines para los que han sido constituidas, garantizando sus condiciones de existencia e identidad.

Cierto es que, por falta de existencia física, las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho a la vida, del derecho a la integridad física, ni portadoras de la dignidad humana. Pero si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. En ocasiones, ello solo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan –como decíamos– su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esa función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas”.

(11) El Tribunal Supremo, tras la cita de la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la nota anterior añade: “Resulta evidente, en primer lugar, que esa conexión sistemática con el derecho fundamental de asociación (artículo 22.1 de la Constitución), establecida por el Tribunal Constitucional, cae por su base cuando se trata de las personas jurídicas de Derecho público.

La referencia, en fin, que los párrafos transcritos hacen a los derechos fundamentales necesarios y complementarios para la consecución de los fines de tipo de persona jurídica de que se trate puede, sin duda, justificar que se reconozca, por ejemplo, a las universidades públicas la titularidad de libertad de enseñanza (artículo 27.1 de la Constitución); o la titularidad de la libertad de información [artículo 20.1.d) de la Constitución] a los entes públicos de radiodifusión. O que, en países en los que existan iglesias u otras entidades religiosas de naturaleza jurídico-pública, se les garantice constitucionalmente la libertad religiosa y de culto. Pero no cabe sostener sensatamente que la consecución de los fines característicos de las personas jurídicas de Derecho Público requiera reconocerles la titularidad del derecho fundamental al honor, para garantizar así su existencia e identidad.

penal de las personas jurídicas (artículo 31 bis del Código penal), la Sala Segunda del Tribunal Supremo haya declarado que está fuera de dudas que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia (sentencias 514/2015, de 2 de septiembre, 154/2016, de 29 de febrero, 221/2016, de 16 de marzo).

De otra parte, se observa cómo para la protección de los mismos intereses en torno a los cuales se construyó el Derecho civil en el marco del Código civil no siempre se exige ser "persona".

La misma protección que se dispensa al concebido en el artículo 29 del Código civil, con origen en el Derecho romano, no implica un reconocimiento de la condición de personalidad, pero permite que a los efectos favorables (una herencia, una donación, un seguro, la nacionalidad...) se le tenga como ya nacido, como "persona".

Pero además, en la actualidad, fuera del Código civil, se identifican supuestos en los que se reconoce, con diferente alcance y consecuencias, la actuación de entes que carecen de personalidad jurídica. En ocasiones, el concepto de persona tiende a resultar irrelevante y se lleva a cabo un reconocimiento de intereses patrimoniales protegibles en grupos, en masas patrimoniales, admitiendo, al menos de manera interina, puente, la adscripción de derechos a entes "sin personalidad"(12).

En fin, en cuanto al déficit de protección jurídica al que han aludido tanto la parte ahora recurrente como el Ministerio Fiscal, baste decir –además de recordar la muy amplia libertad de la que goza el legislador ordinario para tipificar las conductas que juzga merecedoras de sanción penal– que, negar a las personas jurídicas de Derecho público la titularidad del derecho al honor que garantiza el artículo 18.1 de la Constitución, de ningún modo comporta negar que tales personas jurídicas puedan reclamar, con fundamento en el artículo 1902 CC, indemnización de los perjuicios que les causen los atentados a su prestigio institucional o autoridad moral. Pero deberán probarlos cumplidamente, pues no gozan de la presunción de perjuicio que establece el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982. Tampoco serán aplicables a los correspondientes procesos civiles las normas de los artículos 249.1.2 y 477.2.1 LEC".

(12) Así, para las comunidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 e) LH (redactado por la Ley 13/2015, de 24 de junio): "La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción o, cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones. Los bienes inmuebles y derechos reales de las uniones temporales de empresas serán inscribibles en el Registro de la Propiedad siempre que se acredite, conforme al artículo 3, la composición de las mismas y el régimen de administración y disposición sobre tales bienes, practicándose la inscripción a favor de los socios o miembros que las integran con sujeción al régimen de administración y disposición antes referido. También podrán practicarse

Son manifestaciones significativas de esta realidad la regulación procesal de la capacidad para ser parte y comparecer en juicio (13), que permite el ejercicio de acciones colectivas, o las especialidades de la capacidad en el ámbito administrativo (14).

En definitiva, especialmente destacable me parece el fenómeno de la colectivización de intereses, que tiene un primer reflejo en el artículo 9 de la Constitución, que proclama la libertad y la igualdad

anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal". Son interesantes a este respecto Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 26 de julio de 2017 (número 193. BOE de 14 de agosto de 2017. 81810), 3 de abril de 2018 (número 90. BOE 13 de abril de 2018. 38334).

(13) Artículo 6 LEC. Capacidad para ser parte. 1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: 4.º Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración. 5.º Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte. 7.º Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados. 2. Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado.

Artículo 7 LEC. Comparecencia en juicio y representación. 5. Las masas patrimoniales o patrimonios separados a que se refiere el número 4.º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren. 6. Las entidades sin personalidad a que se refiere el número 5.º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades. 7. Por las entidades sin personalidad a que se refiere el número 7.º del apartado 1 y el apartado 2 del artículo anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros.

(14) Artículo 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015). Capacidad de obrar. A los efectos previstos en esta Ley, tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas: c) Cuando la Ley así lo declare expresamente, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos.

Artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Concepto de interesado. c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

tanto del individuo como de los grupos en que se integra. Se protegen los intereses de todas y cada una de las personas que forma parte del grupo, con independencia de que al grupo como tal se le reconozca una personalidad jurídica propia, es decir, con independencia de que adquiera la condición de persona, de sujeto de derecho.

Finalmente, otro dato destacable, ahora en el ámbito de los derechos de la personalidad, es la consolidación de su protección *post mortem*. Esta protección aparecía ya en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y puede observarse cómo se desarrolla en el proyecto de ley orgánica de protección de datos que se está tramitando en la actualidad, que tiene por objeto adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos(15). En este texto, se regula la protección de los datos referidos a las personas fallecidas pues, tras excluir del ámbito de aplicación de la ley su tratamiento, se permite que los herederos puedan solicitar el acceso a los mismos, así como su rectificación o supresión, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido, que por lo demás se podrán incorporar a un registro.

El resultado de todo ello apunta, como ya he dicho, a una pérdida de importancia de los conceptos jurídicos de persona y personalidad jurídica.

Pero siempre, al menos por ahora, sin llegar a convertir a otros seres en "persona".

Así, pese a lo equívoco de los conceptos que en ocasiones se manejan(16), la protección de los animales lleva en las propuestas de reformas legislativas, en línea con otros sistemas jurídicos de nuestro entorno, a atenuar el régimen que se les aplica, pero sin convertirlos en auténticos titulares de derechos(17).

(15) BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 13-1, de 24/11/2017. BOCG-12-A-13-1

(16) Con la publicación en los medios de comunicación de noticias como "Los animales dejan de ser cosas", https://elpais.com/politica/2017/12/12/actualidad/1513093146_926377.html (página consultada el 3 de noviembre de 2018)

(17) Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales de 17 de octubre de 2017 (122/000134). Se propone la redacción

La confusión, en ocasiones, no procede del afán periodístico de buscar un titular, o de la falta de conocimientos jurídicos, sino del deseo deliberado y, en mi opinión malintencionado, de eludir la aplicación de normas de responsabilidad. Así sucede con las propuestas de creación de una "personalidad jurídica electrónica" (18), justificada en la creciente autonomía de algunos robots, con capacidad de autoaprendizaje. Estas ideas, en realidad, se desarrollan en detrimento de la protección de las personas que puedan resultar perjudicadas por los errores de máquinas dotadas de "inteligencia artificial", pero de las que no dejan de ser responsables las personas que las han creado y se benefician de su comercialización (19).

III. DESARROLLO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE LA PERSONA

El desarrollo más notable ha sido sin duda el de los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad.

Algunos temas, dotados de una fuerte carga ética, siguen siendo polémicos y no están zanjados definitivamente en nuestra sociedad. Así sucede con el debate acerca del reconocimiento del derecho a la vida al *nasciturus* o con el poder de disposición sobre la propia vida.

del artículo 333 bis del Código civil: "Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. También pueden ser objeto de apropiación los animales con las limitaciones que se establezcan en las normas legales y en la medida en que no lo prohíban".

(18) La Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)) llega a pedir a la Comisión que realice un estudio dirigido a "crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente".

(19) La reacción no se ha hecho esperar: "Más de 200 expertos de 14 países piden por carta a la Comisión Europea que no dé a las máquinas el estatus de personas electrónicas"

Noticia disponible en

<https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20180417/442631680924/derechos-robots-ue-persona-electronica-ia.html> (página consultada el 3 de noviembre de 2018)

Así, por lo que se refiere al primer tema, la STC 53/1985, de 11 de abril(20), declaró que el concebido no es titular del derecho a la vida, pero su vida es un bien jurídico protegido por el artículo 15 de la Constitución, lo que permitía legalizar la despenalización del aborto que se aprobó en 1985 (en los casos de grave riesgo para la salud de la madre, violación, presunción de graves taras en el feto). Al introducir un sistema de plazos, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (artículos 14 y 15), deja en manos de la madre la decisión, lo que ha sido objeto del recurso de inconstitucionalidad n.º 4541-2010(21), pendiente de resolver en estos momentos.

Por lo que se refiere al segundo tema, conviene recordar que, desde hace años, es una realidad la posibilidad de otorgar, dentro de la legalidad, ajustado por tanto a la *lex artis*, el equívocamente denominado "testamento vital", contemplado en varias leyes autonómicas y en la Ley estatal de autonomía del paciente. Se trata de un documento de instrucciones previas por el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

Mucho más lejos de la regulación actual va la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (22). Existen, además, una variedad de leyes autonómicas(23) sobre la materia que, de forma muy dudosa,

(20) BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985.

(21) BOE núm. 165, de 8 de julio de 2010.

(22) Serie B: Proposiciones de Ley 122/000239, 21 de mayo de 2018, núm. 270-1.

(23) Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE 127 de 25/05/2010); Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte de la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte de la Comunidad Foral de Navarra; Ley 1/2015, de 9 de febrero, de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida de la Comunidad Autónoma de Canarias Ley 5/2015,

amparan su competencia legislativa tanto en el derecho a la salud (artículo 43 de la Constitución) y a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, los incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los demás instrumentos internacionales de protección de los mismos suscritos o ratificados por España (24).

En otros ámbitos, las modificaciones legales de la regulación de los derechos fundamentales están conectadas con el avance de las nuevas tecnologías. Así, el Proyecto de Ley Orgánica de protección de datos es un desarrollo de nuestro artículo 18.4 de la Constitución y, por lo que se refiere a los derechos de la personalidad, pretende que, mediante el uso de nuestros datos, no se vulneren nuestros derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen, también mediante el reconocimiento de "nuevos derechos", como el derecho al olvido (artículo 93 del proyecto), el derecho al testamento vital (artículo 97 del proyecto), o la atención a ámbitos específicos de protección (en el ámbito laboral, por ejemplo) o la protección de personas vulnerables, como los datos de menores (artículo 92).

La Constitución, además, ha afectado a una de las categorías tradicionales del Derecho civil, la del estado civil. Con todo, siempre que las razones por las que son tomadas en consideración y su contenido sean respetuosos con los principios y valores constitucionales, sigue teniendo sentido identificar situaciones jurídicas relevantes en la vida social.

Así, por ejemplo, las relativas a las medidas de apoyo que se adopten en relación con las personas con discapacidad, o el matrimonio, que goza de garantía institucional en la Constitución frente a las relaciones de parejas no casadas. Pero no toda situación o relación relevante para el Derecho da lugar a una condición con-

de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales de la Comunidad Autónoma de Galicia; Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida de la Comunidad Autónoma del País Vasco; Ley 5/2018, de 22 de junio, sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso del final de la vida de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias; Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida de la Comunitat Valenciana.

(24) Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina, suscrito en Oviedo el día 4 de abril de 1997, la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005.

sustancial a la persona en sí misma y, por tanto, no configuran el Derecho de la persona. Así sucede, por ejemplo, con la condición de trabajador o la de consumidor, en torno a la cual surgen ramas especializadas del Derecho, dirigidas a su protección en atención a situaciones de asimetría o debilidad en la relación en la que nacen.

Para las situaciones y relaciones propias de la persona en sí misma considerada, la necesidad de que el Estado preconstituya un medio de prueba, tanto por razones de seguridad jurídica como por la necesidad de facilitar al propio interesado su acreditación, sigue cumpliéndose, fundamentalmente, mediante el Registro Civil. El legislador presenta el cambio de modelo de Registro civil haciendo referencia, precisamente, a los valores constitucionales. En la exposición de motivos de la Ley 20/2011, de 21 de julio puede leerse que: "La importancia del Registro Civil demanda la adopción de un nuevo modelo que se ajuste tanto a los valores consagrados en la Constitución de 1978 como a la realidad actual de la sociedad española. (...) La Constitución de 1978 sitúa a las personas y a sus derechos en el centro de la acción pública. Y ese inequívoco reconocimiento de la dignidad y la igualdad ha supuesto el progresivo abandono de construcciones jurídicas de épocas pasadas que configuraban el estado civil a partir del estado social, la religión, el sexo, la filiación o el matrimonio".

Este apunte de la exposición de motivos de la Ley no debe llegar a engaño: en el nuevo modelo de Registro Civil que se propone está prevista la publicidad del sexo, la filiación o el matrimonio porque, con otros efectos, con otra regulación por lo que se refiere a su determinación, o con un contenido diferente del que pudieran tener antes de la Constitución, continúan siendo relevantes para la persona y para la sociedad.

Hay que reconocer, con todo, que en la actual configuración del Derecho de la persona algunas de las cualidades personales relevantes reciben cada vez más una atención desde el punto de vista de la personalidad individual que desde la organización de los intereses sociales.

Así sucede, por ejemplo, con el sexo. La mención de sexo sigue siendo un dato obligado de toda inscripción de nacimiento practicada en el Registro Civil (25). La Ley 3/2007, de 15 de marzo, regula expresamente la rectificación registral de la mención relativa al sexo

(25) Artículo 41 de la Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957 (BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957), artículos 4.4 y 44.2 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011).

de las personas. La rectificación del sexo, que conlleva el cambio del nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral, se acordará una vez que la persona solicitante acredite mediante informe de médico o psicólogo clínico que le ha sido diagnosticada disforia de género y ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. No es necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona, en cambio, que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual.

En un paso más de reconocimiento del derecho a la propia identidad, diversas normas autonómicas reconocen un "derecho a la autodeterminación de género" de las personas que manifiesten una identidad de género distinta a la asignada al nacer, un "derecho a la identidad de género libremente manifestada" y que consistiría, fundamentalmente, en el derecho de la persona a construir para sí una autodefinición con respecto a su cuerpo, sexo, identidad y expresión de género y su orientación sexual (26). Estas leyes justifican la no invasión de la competencia estatal (así, en la Exposición de Motivos de la ley aragonesa) con el argumento de que la ley "no define cuáles son los presupuestos para el cambio de nombre o sexo registral en el registro civil, y, de hecho, define sus propios ámbitos de actuación basándose en las necesidades de atención de las personas trans y en las manifestaciones de sus ciudadanos sobre un principio de libre manifestación de su condición y de la necesidad de amparo en la ley".

(26) Ley 14/2012, de 28 de junio, del País Vasco, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales; Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía; Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Canarias; Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI.

Aunque su ámbito de aplicación principal es el de las relaciones con la administración autonómica, estas normas inciden en la identificación de las personas y su repercusión en el ámbito privado es evidente. De una parte porque se reconoce que las personas sean tratadas de acuerdo con su identidad de género libremente determinada, se garantiza la posibilidad de la utilización de un nombre elegido por razones de identidad de género y la administración se compromete a proporcionar una documentación acreditativa acorde con su identidad que permitirá cambios en los ficheros de titularidad pública y privada. Todo ello, evidentemente, supone una actuación de espaldas al Registro civil, cuya función de alguna manera queda devaluada mediante una actuación administrativa respaldada por una legislación autonómica. De otra parte porque, como contenido de los principios de igualdad y no discriminación, se garantizan políticas de reconocimiento de no discriminación en el empleo, en el ámbito educativo, de responsabilidad social de las empresas, en el ámbito familiar, etc.

En el ámbito estatal, se está tramitando la Proposición de Ley para la reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans, para modificar exigencias establecidas en el artículo 4 respecto al registro del cambio de sexo(27). Según la proposición, en la actualidad, la aplicación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, ha determinado la necesidad de la reforma de la misma en tres concretos aspectos: para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans, para modificar las exigencias establecidas en el artículo 4 —suprimiendo la obligación de aportar o acreditar cualquier tipo de documentación médica, ni haberse sometido a cirugías genitales ni de ningún otro tipo o terapias hormonales—, y para posibilitar el cambio de sexo y nombre en la tarjeta de residencia, permiso de trabajo que les haya sido expedido a las personas extranjeras cuando se cumplan determinados requisitos, así como el reconocimiento del cambio de sexo registral de las personas intersexuales.

Sin esperar a que haya un cambio legal, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado la Instrucción de 23 de

(27) Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista 122/000072 Serie B: Proposiciones de Ley. 3 de marzo de 2017, Núm. 91-1.

octubre de 2018(28), en la que se establecen las directrices para orientar la actuación de los encargados del Registro Civil, ante las solicitudes de cambio de nombre para la imposición de uno correspondiente al sexo diferente al que resulta de la inscripción de nacimiento(29).

Hay otros datos que ponen de manifiesto la dimensión creciente de un Derecho de la persona que atiende al pleno desarrollo de la personalidad desde el respeto a la individualidad. Así sucede con la proclamación del principio de protección del interés superior del menor y con la protección de las personas con discapacidad.

Cabe observar, en primer lugar, que el reconocimiento del principio del interés del menor trata de asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de quien, por su falta de madurez personal, no está en condiciones de exigirlos por sí mismo. De ahí su reconocimiento internacional(30) y constitucional.

(28) BOE núm. 257, de 24 de octubre de 2018.

(29) Se trata de dos directrices: 1.^a) En el supuesto de que un mayor de edad o un menor emancipado solicitara el cambio de nombre, para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente del resultante de la inscripción de nacimiento, tal solicitud será atendida, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, el solicitante declare que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil, por no cumplir los requisitos del artículo 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. 2.^a) Los padres de los menores de edad, actuando conjuntamente, o quienes ejerzan la tutela sobre los mismos, podrán solicitar la inscripción del cambio de nombre, que será atendida en el Registro Civil, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, los representantes del menor actuando conjuntamente declaren que el mismo siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable. La solicitud será también firmada por el menor, si tuviera más de doce años. Si el menor tuviera una edad inferior, deberá en todo caso ser oído por el encargado del Registro Civil, mediante una comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez.

(30) El interés superior del menor está consagrado en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño –ratificada por España el 30 de noviembre de 1990–, que en su apartado 1 establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. También en el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, conforme al cual, “en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor

El principio del interés del menor está reconocido en nuestro ordenamiento al más alto nivel. Tiene un apoyo en el artículo 39 de la Constitución –en particular, en su apartado cuarto dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”–. En el Derecho interno español, el principal marco normativo en el que se recoge el principio del interés del menor, además del Código civil y las normas civiles autonómicas, está integrado por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996 (LOPJM).

El artículo 2 de esta Ley, redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, proclama el principio del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en todas las acciones y decisiones que le conciernan. Tal mandato se dirige a todas las instituciones, públicas o privadas, tribunales e, incluso, por derivar de la Constitución y de los Convenios internacionales, a los órganos legislativos. El artículo 2.1 LOPJM, además, concreta algunos de los criterios generales que puede servir para interpretar y aplicar en cada caso el interés del menor. Se trata de criterios que habían venido siendo tenidos en cuenta en las decisiones de los tribunales y cuya aplicación permite revisar el acierto de las soluciones adoptadas(31).

constituirá una consideración primordial”. Algunos Convenios impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (ratificados por España o aprobados por la Unión Europea), Reglamentos de la Unión Europea y Convenios del Consejo de Europa, atienden igualmente al criterio del interés del menor al abordar las materias de que se ocupan: de la sustracción internacional de menores, del reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, de la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, etc.

(31) En particular, el artículo 2.2 LOPJM menciona los siguientes: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de

El principio del interés del menor como tal está excluido del recurso de amparo, pero juega un papel como criterio de ponderación de los demás derechos y libertades fundamentales(32).

la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

(32) En palabra de la STC 186/2013, de 4 de noviembre (relativa a una orden de expulsión del territorio nacional): "Los principios rectores consagrados en el capítulo III del título I de la Constitución española, aunque no son por sí mismos susceptibles de amparo, constituyen elementos hermenéuticos de primer orden para delimitar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (SSTC 95/2000, de 10 de abril, 192/2003, de 27 de octubre y 154/2006, de 22 de mayo). En este sentido debemos tener presente que el artículo 39.4 de la Constitución establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales [...] y, en relación con ello, que el artículo 3.1 de la Convención de los derechos del niño [...] prevé que en las decisiones [...] en que puedan ser concernidos los niños debe considerarse el interés de éstos de un modo principal, relevancia interpretativa del interés superior del menor que se ha puesto de manifiesto en la reciente doctrina constitucional (SSTC 127/2013, de 3 de junio y 167/2013, de 7 de octubre) [y] es de la mayor relevancia recordar que, como se apuntaba en la STC 12/1994, de 17 de enero, ni la Constitución [...] ni el Convenio consagran derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, doctrina reiterada posteriormente por este Tribunal (por todas, SSTC 173/2011, de 7 de noviembre y 150/2011, de 29 de septiembre)".

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el ámbito del Derecho de familia, se ha pronunciado sobre el interés del menor al resolver recursos de amparo en los que se denuncia la falta de respeto de los artículos 14 a 29 de la Constitución. No se analiza la legalidad ordinaria de las resoluciones sino que el Tribunal realiza un análisis constitucional de motivación presidido por el interés superior del menor. Se analiza, en particular, si se han valorado las circunstancias actuales del menor, dada la relevancia del cambio de las circunstancias originadas por el transcurso del tiempo (sentencias 16/2016, de 1 de febrero, resoluciones judiciales que acuerdan la restitución de una menor con su padre, residente en Suiza; 71/2004, de 19 de abril, cesación del acogimiento), o si se ha respetado el principio de audiencia (163/2009, de 29 de junio, cuando ya consta que el menor manifestó su opinión ante los equipos psicosociales) o el derecho a la identidad del menor (sentencia 167/2013, de 7 de octubre, ponderación del interés del menor en seguir manteniendo su primer apellido materno, por el que era conocido en los ámbitos familiar, social o escolar).

El Tribunal Constitucional ha reiterado que el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por

Desde el punto de vista del Derecho civil codificado, centrado en la capacidad para realizar actos jurídicos, el artículo 2 de la LOPJM, inspirado en la Convención de los Derechos del Niño, establece que "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor". Esto significa que la capacidad es la regla y sus limitaciones, la excepción.

En función de su aptitud psíquica, y atendiendo al criterio de su interés, al menor se le debe tener por capaz siempre que una norma no establezca lo contrario. Por ello, aun cuando el menor esté sometido a representación legal, para algunos actos, en particular los que implican el compromiso de realizar una prestación personal del propio menor, se exige su consentimiento (33). Además, como reconocimiento de la dignidad del menor, el Derecho otorga relevancia a su opinión en algunos ámbitos y quien tiene que tomar la decisión necesariamente debe escuchar la opinión del menor de cierta edad. En otras ocasiones no se fija una edad, pero las normas exigen que "sea oído", o que "exprese su opinión" si tiene "suficiente madurez/juicio" (34). Si tiene suficiente capacidad natural ("madurez") para

el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que tiene su proyección constitucional en el artículo 39 de la Constitución y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos (sentencia 138/2014, de 8 de septiembre, sobre visitas de los abuelos), que cita otras anteriores.

Según el Tribunal Constitucional el interés del menor solo permite limitar otros derechos fundamentales cuando se aprecie un riesgo para el menor (sentencia 141/2000, de 29 de mayo, que estima el recurso de amparo interpuesto por el padre contra la sentencia que le privó de su derecho de visitas por sus creencias espirituales, sin que quedara acreditado el riesgo; en cambio, la sentencia 176/2008, de 22 de diciembre, denegó el amparo al considerar que la sentencia motivó el riesgo relevante para el menor, lo que permitía descartar que la disforia de género del padre recurrente hubiera sido el verdadero motivo de la decisión de restringir su régimen de visitas).

(33) Así, conforme al artículo 162.III CC, "para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio". A partir de los doce años es preciso su consentimiento para la adopción (artículo 177.1 CC) y el acogimiento (artículo 173.2 CC y preceptos de leyes autonómicas de protección de menores).

(34) Así, el artículo 92.2 CC establece que en caso de separación, nulidad y divorcio, para adoptar las medidas relativas a la custodia, cuidado y educación de los hijos menores, el juez deberá velar por el cumplimiento de su derecho a ser oídos; similarmente, artículo 92.6 CC dispone que antes de acordar el régimen de guarda y custodia el juez deberá oír a los menores

el acto, con independencia de su edad: actos corrientes de la vida ordinaria, ejercicio de derechos de la personalidad; a partir de determinada edad fijada legalmente (y si cuenta además con la necesaria capacidad natural) puede hacer ciertos actos: a partir de los catorce, hacer testamento, por ejemplo (35). Otros los puede llevar a cabo con intervención judicial (36) o con asistencia de los padres o el tutor; consiente el menor, pero necesita un "complemento" de capacidad, una conformidad o visto bueno de los padres o tutor al acto), los menores, a partir de cierta edad, tienen reconocida la posibilidad de realizar ciertos actos (37).

Por lo que se refiere a las personas con discapacidad, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, ha influido en la interpretación jurisprudencial del Derecho vigente y ha dado lugar a un movimiento que propugna su derogación (38).

que tengan suficiente juicio. En la misma línea, el artículo 159 CC prevé que el juez, antes de decidir con cuál de los progenitores que viven separados han de quedarse los hijos menores de edad, deberá oír a los hijos que tengan suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años. Del mismo modo, los padres deberán oír a los hijos que tengan suficiente juicio antes de adoptar las decisiones que les afecten (artículo 154.3 CC). Igualmente, el juez deberá oír antes de acordar la adopción al "adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio" (artículo 177.3.3 CC), y al tutelado antes de constituir la tutela, "si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años" (artículo 231 CC).

(35) En el Derecho civil estatal: según el artículo 1263 CC (redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) los menores pueden prestar consentimiento en "aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales". Según el artículo 162 CC, se excluyen de la representación legal "los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo".

(36) Así, el menor, con aprobación del juez, puede reconocer hijos (artículo 121 CC).

(37) Por ejemplo, optar por la nacionalidad española en los supuestos previstos en el artículo 20.1 CC, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.2.b) CC.

(38) El anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad apunta a una profunda reforma de esta materia en la que se elimina la incapacitación judicial y se opta por un sistema de apoyos con el fin de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades

La Convención opta por un modelo de “apoyos” para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (artículo 12.3). Se trata, como declara el artículo 1 de la Convención, de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (artículo 12.4 de la Convención).

Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de enjuiciamiento civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (artículo 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias (entre otras, SSTs. de 16 de mayo de 2017, 27 de septiembre de 2017, 8 de noviembre de 2017, 7 de febrero de 2018, 6 y 7 de marzo de 2018).

El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español, mientras no se reforme, por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia tras descartar que el “procedimiento de modificación de la capacidad” y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, STS. de 15 de julio de 2015).

fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

En segundo lugar, para las personas con discapacidad, la adaptación de nuestro Derecho a la Convención de Naciones Unidas de protección de las personas con discapacidad, exige el máximo respeto a la voluntad de la persona, como exigencia del reconocimiento de su dignidad, de su identidad personal. Por ello, el control de sus decisiones solo debe dirigirse a evitar la manipulación o el abuso de terceros. La consecuencia práctica en este punto de partida es que, en la medida de lo posible, cuando se trate de incumbencias personales, debe decidir ella, si es preciso tomando la decisión con el apoyo de los familiares y personas de su entorno y de su confianza. Cuando no tenga juicio suficiente para tomar la decisión y sea necesario hacerlo por otra persona en su lugar, es imprescindible que se respete la voluntad que haya podido manifestar con anterioridad mediante la llamada autotutela o los poderes preventivos.

Autotutela y poderes preventivos se basan en los mismos principios: de una parte, el respeto a la voluntad de la persona afectada por la discapacidad expresada antes de que esta sobrevenga y, de otra, la confianza en la persona a la que se designa para que, en su caso sea nombrada tutora o en el apoderado que se hará cargo de los asuntos de la persona con discapacidad. Se trata, sin embargo, de dos figuras diferentes: la autotutela presupone la constitución de una institución de guarda, tutela o curatela, de modo que la previsión voluntaria se dirige, precisamente, a designar a la persona que debe desempeñar el cargo, o a excluir a quien podría ser nombrado, de acuerdo con el orden de prelación legal; por el contrario, el otorgamiento de poderes preventivos permite la configuración de un sistema de protección no judicializado de personas que no están en condiciones de decidir por sí pero que, en una situación previa de plena capacidad, deciden voluntariamente organizar quién y cómo debe gestionar sus asuntos cuando no pueda hacerlo por sí (otorgando, cuando es plenamente capaz y a favor de una persona de su confianza, un poder para que se haga cargo de su persona y de sus bienes cuando no pueda hacerlo por sí).

Esta dimensión del Derecho de la persona como un Derecho de los derechos fundamentales de la persona ha comenzado a proyectarse sobre otras esferas del Derecho privado. De manera directa en el Derecho de familia, mediante el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, la adaptación del contenido de las instituciones de guarda de menores y personas con discapacidad y, en general, en la interpretación y aplicación de las normas de familia (sistema de guarda, derechos de visitas, atribución del uso de la vivienda, etc.). También en el Derecho de contratos. Puesto

que la igualdad es un valor constitucional fundamental es preciso dotar de eficacia a la prohibición de discriminación en el ámbito de la contratación privada. Frente a la tradicional consideración de que la libertad contractual permitía elegir a la contraparte de la manera más absoluta, se ha impuesto la exigencia de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales, entre particulares, al menos cuando los bienes y servicios se ofrecen al público, en el mercado.

La consecuencia inmediata sería la imposibilidad de seleccionar a la contraparte con criterios de discriminación. Sin embargo, los problemas de prueba, así como la dificultad de encontrar sanciones efectivas, hacen que en este ámbito quede todavía mucho por hacer. Basta pensar en que las negativas de inmobiliarias y particulares a arrendar viviendas a determinadas etnias no se lleva a cabo de manera abierta y las mayores exigencias de documentación y garantías requeridas a los inmigrantes que solicitan un crédito al consumo se justifican formalmente por las mayores dificultades de acreditación de la solvencia y de posterior cobro a quien no tiene arraigo en nuestro país. Existe una sanción penal de las conductas discriminatorias y en el Derecho privado, desde el año 2007 se establece la nulidad por discriminación de los actos que constituyan discriminación por razón de sexo (39). Desde junio de este año mismo 2018 la ley declara también la nulidad de las cláusulas y pactos que excluyan a una de las partes por tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud (40).

De todo lo anterior se desprende que el Derecho de la persona se dirige en la actualidad a promover una igualdad sustancial mediante

(39) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

(40) Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 142, de 12 de junio de 2018), añade a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, una Disposición adicional quinta (No discriminación por razón de VIH/SIDA u otras condiciones de salud) con el siguiente texto: "No se podrá discriminar a las personas que tengan VIH/SIDA u otras condiciones de salud. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente".

la remoción de los obstáculos a que se enfrentan las personas por razón de sus cualidades. Ello por cuanto el Derecho civil, y el Derecho de la persona, no pueden sino responder a los que el artículo 1 de la Constitución proclama como valores superiores de su ordenamiento jurídico: la libertad, la justicia y la igualdad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BARRIO ANDRÉS, M., "Hacia una personalidad electrónica para los robots", en RDP 2 2018, págs. 89-107.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA, J., *Derecho internacional privado*, Comares, ed. 18.^a, 2018.
- CAPILLA RONCERO, F., "Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona: o la autonomía personal en el Derecho privado", *Diario La Ley*, Nº 7675, 2011.
- CLAVERO SALVADOR, B., "Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, ISSN 0392-1867, Vol. 18, Nº 1, 1989, págs. 79-145.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (dir.), *Derecho al honor tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Cizur Menor, 2015.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), *Curso de Derecho civil*, tomo I, vol.2, *Derecho de la persona*, 6.^a ed., Edisofer, 2018.
- DÍEZ PICAZO, L., "Codificación, descodificación y recodificación", *Anuario de Derecho Civil*, 1992, 2, págs. 473 a 484.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de Derechos fundamentales*, 4.^a ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2013.
- GARCÍA CANTERO, G., "La senectud entre el Derecho civil y el Derecho social", *Actualidad civil*, Nº 14, 2010.
- GARRIDO DE PALMA, V.M. (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, vol.1, tomo 2 y 3, vol. 4, tomo 2, Civitas, 2015.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. (dir.), *Tratado de derecho de la persona física*, dos volúmenes, Aranzadi, 2013.
- HESELINK, M. W., *The new european private law: essays on the future of private law in Europe*, The Hague..., Kluwer, 2002.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. L., *El derecho civil entre tradición histórica y constitución política*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (dir.), *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Tirant lo Blanc, 2016.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., con la colaboración de Rafael de Asís, Angel Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, D.L. 1991.
- PRATS ALBENTOSA, L. (coord.), *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Wolters Kluwer, 2012.

- RAMS ALBESA, J. (dir.), *Tratado de derecho civil*. T. III, Persona física y familia. Vol. 1, Individuo y persona, Iustel, 2014.
- ROGEL VIDE, C., "Personas, animales y androides", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 4, 2017, págs. 681-693.
- ROGEL VIDE, C., "Robots y personas, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*", 1, 2018, págs. 79-90.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *Códigos y constituciones, 1808-1978*, Madrid, Alianza, 1989.

DERECHO DE FAMILIA Y CONSTITUCIÓN (1)

Carlos Martínez de Aguirre

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
- II. INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA
 - 1. Constitución y Familia
 - 2. Constitución y regulación legal de las relaciones de pareja (matrimonio y uniones de hecho)
 - 2.1. Protección de la familia de origen matrimonial
 - 2.2. Garantía institucional del matrimonio
 - 2.3. Protección constitucional de las familias de origen no matrimonial: la doctrina del Tribunal Constitucional sobre parejas de hecho
 - 2.4. La cuestión del divorcio
 - 3. Paternidad y filiación a la luz de la Constitución
 - 3.1. Principio de igualdad de los hijos
 - 3.2. La libre investigación de la paternidad y el principio de veracidad biológica
 - 3.3. El deber de asistencia paterna
 - 3.4. El principio de protección integral de los hijos
- III. INCIDENCIA DE LOS CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA SOBRE LA CONSTITUCIÓN
 - 1. El sesgo que la reformas legales han provocado en la interpretación y aplicación de la Constitución
 - 2. La corrección o inaplicación de la Constitución por el legislador ordinario
 - 2.1. El anonimato del donante de gametos en la legislación sobre técnicas de reproducción asistida

(1) Conferencia pronunciada en el Congreso "Derecho Privado y Constitución: 40 aniversario de la Constitución española" (Sevilla, 29 y 30 de noviembre de 2018). Este trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades del Grupo de Investigación de Referencia *Ius Familiae* (S30_17R) del Gobierno de Aragón.

- 2.2. El matrimonio entre personas del mismo sexo
- 2.3. La interpretación evolutiva de la Constitución

I. PLANTEAMIENTO

La afirmación de que en estos cuarenta años de Constitución el Derecho de Familia ha experimentado una profundísima mutación de conjunto no precisa especial justificación. Baste pensar, por ejemplo, en que en 1978 el matrimonio civil era heterosexual e indisoluble, y actualmente es sexualmente indiferenciado (tomo la expresión de De Pablo(2)) y libremente disoluble a voluntad de cualquiera de los cónyuges: las palabras siguen siendo las mismas, pero su contenido ha variado sustancialmente, ya sea en forma directa (como ocurre con el matrimonio), ya sea en forma indirecta, como consecuencia de cambios acumulados en la regulación legal, la instituciones de referencia, o la misma realidad objeto de regulación: esto último es lo que ocurre, por ejemplo, con la filiación, debido a la aparición y empleo de las nuevas técnicas de reproducción asistida (y puede ser suficiente citar aquí lo relativo a la llamada maternidad subrogada), pero también a la admisión de la adopción por parejas del mismo sexo, que en nuestro Derecho común ha sido consecuencia indirecta de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo(3). Esto es así hasta tal punto que se puede concluir fácilmente que, tratándose del Derecho de Familia, en estos decenios no han cambiado las reglas del juego, sino que ha cambiado el juego en sí mismo(4).

(2) P. DE PABLO CONTRERAS, "El matrimonio y el Derecho civil", en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (coord.), P. DE PABLO CONTRERAS y M. PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia*, 5ª ed., Madrid, Edisofer, 2016, p. 74.

(3) *Ad rem*, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto (pero querido) de una reforma matrimonial", *RDP*, julio-agosto 2007, pp. 3 y ss.

(4) Sobre la cuestión, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "The evolution of Family Law: changing the rules or changing the game?", *BYU Journal of Public Law*, vol. 30-2 (2016), pp. 231 y ss.

No es función de esta intervención analizar estos cambios, sino determinar brevemente su anclaje (o falta de anclaje) constitucional. Esta perspectiva respondería de alguna manera a la pregunta acerca de cómo ha afectado la Constitución al Derecho de Familia (y a la más reciente evolución del Derecho de Familia español): a ello dedicaré la primera parte, y más larga, de mi exposición. Pero junto a esta pregunta, me parece razonable formular otra complementaria, sobre cómo han afectado los cambios en el Derecho de Familia a la Constitución: a ello dedicaré la segunda parte de esta exposición, más breve pero quizá no menos importante.

Siguiendo con el encuadre metodológico de este trabajo, y con referencia ahora a la primera perspectiva de las enunciadas (influencia de la Constitución en el Derecho de Familia) es preciso hacer algunas advertencias previas más:

a) Para que la exposición sea completa (y correcta) es preciso tener en cuenta no solo lo que dice la Constitución, sino también los pronunciamientos del Tribunal Constitucional: es decir, qué es lo que el Tribunal Constitucional dice que dice, o que no dice, la Constitución, y también qué eficacia atribuye el Tribunal Constitucional a lo que dice la Constitución (o a lo que el Tribunal Constitucional dice que dice, o que no dice, la Constitución).

b) La exposición va a adoptar lo que cabría denominar una perspectiva *macro*, frente a la *micro*: es decir, no voy a detenerme en lo que podríamos considerar las micro-influencias de la Constitución sobre contenidos concretos del Derecho de Familia; por ejemplo, las decisiones del Tribunal Constitucional sobre los arts. 133 y 136 Cc, relativos a las acciones de filiación(5). Mi análisis va a centrarse en las grandes instituciones –o no-instituciones– del Derecho de Familia (matrimonio y relación de pareja por un lado, y filiación por otro), y en sus líneas básicas: la perspectiva es, por lo tanto, *macro*.

c) Por último, una advertencia que puede no estar de más: lejos de mí afirmar que la evolución del Derecho de familia español en estos cuarenta años ha venido imperada por la Constitución, de forma que no se hubiera producido sin ella. Algo (mucho) ha tenido que ver la Constitución, y de eso se tratará en las páginas que siguen; pero muchos otros países de nuestro entorno, que carecen de una Constitución como la nuestra, han experimentado una evolución semejante: no ha sido solo la Constitución la que ha provocado los

(5) Cfr. STC 138/2005 de 26 de mayo y 156/2005 de 9 de junio, respecto al art. 136 Cc, y STC 273/2005 de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero, respecto al art. 133 Cc.

cambios, sino que en buena medida han venido imperados por cambios sociales, corrientes ideológicas, y por la consiguiente evolución en la forma de entender determinados principios contenidos en gran parte de las Constituciones de nuestro entorno.

II. INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA

Vamos, pues, con la primera parte: cómo ha influido la CE en la evolución del Derecho de Familia. Los artículos de la Constitución que más directamente se refieren a la familia son el art. 32 y el art. 39. Conforme al primero, en su número 1, *«el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»*; a continuación, el art. 32.2 dispone que *«la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»*. Por su parte, el art. 39 establece, en sus tres primeros números (que son los más directamente atinentes a la familia): *«1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»*.

Junto a estos hay algunos otros artículos relevantes, de los que mencionaré especialmente dos: el art. 10, en cuanto establece como fundamento del orden político y de la paz social el principio de libre desarrollo de la personalidad (que ha desarrollado un papel fundamental en la evolución del Derecho de Familia); y el art. 14, que contiene el principio de igualdad, con específica interdicción de la discriminación por sexo y por nacimiento: este principio está mencionado también, como hemos visto, en los arts. 32 (igualdad entre los cónyuges en el matrimonio) y 39 (igualdad de los hijos con independencia de su filiación).

A partir de estos preceptos, y de las sentencias dictadas en su aplicación por el Tribunal Constitucional, cabe hacer una exposición resumida de la relevancia de la Constitución en relación con la familia (y el Derecho de Familia, en sentido más estricto), exposición que se va a organizar en tres partes: la familia como tal, las relaciones de pareja, y las relaciones relativas a la filiación.

1. CONSTITUCIÓN Y FAMILIA

El principio rector en esta materia es el de protección jurídica, social y económica de la familia (art. 39 CE). Ello quiere decir, a la luz del art. 53.3 CE, que ese principio debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Estamos, pues, ante un principio, cuya amplitud hace muy difícil fundamentar exclusivamente en él un recurso de inconstitucionalidad contra una ley civil que afecte a la familia: en la medida en que el precepto es estrechamente dependiente de la concepción que se tenga sobre la familia y las relaciones familiares, es claro que lo que para unos puede ser desproteger a la familia, para otros puede ser un modo de establecer unas relaciones familiares de mayor calidad: esta viene a ser la perspectiva del Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo, frente a la alegación realizada por los recurrentes de que la ley que lo introduce es inconstitucional por violar, entre otros, el art. 39 CE.

Con todo, puede no estar de más indicar que en estos años se ha producido una llamativa pérdida de calidad de las relaciones familiares, con un creciente descenso de los indicadores de bienestar familiar, o personal asociado a la familia. No puedo detenerme en ello, pero más allá de la dimensión constitucional, esta constatación debería hacernos pensar si hemos sido capaces de plasmar en leyes eficaces este principio de protección a la familia: los hechos parecen indicar que no.

2. CONSTITUCIÓN Y REGULACIÓN LEGAL DE LAS RELACIONES DE PAREJA (MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO)

Vamos ahora con lo relativo a la incidencia de la Constitución sobre el régimen legal de las **relaciones de pareja** (expresión ausente de la Constitución, pero que a la luz de la evolución producida es suficientemente gráfica). En esta materia cabe señalar lo siguiente:

2.1. Protección de la familia de origen matrimonial

La familia constitucionalmente protegida es, en primer lugar, la fundada en el matrimonio, institución que encuentra su anclaje constitucional en los arts. 32 y 39 CE. En palabras de la temprana STC. 45/1989, «*sea cual fuere, en efecto, el concepto constitucio-*

nalmente adecuado de familia, no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia que se origina en el matrimonio, que es en todo caso la que especialmente toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos humanos aprobada por las Naciones Unidas en 1948 (art. 16.1) como los Tratados sobre derechos fundamentales suscritos por España (así el Convenio de Roma –art. 12–, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 23– y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –art. 10.1–)».

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que lo protegido por el art. 39 son las relaciones familiares en su conjunto: tanto las derivadas de la conyugalidad (amparadas también por el art. 32 CE.), como las derivadas de la consanguinidad. La familia matrimonial, que reúne ambos tipos de relaciones, es, por su propia naturaleza, la más directamente protegida.

2.2. Garantía institucional del matrimonio

El matrimonio es una institución garantizada constitucionalmente (art. 32 CE), que goza de la protección reforzada del art. 53.1 CE. Sólo puede regularse mediante ley (reserva material de ley: arts. 32.2 y 53.1 CE), que debe respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE), en cuyo contenido esencial hay que entender incluido, por imperativo constitucional, el principio de igualdad entre los cónyuges (art. 32.1 CE).

Las razonables dudas acerca de la constitucionalidad de la ley 13/2005, que introdujo el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, por contravenir el art. 32 CE, fueron tardíamente (más de 7 años después de la promulgación de la Ley) resueltas por la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre. En ella el Tribunal Constitucional entiende que la ley impugnada es conforme a la Constitución, interpretada esta evolutivamente (más adelante volveré sobre ello), y que ni el contenido esencial del *ius connubii* ni la garantía institucional del matrimonio resultan afectados por dicha ley, al mantenerse la institución matrimonial en términos reconocibles para la imagen del matrimonio en la sociedad española. No es este el momento de hacer un análisis de la sentencia(6): baste indicar que prescinde de los criterios usualmente

(6) Sobre ello, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 (matrimonio entre personas del mismo sexo)", en L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO y P. ES-

empleados a la hora de interpretar la norma escrita (que son los contenidos en el art. 3 Cc), cuya aplicación al art. 32 CE podía haber conducido a conclusiones bien distintas.

La misma STC 198/2012 ofrece un nuevo concepto de matrimonio, ahora entendido como *"comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prescindiendo de su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio"*. Ha cambiado, pues, el concepto legal, de matrimonio, y con él, al menos aparentemente, el concepto constitucional, lo que suscita algunos interrogantes a los que me referiré también más adelante.

2.3. Protección constitucional de las familias de origen no matrimonial: la doctrina del Tribunal Constitucional sobre parejas de hecho

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, también están amparadas por el art. 39 CE las familias de origen no matrimonial (entre otras, STC 222/1992, 47/1993, 74/1997, 198/2012), pero sin que ello deba suponer paridad de trato en todos los órdenes entre las uniones no matrimoniales y el matrimonio, que puede ser tratado más favorablemente que aquéllas (STC 184/1990, 74/1997, 93/2013); esta disparidad de trato, sin embargo, encuentra uno de sus límites más relevantes en el principio de igualdad entre los hijos *«con independencia de su filiación»*.

Como escribe Lacruz(7), *«la trascendencia del art. 39.1 CE. no consiste en equiparar la familia conyugal con la no conyugal, sino en admitir que grupos no matrimoniales pueden ser dignos de una protección adecuada a su naturaleza y objeto de regulación jurídica específica»*. Con todo, conviene advertir que en este caso, el tejido de relaciones jurídico-familiares es incompleto, puesto que faltan

CRIBANO TORTAJADA, *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch 2016, pp. 313 y ss, y los allí citados.

(7) Cfr. J.L LACRUZ BERDEJO *et al. Elementos de Derecho civil IV. Derecho de Familia*, 2º ed. revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Madrid, Dykinson, 2005, p. 11.

en las familias de origen no matrimonial las relaciones derivadas de la conyugalidad: eso quiere decir, desde el punto de vista constitucional, que a las familias no matrimoniales, amparadas al decir del Tribunal Constitucional por el art. 39, les falta el anclaje en el contenido positivo del art. 32, que caracteriza a las matrimoniales. Con todo, hay que recordar que el TC ha reconducido al propio art. 32 el fenómeno de las parejas de hecho, como veremos inmediatamente.

Puede no estar de más detenerse brevemente en el tratamiento constitucional de las parejas de hecho, sobre lo que hay una relativamente abundante doctrina del TC, que puede resumirse en los siguientes términos:

a) El anclaje constitucional de las uniones no matrimoniales se produce a través del art. 10 (libre desarrollo de la personalidad), y del art. 39 CE, entendiendo que este contempla genéricamente a la familia, y no solo a la de fundación matrimonial (STC. 184/1990, de 15 noviembre, 222/1992, de 11 diciembre, 74/1997, de 21 abril); cabe también residenciarlo en el contenido negativo del art. 32, del que el Tribunal Constitucional ha derivado el derecho a no contraer matrimonio, y con él el de vivir juntos sin estar casados (STC. 47/1993, de 8 febrero).

b) A diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, no existe en la Constitución una garantía institucional de las uniones no matrimoniales, ni un derecho constitucional expreso a su establecimiento, lo que permite al legislador ordinario tratar de forma diversa ambas realidades, sin que ello sea inconstitucional (STC 184/1990, de 15 noviembre); es más, la garantía institucional del matrimonio asegura que el matrimonio no pueda ser de peor condición jurídica que las uniones no matrimoniales, en caso de ser éstas últimas objeto de una regulación específica.

c) La garantía institucional del matrimonio no sirve para justificar una discriminación arbitraria entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales, ni quiere decir que todo trato diferente esté constitucionalmente amparado, ni, por último, puede permitir que se coarte o dificulte la libre voluntad del hombre y la mujer que deciden convivir sin casarse. El Tribunal Constitucional ha tenido, en esta materia, pronunciamientos hasta cierto punto contradictorios, al negar por un lado la equiparación entre matrimonio y uniones no matrimoniales a efectos del cobro de la pensión de viudedad (STC 184/1990, de 15 de noviembre, 29/1991, 30/1991, o 31/1991, de 14 de febrero), y afirmarla por otro, a efectos de la subrogación

arrendaticia (STC 222/1992, de 11 de diciembre, o 47/1993, de 8 de febrero). Para justificar esa diferencia de trato, el Tribunal Constitucional afirmó que la denegación de la subrogación arrendaticia es una medida de gran radicalidad, que coarta o dificulta irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y la mujer que deciden convivir *more uxorio*. El argumento es escasamente convincente, sobre todo si se repara en que la denegación de la subrogación arrendaticia urbana afectaría a un número de parejas de hecho muy inferior al que resultaría afectado por la denegación de la pensión de viudedad, por lo que difícilmente puede considerarse como medida de una radicalidad mayor que la consistente en denegar la pensión de viudedad(8).

d) Una regulación legal imperativa de los efectos personales y patrimoniales de las situaciones de convivencia *more uxorio*, que se imponga a los convivientes sin contar con su voluntad, es inconstitucional por ser contraria al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10 CE. (STC. 93/2013, de 23 abril). Esta doctrina del Tribunal Constitucional, sentada respecto a la ley foral navarra 6/2000 de 3 de julio, es especialmente relevante, en cuanto otras leyes autonómicas, en la medida en que imponen a los convivientes un determinado régimen legal sin contar con su voluntad (es decir, sin que sean los convivientes quienes decidan quedar sujetos a esa regulación) pueden ser objeto de la misma tacha de inconstitucionalidad: es lo que ocurre, por ejemplo, con el art. 234.1 del Libro Segundo del Código civil de Cataluña (ley 25/2010), o con el art. 305 del Código de Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011). Sin embargo, al no haber sido impugnadas, se sitúan en ese especial limbo jurídico de las normas materialmente inconstitucionales pero formalmente válidas, por no impugnadas.

2.4. La cuestión del divorcio

Una consideración especial merece el tratamiento de lo relativo a divorcio y Constitución. En esta materia, y en mi opinión, la influencia de la Constitución ha sido importante, en cuanto ha posibilitado, pero no impuesto, la introducción del divorcio en el matrimonio civil español. Lo que hizo la Constitución fue remover el obstáculo que suponía la consagración del principio de indisolubilidad del matrimo-

(8) Sobre la cuestión, por extenso, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre parejas de hecho: entre digo, y Digo", *Persona y Derecho*, 55/II-2006, pp. 933 y ss.

nio en el art. 22 del Fuero de los españoles, lo que le daba rango funcionalmente constitucional. Al callar la Constitución sobre esta cuestión, como digo, dejó manos libres al legislador ordinario que, como es de sobra conocido, introdujo el divorcio mediante la ley de 7 de julio de 1981. Más allá de esto, nada hay en la Constitución que imponga o impida el divorcio. Más en concreto, no viene impuesto por el art. 32 CE, cuando dice que *"la ley regulará... las causas de separación y disolución del matrimonio"*, porque la finalidad de la regla es atribuir al legislador ordinario la competencia para decidir sobre tales materias, y porque, en una interpretación no ya literal, sino literalista (según la cual, al decir "causas" en plural, no sería suficiente con la mención del fallecimiento de uno de los cónyuges), la inclusión como causas de disolución del matrimonio del fallecimiento de uno de los cónyuges, y la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, bastaría. Por parecidas razones no me parece inconstitucional el vigente régimen de divorcio unilateral sin causa: en este caso la inconstitucionalidad se basaría también en dicho planteamiento literalista, y derivaría de la mención de "causas" de disolución: pero, como acabo de indicar, también desde el punto de vista gramatical, esa previsión se referiría a las causas de disolución, pero no a que alguna de esas causas en particular (el divorcio) deba, a su vez, tener causas que la justifiquen: como he indicado, la vigente regulación no me parece que sea inconstitucional, de forma que también en este campo el legislador ordinario tiene las manos libres; lo que sí me parece esta regulación es un error grave del legislador ordinario, lo que de por sí es suficientemente importante.

3. PATERNIDAD Y FILIACIÓN A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN

Por lo que se refiere a las relaciones de paternidad y filiación, la Constitución introduce varios principios que informan, con mayor o menor eficacia, la regulación legal de la paternidad y la filiación. Tales principios han sido concretados por un cierto número de sentencias del Tribunal Constitucional. A todo ello se hará referencia a continuación.

3.1. Principio de igualdad de los hijos

El primer principio que cabe mencionar es el de igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación, lo que se concreta en la igualdad entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales (arts. 14 y 39.2 CE.). Este principio se encuentra recogido en el

art. 108.II Cc., que lo extiende también a la filiación adoptiva: «*la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código*».

Esta igualdad entre la filiación matrimonial y la no matrimonial se refiere básicamente al contenido y efectos de la relación paterfilial, y es compatible con la existencia de reglas diversas para una y otra, en orden a la determinación de la existencia del vínculo de filiación (por ejemplo, la presunción de paternidad del marido, fundada jurídicamente en la heterosexualidad de los cónyuges, la obligación de convivencia, y el deber de fidelidad de los esposos), o al régimen de las acciones de filiación: así lo han señalado las STC 138/2005, de 26 mayo, 156/2005, de 9 de junio, 273/2005, de 27 octubre y 52/2006 de 16 de febrero. En cuanto a la filiación adoptiva, señala con acierto Barber Cárcamo que, la igualdad entre la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza no es una exigencia constitucional, pero que una vez que el legislador ordinario ha optado por regular una sola clase de filiación adoptiva, su equiparación plena con la filiación por naturaleza sí es un imperativo constitucional (STC 46/1999 de 22 marzo, y 200/2001 de 4 octubre) (9).

3.2. La libre investigación de la paternidad y el principio de veracidad biológica

El segundo principio es el de libre investigación de la paternidad, que habrá de ser posibilitada por la ley (art. 39.2 CE.). Esta regla sirve, en mi opinión, para fundamentar constitucionalmente el principio de veracidad biológica, conforme al que como regla es padre jurídicamente quien lo es biológicamente; de hecho, la libre investigación de la paternidad solo tiene sentido cuando hablamos precisamente de la paternidad o maternidad biológicas, porque en la paternidad o maternidad legal no hay mucho que investigar: está determinada, o no lo está. En esta línea, los resultados obtenidos a través de la libre investigación de la paternidad (biológica) son el fundamento para impugnar una paternidad legal, o reclamar una paternidad que legalmente no se halla determinada. El Código civil plasmó la regla constitucional en su art. 127, dejado sin contenido más tarde por la LEC de 2000, la cual, a su vez, lo formula en el art. 767.2, conforme al que «*en los juicios sobre filiación será admisible*

(9) Cfr. R. BARBER CÁRCAMO, "Comentario al artículo 108 del Código civil", en A. CAÑIZARES, P. DE PABLO, J. ORDUÑA, R. VALPUESTA, *Código civil comentado*, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters Civitas 2016, pp. 594 y s.

la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas».

La libre investigación de la paternidad establecida por la Constitución supone, por tanto, una concepción realista de la relación paternofamiliar, fundada en la realidad biológica. Frente a ello, primero la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y actualmente la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), han consagrado legalmente el anonimato del donante de gametos (art. 5.5 LTRHA): esta previsión parece claramente contraria al citado artículo 39.2 CE, sobre lo que volveré más adelante.

Conviene también indicar que el principio de veracidad biológica no tiene carácter absoluto en nuestro sistema legal, sino que está atemperado por otros, también de rango constitucional, como el de beneficio del hijo (art. 39.2 CE), el de protección a la familia (art. 39.2 CE), o el de seguridad jurídica (art. 9 CE), relacionados estos dos últimos con la necesaria fijeza y seguridad de las relaciones familiares (STC 138/2005, de 26 mayo).

3.3. El deber de asistencia paterna

El tercer principio en que quiero detenerme es el relativo al deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE.). El principio se recoge entre otros en el art. 110 Cc., conforme al cual *«el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos».*

Esta regla está relacionada con las anteriores de diversos modos, de entre los que ahora interesa destacar uno: la libre investigación de la paternidad está dirigida a determinar quién es el padre (o la madre) biológico –como queda dicho, esa y no otra es la paternidad susceptible de ser investigada–, que es a su vez quien está obligado a prestar a su hijo la asistencia de todo orden de que habla la Constitución. Dicho con otras palabras, en principio, son padres jurídicos los biológicos, y sobre ellos pesa la obligación de prestar asistencia a sus hijos. Conforme a esto, debe ser considerado legalmente padre, con las funciones y obligaciones propias de la paternidad, quien resulta serlo biológicamente; y para establecer quién lo es biológicamente, es para lo que se establece, a nivel constitucional, la libre investigación de la paternidad.

3.4. El principio de protección integral de los hijos

El siguiente principio a tomar en consideración es el de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE.), que se ha traducido en la progresiva introducción a nivel legal del principio de interés superior de los hijos (en su formulación más habitual, principio de interés superior del menor), como rector de las relaciones paternofiliales (art. 154.II Cc.). Con todo, conviene señalar que el citado principio de interés superior del menor, así formulado, procede más que de la Constitución de los textos internacionales de Derechos humanos referidos a la infancia, y más en concreto del art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (*"en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*): a partir de ese texto, el principio pasó al Derecho español principalmente a través de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Como he indicado, aunque el principio es reconducible al art. 39.2 CE., en su vigente formulación parece más bien considerarse un desarrollo ulterior causado por factores exógenos.

III. INCIDENCIA DE LOS CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA SOBRE LA CONSTITUCIÓN

Vamos ya con la segunda (y más breve) parte de la exposición, referida a la incidencia que los cambios en el Derecho de Familia han tenido en la Constitución en cuanto tal, y en su interpretación y aplicación.

1. EL SESGO QUE LA REFORMAS LEGALES HAN PROVOCADO EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Las reformas en Derecho de Familia (y no solo ellas, pero destacadamente ellas), así como la doctrina del Tribunal Constitucional al resolver algunos recursos de inconstitucionalidad relativos a tales reformas, han tenido como consecuencia que la interpretación de los principios constitucionales a que he venido haciendo referencia, formulados intencionalmente por el legislador constitucional con una cierta ambigüedad que los hiciera susceptibles de concreciones diferentes, y aún contrapuestas, se haya movido siempre en una

misma y única dirección; ello ha dado lugar a una interpretación y aplicación unidireccional de dichos principios que en este momento está muy consolidada, lo que en cierta medida ha dotado a la mencionada interpretación de un rango quasi-constitucional, al haber pasado de ser una de las posibles concreciones de esos principios, a ser la concreción de tales principios.

Esta dirección predominante puede ser llamada "subjetivización" (10) o "individualización" (11), y propicia una visión atomizada de la familia, en la que lo relevante, también desde el punto de vista jurídico, son exclusivamente los individuos que la componen, sus deseos e intereses; ello, hasta el punto de que en la práctica, el llamado interés de la familia, entendido como un interés conjunto, diferente del interés particular de quienes la integran, ha desaparecido: lo que importaría es el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) de cada miembro de la familia, pero entendido dicho libre desarrollo de la personalidad en un sentido estrictamente individualista, ligado a su voluntad y preferencias personales. De esta forma, el principio de libre desarrollo de la personalidad, ha desempeñado entre nosotros el mismo papel (y en la misma dirección) que la *privacy* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, o el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así pues, el citado principio de libre desarrollo de la personalidad ha sido objeto de una concreción unidireccional por parte, sobre todo, del legislador, que ha orillado otras posibles concreciones, fruto de concepciones diferentes del mismo principio de libre desarrollo de la personalidad (concepciones, conviene advertirlo, legítimas a la luz tanto del pluralismo político e ideológico, como de las libertades de opinión y expresión, cuya dimensión constitucional queda fuera de toda duda).

Quizá un ejemplo pueda ayudar a entenderlo mejor: tratándose de la regulación del divorcio, tan libre desarrollo de la personalidad sería comprometerse eficazmente con otra persona, y que ese compromiso tenga legalmente fuerza vinculante (y por tanto no sea fácilmente excusable, porque precisamente la esencia del compromiso es crear vinculación entre quienes se comprometen), como

(10) Cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid Rialp 1996, pp. 29 y ss.

(11) Cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Family Law in Spain: Contractualisation or Individualisation?" en F. SWENNEN (ed.) *Contractualisation of Family Law—Global Perspectives*, Springer 2015, pp. 293 y ss.

considerar que el individuo debe poder desligarse de los compromisos que ha asumido para poder desarrollar su vida conforme a su voluntad individual de cada momento y sin que esa voluntad se vea "coartada" por los compromisos asumidos. Ambos planteamientos caben bajo el amparo del principio de libre desarrollo de la personalidad, aunque está claro que son concepciones no solo distintas, sino contrapuestas. Nuestra legislación ha optado claramente por la segunda de estas posibles concreciones en la vigente regulación del divorcio (unilateral sin causa desde 2005, como es sabido), lo que propicia que el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, aplicado a las relaciones de familia, se entienda casi exclusivamente como la posibilidad de cada cónyuge de desligarse de los compromisos libremente asumidos (lo que se funda, al menos indirectamente, en la percepción de tales compromisos como obstáculos al libre desarrollo de la personalidad, así entendido).

No hace falta decir que esta interpretación no se aplica en absoluto a las relaciones patrimoniales, en las que la opción del legislador es precisamente la primera: el libre desarrollo de la personalidad consiste en poder comprometerse, y en quedar vinculado legalmente por los compromisos libremente asumidos. A esto me gustaría añadir que tampoco se aplica a las relaciones paterno-filiales derivadas de la voluntad, y no de la biología: me refiero aquí a la adopción y a la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida con gametos de donante; en ambos casos, el vínculo de filiación se crea a partir de la voluntad de quien va a ser legalmente padre (y en el caso de la adopción, mediante resolución judicial), pero esa misma voluntad no puede deshacer el vínculo de filiación que contribuyó a crear, para dejar de ser legalmente padre al amparo del principio de libre desarrollo de la personalidad.

2. LA CORRECCIÓN O INAPLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR EL LEGISLADOR ORDINARIO

En segundo lugar, ha habido algunos casos, al menos en mi opinión, en los que el legislador ordinario ha corregido la Constitución, y esa corrección ha sido avalada por el Tribunal Constitucional:

2.1. El anonimato del donante de gametos en la legislación sobre técnicas de reproducción asistida

El primero de tales casos es la regulación del anonimato del donante de gametos en la legislación sobre técnicas de reproducción

asistida (art. 5.5 LTRHA), que contrasta con la clara dicción del art. 39.2 *in fine* CE, conforme al cual "la ley posibilitará la investigación de la paternidad". Esta previsión de la LTRHA supone una fortísima limitación de la investigación de la paternidad (o, menos habitualmente, de la maternidad): parece claro que en este caso la ley no solo no posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, sino que la impide. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 116/1999, consideró constitucional el anonimato del donante de gametos, prescindiendo aquí, sin demasiados argumentos, de la clara dicción del citado art. 39.2 CE, y admitiendo, sin justificación bastante en mi opinión, una evidente limitación a la investigación de la paternidad o maternidad. Es verdad que el supuesto objeto de regulación (utilización de gametos de donante en técnicas de reproducción asistida) es cuantitativamente poco importante, pero también es claro que el legislador ordinario ha decidido obviar la regla constitucional para favorecer el empleo de las técnicas de reproducción asistida, como afirma en su sentencia el propio Tribunal Constitucional (12).

2.2. El matrimonio entre personas del mismo sexo

El segundo caso al que quiero referirme es el del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, introducido en nuestro Ordenamiento mediante la ley 13/2005 de 1 de julio. También aquí, en mi opinión, el legislador ordinario ha modificado materialmente (no formalmente) la Constitución, mediante el expediente de cambiar el significado legal del término matrimonio, lo que tiene como efecto cambiar el sentido del precepto constitucional afectado (el art. 32 CE, que es el referido al derecho a contraer matrimonio) (13). El tribunal Constitucional, amparándose en la llamada "*interpretación evolutiva*" de la Constitución, ha avalado la constitucionalidad de este cambio en la discutible sentencia 198/2012, de 6 de noviem-

(12) Todo ello ha merecido el respaldo del Tribunal Constitucional en la citada sentencia, arguyendo que el anonimato no es total, ya que excepcionalmente se podrá revelar la identidad del donante, así como que esta previsión legal puede contribuir a favorecer el acceso a las técnicas de reproducción asistida (Fundamento Jurídico 16), tal y como se indica en el texto.

(13) Sobre la relación entre matrimonio entre personas del mismo sexo y Constitución, con exposición por extenso de los argumentos conducentes a considerarlo inconstitucional, véase C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE y P. DE PABLO CONTRERAS, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid, Rialp, 2007.

bre(14), que ha sido acompañada por varios votos particulares, y ha ofrecido un nuevo concepto de matrimonio, como ya he indicado más arriba: a mi modo de ver, a través de la ley impugnada, y de la sentencia que respalda su constitucionalidad, se ha producido una cripto-reforma del texto constitucional (del art. 32) que el Tribunal Constitucional ha dado por buena.

2.3. La interpretación evolutiva de la Constitución

Precisamente la sentencia del Tribunal Constitucional que acabo de mencionar me permite desembocar en el tercer aspecto de la incidencia de los cambios del Derecho de Familia en la Constitución que quiero resaltar, y que es el que tiene mayor alcance y relevancia más general, porque va mucho más allá del Derecho de familia. Me refiero a la introducción en dicha sentencia de la "interpretación evolutiva" de la Constitución, como mecanismo de adaptación de la Constitución a las cambiantes circunstancias sociales (desplazando, por tanto, a los mecanismos de reforma constitucional previstos en la propia Constitución). No es el momento de entrar en este concepto, lo que excedería de la finalidad de estas páginas. Sí puede serlo de recordar que la interpretación fundada en la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas (art. 3.1 Cc) –que es el criterio al que recurre Tribunal Constitucional en dicha sentencia, al apoyar su decisión en el cambio producido en la percepción social de la imagen del matrimonio– tiene unos límites claros, que son el mantenimiento del sentido práctico esencial de la norma(15); más allá de tales límites no estamos ante una verdadera interpretación de la norma constitucional, sino ante una corrección o, en su caso, una derogación. En mi opinión, cambiar el significado del término matrimonio, eliminando un elemento que ha caracterizado dicha institución *semper et ubique* hasta hace pocos años, ciertamente va más allá de lo que es mera interpretación, y entra de lleno en lo que es corrección. Como he apuntado más arriba, la definitiva consolidación de este criterio de interpretación podría hacer inútiles los

(14) Para una justificación de la calificación como discutible de la sentencia citada en el texto, y en general sobre la misma sentencia, véase C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 (matrimonio entre personas del mismo sexo)" *cit.*

(15) *Ad rem, in tempore non suspecto*, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El criterio de la realidad social en la interpretación de las normas jurídicas", *ADC* 1985-1, p. 217.

mecanismos de reforma constitucional contenidos en la propia Carta Magna, que son, por previsión de la misma Constitución, el cauce adecuado para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias.

LA IGUALDAD ANTE LA LEY DE LOS HIJOS CON INDEPENDENCIA DE SU FILIACIÓN EN EL DERECHO DE SUCESIONES (1)

Manuel Espejo Lerdo de Tejada
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN
- II. LEGÍTIMA Y ADOPCIÓN
- III. LA INTERPRETACIÓN, BAJO LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN, DE TESTAMENTOS PRECONSTITUCIONALES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD
- IV. ¿RETROACTIVIDAD DE LA IGUALDAD SUCESORIA COMO CONSECUENCIA DE UNA ACTUAL DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN?

(1) El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Sujetos e instrumentos del tráfico privado (VII): Mercado inmobiliario y crisis económica" (DER 2015-66043-P), y de la Red de Excelencia "Registro, mercado crediticio y crisis económica" (DER16-81966-RED) financiados por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España, y del Grupo de Investigación SEJ584: "Sociedad, Mercado y Derecho".

I. PRESENTACIÓN

Cuando me ocupé por primera vez de estudiar la aplicación del principio constitucional de igualdad al Derecho de sucesiones, la Constitución ya había cumplido algunos años, y los criterios básicos para dicha aplicación se encontraban suficientemente asentados en la práctica jurisprudencial, aunque subsistían muchos puntos dudosos y difíciles. No pretendo ahora al cabo de los años hacer una historia completa de la riquísima casuística que se ha manifestado en la jurisprudencia a lo largo de los años, que el lector interesado puede seguir en parte en obras que ya he publicado⁽²⁾, sino centrarme en algunos de los supuestos que me parece que tienen manifestaciones jurisprudenciales más recientes y cuyas soluciones veo peor orientadas.

Me gustaría comenzar recordando el título de un conocido estudio de D. Amadeo de Fuenmayor, publicado en el *Anuario de Derecho Civil* en homenaje a D. Federico de Castro, "alcance del principio

(2) El hecho de haberme ocupado en tantas ocasiones de la cuestión me exime de referirme exhaustivamente a la doctrina y la jurisprudencia que ya haya citado y estudiado. De hecho en estas páginas intento realizar referencias a resoluciones judiciales de un modo muy selectivo. Para más información y para un desarrollo más amplio de las ideas que aquí expreso, me remito a mis siguientes trabajos: ESPEJO LERDO DE TEJADA: "Reforma constitucional de la legítima y problemas de Derecho transitorio", *Boletín de Información Ministerio de Justicia e Interior*, Información General, 1995, pp. 3913-3949. Después he vuelto sobre el tema en diversas ocasiones, entre otras citaré las siguientes: *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996; "Reforma constitucional de la filiación, preterición y problemas de Derecho Transitorio. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995", *Anuario de Derecho Civil*, 1997, pp. 377-412; "Efectos de la determinación de la filiación no matrimonial sobre la sucesión del progenitor fallecido antes de la Constitución del 78. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2005 (RJ 2005/2389)", *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 16, 2006, pp. 381-397; "Interpretación del testamento y principio constitucional de igualdad. Consideraciones acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril de 2010 (BOE núm. 129, de 27 de mayo de 2010)", *Derecho Privado y Constitución*, nº 25, 2011, pp. 229-260; "La sustitución fideicomisaria y la aplicación imperativa del principio constitucional de igualdad: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2013 (RJ 2013, 7414)", *Revista de derecho patrimonial*, nº 35, 2014, pp. 449-471; y "Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril de 2010 (testador y principios constitucionales)", en *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil* (coord. Martínez Vázquez de Castro/ Escribano Tortajada), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 621-664.

constitucional de igualdad” (3). Tomando pie de esta frase, se puede decir todavía que lo importante de este principio, en la faceta que en este trabajo nos afecta, es determinar su alcance: a qué se extiende y a qué no llega; por eso quiero poner de manifiesto algunos casos en que actualmente se pretende extender su ámbito de aplicación objetivo o temporal de un modo que considero indebido por las razones que detallaré. Se lograría, si triunfara la pretensión extensiva que critico, restringir la libertad dispositiva del causante; lo que algunos, paradójicamente, hacen compatible con una propuesta de reducción de las legítimas para aumentar esa misma libertad. Nada parece importar la contradicción.

Yo, que soy un defensor de las legítimas, entiendo que no cabe extender la igualdad más allá de lo que las normas prevén. Por eso partiré de las normas y de la *ratio* que las inspira, aunque tampoco renuncio a ponderarlas críticamente. Llegaré así a resultados que pueden quizá desconcertar pero que entiendo rigurosamente fundados en el ordenamiento; es decir en las decisiones concretas que sobre estas cuestiones ha tomado el legislador.

Me centraré sobre todo en algunos asuntos en los que se han producido significativos e inexplicados cambios de criterio de la jurisprudencia constitucional y civil; y en los que se han formulado también conceptos imprecisos por la doctrina o por la propia jurisprudencia. Cabría decir que este fenómeno que pretendo exponer está también influenciado de un modo difuso por los pronunciamientos no siempre correctos, ni claros, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que a veces parten de un conocimiento superficial de las instituciones sucesorias; en concreto, considero que esa influencia se produce porque a ningún órgano le agrada verse desautorizado nada menos que por la violación de los Derechos Humanos.

Cabría resumir mi postura en tres proposiciones que no concitan hoy un absoluto consenso jurisprudencial o doctrinal, pero que en algún momento del pasado sí eran seguras. Las tres afirmaciones cuya corrección quisiera reafirmar son:

a) La equiparación de la filiación adoptiva con la filiación por naturaleza no está impuesta por la CE, que ni siquiera se refiere a la adopción, sino que es un criterio de la ley ordinaria y, por tanto, se encuentra fuera del contenido constitucional del principio de igualdad. Por ese motivo, según la ley vigente subsisten, y pueden existir, como meras figuras de derecho transitorio, modos de adopción de

(3) *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1327 y ss.

efectos débiles y diferentes a los que produce la filiación; por consiguiente, respecto a estas formas no se debe predicar la igualdad a efectos sucesorios con la filiación por naturaleza como en ocasiones la práctica judicial está haciendo. Hay, pues, una divergencia entre cierta jurisprudencia y la norma aplicable, constitucional y ordinaria, en cuanto a cómo entender el alcance del principio constitucional de igualdad que es interesante considerar.

b) La igualdad constitucional en el tratamiento de las diversas formas de filiación se impone al legislador y a los poderes públicos, tal como resultaría literalmente del propio art. 39.2 CE que se refiere a la igualdad "ante la ley"; y, por tanto, el órgano público, jurisdiccional o registral, que debe conocer o inscribir un testamento preconstitucional y debe resolver sobre la interpretación de sus cláusulas no queda condicionado por dicho principio como si el mismo tuviera una función hermenéutica de las declaraciones de voluntad. Por el contrario, el criterio básico para la determinación del sentido del testamento es la averiguación de la voluntad testamentaria. En este caso la práctica jurisprudencial que ha ampliado el alcance del principio de igualdad se ha ceñido hasta ahora a los testamentos anteriores a la CE que contienen sustituciones fideicomisarias, pero las ideas que se han formulado sobre el problema tendrían quizá también aplicación a los testamentos postconstitucionales, lo cual hace mucho más importante tener criterio claro, porque en realidad nos estamos jugando la introducción de nuevas restricciones a la libertad de disponer, lo que potencialmente, además, generaría mucha litigiosidad.

c) Finalmente, el principio constitucional de igualdad en la filiación juega solamente en las sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de la CE y debe excluirse cualquier clase de aplicación retroactiva del mismo. Es perfectamente comprensible que la aplicación retroactiva sería muy interesante desde el punto de vista patrimonial para los sujetos afectados por una filiación no matrimonial, en cuanto pudieran acreditar derecho a las sucesiones abiertas antes de la CE, y, por consiguiente, que exista una tendencia a litigar por esta causa. En cambio resulta menos comprensible que ciertas voces y opiniones doctrinales y jurisprudenciales quieran propiciar estos litigios, o, sin quererlo directamente, los puedan provocar con sus ideas, cuando las normas vigentes han cerrado conscientemente la posibilidad de que el principio de igualdad alcance a las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la CE.

Analizaremos las tres cuestiones en sus manifestaciones más recientes. Antes de hacerlo, quiero hacer una advertencia: los tres temas que analizaré ofrecen en la práctica un diverso grado de importancia, en el sentido siguiente; en el primer tema, existe una tendencia judicial interpretativa que es equivocada, a mi juicio, en el sentido de que supone ignorar la opción deliberada de la ley, pero afecta a casos relativamente circunscritos y residuales (adopciones de efectos débiles que ya sólo existen como figuras de derecho transitorio), y no tiene posibilidad real de expansión a nuevas hipótesis; en el segundo tema, la doctrina jurisprudencial que abordaré también la estimo incorrecta, y asimismo se refiere por ahora a supuestos muy concretos y delimitados (cláusulas que diferencian entre diversos tipos de hijos en sustituciones fideicomisarias establecidas en testamentos preconstitucionales), pero como ya he dicho sí existe una potencialidad expansiva de esta doctrina, que podría pretender limitar el ejercicio de la libertad de disposición en testamento o mediante donaciones, ignorando que el principio de igualdad ha quedado constitucionalmente circunscrito a la igualdad ante la ley; en el tercer tema, la aplicación jurisprudencial de las ideas sobre la retroactividad no ha llevado a consecuencias prácticas incorrectas, al menos de manera evidente, si bien la imprecisión de algún concepto que se ha manejado, la existencia de algunos votos particulares discrepantes, y un clima doctrinal algo confuso, si bien muy minoritario en estos momentos, nos sitúa ante un riesgo muy peligroso aunque sea sólo potencial; en concreto, en mi opinión, abrir la puerta a la retroactividad resultaría enormemente lesivo para la seguridad jurídica, y supone ignorar tanto la deliberada decisión de la CE de no considerarse retroactiva, cuanto, más en concreto, la expresa decisión del legislador, que tampoco lo ha pretendido ser.

En los tres casos hay, pienso, materia suficiente para que intentemos clarificar, a la luz del ordenamiento, al menos como entiendo que se debe interpretar, lo que se presenta confuso o dudoso en la práctica. Naturalmente, las soluciones constitucionales o legales pueden parecer criticables a algunos, aunque no sea nuestro caso, y naturalmente pudieran haber sido otras; pero lo que no nos parece correcto es intentar imponer las soluciones que se consideran preferibles, ignorando el sistema de fuentes del Derecho.

II. LEGÍTIMA Y ADOPCIÓN

En la legalidad vigente los derechos sucesorios que produce el parentesco por adopción no se diferencian de los generados por la

filiación por naturaleza, pero no siempre ha sido así en nuestro sistema. En lo que se refiere a la entonces llamada adopción plena, la equiparación legal con la filiación legítima es previa a la propia CE. Por eso, la igualdad entre la adopción y la filiación por naturaleza no estaba en la mente de la CE. A mi juicio se trata de un acierto de la Carta Magna porque el alcance y los efectos de las formas jurídicas que imitan artificialmente la filiación deben estar disponibles para el legislador, que es quien debe decidir en qué condiciones y con qué requisitos cabe establecer mediante la adopción un vínculo de filiación definitivo, exclusivo y, en definitiva, homologable en sus efectos a la filiación por naturaleza; y, cuándo, por el contrario no será así.

De hecho el legislador civil se ha contentado históricamente con regular instituciones de protección o asistencia de menores que imitan la filiación por naturaleza con un parecido menos perfecto a su modelo: así ha sucedido en una época, con la adopción en general (hasta el año 1958); y, después, con las figuras de la adopción simple y de la adopción menos plena.

Y naturalmente aunque el ordenamiento introduzca una relación de filiación adoptiva equiparada a la natural (como sucede en nuestro Derecho desde el año 1970), siempre quedarán al margen otros supuestos de protección o asistencia de los menores por los adultos, que resultarán de geometría variable en cuanto a sus efectos. Así sucede todavía hoy en las diversas formas de acogimiento o cuando proceda la tutela de menores o la guarda de hecho. También estamos ante algo parecido, pero con escasa institucionalización, en el caso de las rupturas de los progenitores del menor, si este último pasa a convivir con su padre o su madre y un nuevo adulto. En todos estos casos los vínculos que el adulto no progenitor establece con el menor ni son definitivos, ni son excluyentes de la filiación por naturaleza; asimismo los eventuales derechos sucesorios que puedan establecerse entre los sujetos concernidos, dependerán de la voluntad de las personas implicadas en esas relaciones. Me parece que en una materia como esta no es sencillo hacer jugar la igualdad, porque se parte de situaciones fácticas muy diversas que también se plasman en instituciones de eficacia muy diferente.

En este sentido, toda filiación biológica ofrece una base "natural" que explica la igualdad de efectos entre sus diversas clases, y esta sería la perspectiva constitucional del art. 14 CE que impide la discriminación por "nacimiento". En cambio, la adopción es una institución que no deriva del nacimiento del adoptante, sino que más bien es creada "artificialmente" por el legislador, y produce un vínculo,

que puede ser filiatorio o no según se configure normativamente. Ni siquiera es necesario, desde el punto de vista constitucional, que exista una regulación legal de la adopción; y, en cualquier caso, la CE no impone al legislador unos determinados efectos a la misma. De hecho la adopción no está contemplada en absoluto por la CE y, por tanto, no existe un contenido de la misma que sea intangible para el legislador ordinario, a diferencia de lo que ocurre con la filiación por naturaleza. En particular, esto significa que la norma suprema no impone que la adopción deba generar un vínculo de filiación; que este vínculo se produzca es una decisión del legislador y también lo son los efectos que la adopción implique.

Por otra parte, la ley dispone que para constituir la adopción se requiere del consentimiento de determinadas personas, por lo que es razonable que la ley pueda decidir que los efectos, por ejemplo sucesorios, que se deriven de ella, dependan de esa voluntad, como ha sucedido en nuestra legislación durante mucho tiempo. Y tampoco es difícil aceptar que, en la medida en que ello fuera así, las reformas legales de la adopción que modifiquen sus efectos institucionales, pueden respetar el régimen de las adopciones ya establecidas, aunque el legislador viniera a equiparar las nuevas adopciones a la filiación por naturaleza. También es razonable que la adaptación o no a la nueva ley de las adopciones ya existentes quede a la libre voluntad de los adoptantes; así también lo ha dispuesto la ley, de modo que si subsisten hoy adopciones con efectos débiles en buena medida es porque así lo han deseado los adoptantes.

Es decir, el legislador puede, teniendo en cuenta que las adopciones reguladas en el Código Civil en el transcurso de su dilatada vigencia son instituciones muy diferentes entre sí, considerar que la nueva normativa no se pueda aplicar a las adopciones ya constituidas. En concreto, así lo ha dispuesto el legislador postconstitucional, de modo que, en no pocos casos, todavía hoy la sucesión del adoptado se regula por los términos del título constitutivo de la adopción; así en las adopciones simples y menos plena, incluyendo como tales la única forma de adopción que era posible constituir conforme a la regulación originaria del Código Civil.

En cualquier caso, se piense lo que se pensara acerca del criterio legal preferible para resolver estas cuestiones, que yo entiendo que es el expuesto, no es dudoso que nuestro Tribunal Constitucional se pronunció con rotundidad en que esta solución legal es perfectamente conforme con la CE. Así la STC 33/1983, 4 mayo (RTC 1983/33) dice que: *"los regímenes de la adopción plena y de la adopción simple son distintos, de ellos nacen efectos de desigual contenido para*

los adoptados, sin que estos regímenes distintos sean atentatorios a la igualdad que proclama –como derecho susceptible de protección por la vía del amparo constitucional– el art. 14 de la Constitución, pues para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable y aquí, en cuanto son distintas las figuras, el dotar de un mayor contenido a la adopción plena y equipararla a la filiación por naturaleza, no significa para los adoptados de forma simple una discriminación”(4).

Y la STC 200/2001, 4 octubre (RTC 2001\200), afirmó en la misma línea de interpretación que *"El art. 39 CE no ofrece dato alguno que permita suponer incluidos a los adoptivos en su enunciado, en el sentido de hacer ilícita cualquier diferenciación de trato entre éstos y los hijos biológicos"*.

Esta es también la doctrina que pudiéramos llamar clásica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quien en la STS 18 septiembre 2006 (RJ 2006\6547) afirmó: *"la extensión del principio de identidad de filiación a los hijos adoptivos no es consustancial al principio de no discriminación por razones de filiación, pero implica la introducción por el legislador de un criterio de igualdad que coloca la situación de éstos bajo la cobertura del principio de igualdad en la aplicación de la Ley"*.

Pero en esta materia se ha producido una de esas modificaciones radicales de criterio que resultan inexplicadas por la propia jurisprudencia(5), y que a mi parecer introduce judicialmente un factor de igualdad que no ha sido tomado en consideración ni por la CE ni por nuestro legislador, además de que también contradice directamente las normas transitorias de nuestro ordenamiento, promulgadas tras la entrada en vigor de la CE y cuya constitucionalidad nunca se ha declarado; con lo cual esta dirección jurisprudencial ha introducido una indeseable inseguridad en la solución de algunos casos que pueden ser numerosos. Han sido la STC 9/2010, 27 abril (RTC 2010/9), en un recurso de amparo, es decir, sin que se valorara la constitucionalidad de ninguna norma, y la STS 1 marzo 2013 (RJ 2013/7414) las que han sostenido con más claridad que el principio

(4) Vid. sobre esto VERDERA SERVER, "Adopción y principio de igualdad (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)", *Derecho Privado y Constitución*, nº. 13, 1999, pp. 335 y ss.

(5) Modificación de criterio que, paradójicamente contradice la igualdad en la aplicación de la ley, según es común explicar este principio: cfr. STC núm. 200/1990 de 10 diciembre (RTC 1990\200) y STC núm. 141/1994 de 9 mayo (RTC 1994\141)

constitucional de igualdad exige la equiparación de la adopción con la filiación por naturaleza (aunque no se refiere ninguna de ella a los efectos sucesorios legales de la adopción, sino a una determinadas cláusulas testamentarias, como veremos en el apartado siguiente).

En la práctica de las Audiencias Provinciales, y ocasionalmente en la del propio Tribunal Supremo, hoy en día se plantea con frecuencia la sucesión en que están presentes personas adoptadas bajo regímenes cuyos efectos subsisten en virtud de las normas transitorias; y es natural que esta nueva línea de interpretación suscite muchas dudas, no solo sobre si opera o no la equiparación de los adoptados con los hijos por naturaleza, sino, supuesto que no, cuál es la norma sucesoria aplicable; o también si los adoptados suceden o no a su familia de origen y si suceden o no a su familia de adopción.

Veamos brevemente los diversos efectos derivados de la adopción en las sucesivas normas de reforma que la han afectado, así como los criterios de derecho transitorio:

a) Los derechos sucesorios en la adopción se encontraban contemplados en la primitiva redacción del art. 177 CC (vigente hasta el año 1958) del siguiente modo: el adoptado no adquiría derecho a heredar al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se hubiera éste obligado a instituirle heredero. En cambio, el adoptado conservaba los derechos que le correspondían en su familia natural. Por su parte el adoptante no adquiría ningún derecho a heredar al adoptado.

b) La reforma de la adopción en el año 1958 distinguió dos formas de adopción: la plena y la menos plena. El art. 179 CC otorgaba al adoptado en forma plena una posición sucesoria forzosa similar a la del hijo natural reconocido; mientras que el adoptado en forma menos plena, según el art. 180 CC, *"sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción"*. La Ley no reguló el Derecho transitorio, pero la Jurisprudencia entendió que el adoptado con anterioridad a la reforma no pasaba a ostentar derechos sucesorios legales, sino sólo tendría los derechos concedidos en la escritura de adopción al amparo del originario art. 177 CC(6).

c) La reforma del Código Civil por la Ley de 4 julio 1970 mantuvo dos tipos diferentes de adopción cuyos efectos sucesorios en la herencia del adoptante se equipararon a los de los hijos legítimos,

(6) SSSTS 30 mayo 1978 [RJ 1978/1953], 3 marzo 1988 [RJ 1988/1549], 17 junio 1988 [RJ 1988/5113] y RDGRN 16 junio 1979 [RJ 1979/2593].

en el caso de la adopción plena (arts. 176 y 179 CC), y a los de los naturales reconocidos, en el caso de la adopción simple (art. 180 CC). La reforma de 1970 en su DT dispuso: *"las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones siempre que concurren los requisitos y formalidades en la misma exigidos, pudiendo en tal caso quedar sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado"*. Esta norma considera posible que la adopción no se acomodara al nuevo Derecho, como ha así ha sucedido en la práctica en muchos casos; y entonces la sucesión se seguiría rigiendo por la normativa anterior y, en consecuencia, el adoptado sólo acreditaría los derechos reconocidos en el pacto sucesorio(7).

d) En el año 1981 se reformó el art. 180.3 y 4 CC, referido a la adopción simple y pasó a disponer, aceptando explícitamente que la igualdad constitucional no tenía nada que decir en esta materia, y retrocediendo también en la equiparación legal de los efectos de la adopción simple: *"Adoptado y adoptante carecen entre sí de derechos legitimarios y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas. En la sucesión intestada, el hijo adoptivo o sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales. En su caso, el hijo adoptivo o sus descendientes excluyen al adoptante o adoptantes"*.

e) No es hasta la reforma del Código civil en 1987 cuando desaparecieron de nuestro Derecho vigente las dos formas de adopción, con la supresión de la adopción simple, y se equipararon los derechos sucesorios del adoptado, en el único tipo ahora existente, con los de los hijos por naturaleza. Ahora bien, la DT 2ª de la Ley de reforma se refiere a la suerte de los adoptados en forma simple o menos plena, diciendo que *"Las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma"*. A mi juicio, el criterio legal es explicable teniendo en cuenta que los efectos débiles de esas adopciones derivaban de la normativa conforme a la que se constituyeron; y que la misma dejaba margen a la voluntad para separarse de ella, optando por una forma de adopción con mayores efectos o estableciéndolos voluntariamente en cuanto a la sucesión, de modo que si no se establecie-

(7) Así, también, STS 5 octubre 1991 [RJ 1991/6889], pero en contra STS 27 septiembre 2000 (RJ 2000\7532).

ron derechos sucesorios fue porque el adoptante no quiso; así las cosas, resulta razonable mantener los efectos de esa decisión y no imponer unos efectos indeseados. Si es que se quieren estos otros efectos, existe la posibilidad de acomodar la adopción a la nueva ley o de utilizar el testamento para mejorar la posición del adoptado.

Parece enteramente correcta, a tenor de todo lo anterior y, en especial, de la existencia de esta norma de derecho transitorio acabada de citar, la solución sostenida por la STS 27 marzo 2000 (RJ 2000/1781) según la cual el adoptado en forma menos plena sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción(8); sin que la STS se plantee, porque en efecto a mi juicio no procede hacerlo, duda alguna de constitucionalidad. Han seguido después esta interpretación las SSAP Jaén 10 diciembre 2001 (AC 2001\2353); La Coruña 21 diciembre 2001 (JUR 2002\68731) y Lugo 10 enero 2007 (JUR 2007\133385)(9).

Pero, en contra de la literalidad de la norma vigente de derecho transitorio, que como hemos visto deja subsistentes los efec-

(8) "En la adopción menos plena (como es la que aquí nos ocupa, según hemos razonado en el Fundamento jurídico anterior de esta resolución), según establecía el párrafo 3º del artículo 180 del Código Civil (en su redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958, que es la aquí aplicable, según ya tenemos dicho), el adoptado, como tal, sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, y aparece plenamente probado que en la escritura pública de adopción a la que se refiere este litigio, de fecha 1 de octubre de 1964 (cuyas cláusulas han sido literal e íntegramente transcritas en el apartado Segundo del Fundamento jurídico primero de esta resolución), no se pactó expresamente en favor de la adoptada absolutamente ningún derecho en la herencia de los adoptantes". Además, en el caso, los respectivos testamentos de los cónyuges adoptantes excluían expresamente de la sucesión a la adoptada. Las cláusulas testamentarias eran muy expresivas; uno de los testamentos decía: "Revoca y anula cualquier otra disposición testamentaria que hubiere otorgado con anterioridad a la presente, y deshereda total y absolutamente de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, a su hija adoptiva María Jesús B. I. nacida María Jesús U. E., mayor de edad, natural de Cirauqui (Navarra), hija legítima de don Julián y doña Prudencia y casada con don Miguel A. O." Y el otro: "Aunque la testadora tiene el convencimiento de que la adopción de la hija doña María Jesús B. es menos plena y de que dicha hija no tiene por tanto la condición de heredera forzosa, la deshereda y priva de cualesquiera derechos que pudieran corresponderle en la herencia de la otorgante, si es que alguno le pertenece".

(9) Y, en otro orden de cosas como es la pensión de orfandad, también tiene clara la vigencia de esa norma de Derecho transitorio la muy reciente SAN 22 marzo 2018 (JUR 2018\102107).

tos débiles de estas adopciones "residuales", se fue abriendo paso una opinión contraria en otras Audiencias Provinciales(10). Y, finalmente, el propio Tribunal Supremo, en la STS 8 octubre 2010 (RJ 2010/7449), relativa a una adopción simple, ha sostenido, sin ofrecer argumentos acerca de las razones que sustentan su cambio de opinión, la completa equiparación de estos adoptados con los hijos por naturaleza, y ha omitido analizar el contenido de la vigente DT 2ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, obviamente contrario a ese criterio, pese a que su inaplicación había sido denunciada en el recurso de casación(11).

Me parece que estas últimas resoluciones judiciales imponen soluciones *contra legem*, esto es, una interpretación abrogatoria de la ley (de esta última DT), que está excluida de nuestro sistema. No se pueden justificar en la existencia de una jurisprudencia constitucional, porque ya hemos expuesto que sobre este tema las resoluciones del TC validaron la opción legal; y la posterior STC que sostiene un criterio contrario no examinó directamente esa misma cuestión. Tampoco se pueden acoger a la posibilidad, que brinda el art. 5.1. LOPJ, de interpretar el precepto implicado "*conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional*". Lo procedente hubiera sido que, si se dudaba de la constitucionalidad de esa disposición transitoria, se hubiera planteado una cuestión de inconstitucionalidad (cfr. art. 5.2 LOPJ); ello hubiera resultado inexcusable, porque la norma cuestionada no se puede interpretar de modo conforme a la CE, tal como permite el art. 5.3 LOPJ, si no es abrogándola. En consecuencia, me parece que obedecen estas resoluciones a una consideración muy superficial de la cuestión controvertida en todas las facetas implicadas: el alcance del principio constitucional de igualdad; el significado histórico y jurídico de las adopciones de efectos débiles tal como las ha contemplado el legislador sucesivamente; y el propio criterio legal de derecho transitorio que resulta vigente en la actualidad.

(10) SSAP Asturias 25 febrero 1998 (AC 1998\3514) y 19 octubre 2001 (JUR 2002\16403); Burgos 11 diciembre 2006 (AC 2007\1050); 12 septiembre 2008 (JUR 2009\124143) y 18 noviembre 2008 (JUR 2009\334146); o Las Palmas 31 julio 2007 (JUR 2007\2729).

(11) Únicamente se dice en la STS: "Conforme a la disposición transitoria transcrita, la adopción simple subsiste, la actora era hija de los causantes y, por el principio de igualdad ante la ley, se produjo su preterición intencional y se estimó su demanda parcialmente". También la STS 1 marzo 2013 (RJ 2013/7414) desdeña entrar en el análisis de la similar alegación en casación de esa DT.

Para colmo de la confusión que reina en esta materia, la más reciente SAP Valencia 30 abril 2015 (AC 2015\930) dice correctamente (siempre a mi juicio) que la adoptada de modo menos pleno conserva sus derechos sucesorios en su familia biológica; pero, en cambio, en contradicción con ello, el AAP Soria 20 julio 2011 (AC 2011\2096) estima que la familia biológica no los ostenta respecto de tal adoptada; finalmente, la SAP Toledo 30 octubre 2006 (JUR 2006\285250), afirma que el adoptado menos pleno no tiene parentesco con la familia de los adoptantes. Soluciones divergentes y contradictorias entre sí que generan una importante inseguridad.

Por tanto entiendo que se puede concluir este apartado del siguiente modo: a) la equiparación de la adopción con la filiación por naturaleza no está impuesta por la CE, y esta afirmación, que ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional, se debiera seguir manteniendo; b) según la ley vigente subsisten, como meras figuras de derecho transitorio, modos de adopción de efectos débiles; y por consiguiente, respecto a estas formas no se debe predicar la igualdad a efectos sucesorios con la filiación por naturaleza.

Entender otra cosa supone una distorsión del verdadero alcance del principio constitucional de igualdad e ignorar cuál ha sido el criterio legal de derecho transitorio aplicable a las adopciones de efectos débiles.

III. LA INTERPRETACIÓN, BAJO LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN, DE TESTAMENTOS PRECONSTITUCIONALES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Se ha ido extendiendo en la Jurisprudencia la idea de que el principio de igualdad de la filiación implica la necesidad de corregir el testamento preconstitucional, cuyos efectos se deban ejecutar hoy, cuando una cláusula del mismo formulada de modo abstracto establezca diferencias entre los hijos, por razón de nacimiento, o entre los hijos por naturaleza y los adoptados. A mi juicio, en cambio, una cosa es que la igualdad constitucional se imponga al legislador, y otra que afecte al testador o limite, en general, la libertad testamentaria, aunque fuera en estos últimos casos constriñendo la interpretación que deba realizar un órgano jurisdiccional o administrativo. De nuevo, pues, estamos ante una extensión indebida del alcance del principio constitucional de igualdad que es, en la literalidad del art. 39.2 CE, "igualdad ante la ley". A mi juicio se debe ser muy cuidadoso porque esta extensión horizontal del principio de igualdad

restringe indebidamente la libertad dispositiva y puede propiciar soluciones muy inconvenientes.

El caso típico en que esto se ha planteado se refiere a la sustitución fideicomisaria sometida a la condición *si sine liberis decesseris*, en cuya formulación aparezcan términos tales como "hijos legítimos", o "hijos de canónico matrimonio", y se suscita la cuestión acerca de si esas expresiones excluyen o no, en cuanto se deban interpretar y aplicar, vigente ya la CE, a los hijos ilegítimos o a los adoptivos.

A partir de una STC(12) tanto en la jurisprudencia del TS como en la doctrina de la DGRN(13) se ha terminado por aceptar que una interpretación del testamento que mantuviera que los hijos adoptivos o extramatrimoniales o adoptivos no pueden ser considerados hijos a efectos de la aplicación de dicha cláusula, supondría una discriminación por razón de nacimiento no justificada, que vulnera los arts. 14 y 39.2 CE. En definitiva la locución "hijos legítimos" empleada por el testador debe entenderse conforme a los principios constitucionales; y no literalmente.

Me parece que esta doctrina resulta incompatible con las reglas de la interpretación del testamento, ya que prescinde por completo de los argumentos extraídos de la voluntad del testador, y llega por vía hermenéutica a una limitación injustificada de su libertad testamentaria, que se funda exclusivamente en los valores y criterios del intérprete y no en una norma imperativa.

Pero, se ha dicho efectivamente, que: *"los órganos judiciales, (...) 'pueden vulnerar el art. 14 CE cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 CE no consiente (por todas, STC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3)' (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8)"*(14).

Debe advertirse que se produce en estas palabras una confusión argumentativa entre los criterios respectivamente aplicables a la

(12) STC 9/2010, 27 abril (RTC 2010/9), FJ 2 c).

(13) STS 1 marzo 2013 (RJ 2013/7414), RDGRN 27 julio 2015 (RJ 2015\4439). También es del mismo criterio la muy reciente SAP Cáceres 1 diciembre 2017 (JUR 2018\27456).

(14) Así STC 9/2010, 27 abril (RTC 2010/9), FJ 3 d).

interpretación de la ley y al testamento, que quizá sea comprensible si se atiende superficialmente al hecho de que las disposiciones testamentarias están formuladas en estos casos de modo abstracto; es decir, sin consideración a personas concretas que tenga ante los ojos el testador. En este último caso, claro, sería más difícil de apreciar la discriminación: el testador habrá dicho que los sustitutos fideicomisarios son María, Pedro y Juan; y no habrá contemplado a Antonio, Sara y Cecilia, pero normalmente no se habría molestado en expresar que la causa de ello es que estos últimos son adoptados o hijos extramatrimoniales.

En cualquier caso, pese a esto, la confusión entendemos que existe porque, contra lo que dice la STC: a) en el caso controvertido no es necesaria la interpretación de norma alguna, sino la aplicación de una cláusula testamentaria; b) el intérprete de esta no tiene como misión "corregir" la voluntad del causante, ni "eliminar" las desigualdades que hayan sido establecidas por el testador, ya que no es su papel analizar el carácter "justificado o injustificado" del resultado a que conduzca la interpretación de la voluntad. Los límites de la autonomía de la voluntad testamentaria solamente son la ley imperativa, la moral y el orden público; y la igualdad propugnada no está exigida por alguno de estos tres conceptos. Además, un pretendido principio de interpretación del testamento más favorable a la igualdad de los descendientes no se encuentra presente en nuestro ordenamiento. Es cierto que en los motivos determinantes de una liberalidad se pueden dar cita lo mejor o lo peor del ser humano, pero en mi opinión no es tarea de la norma ni del intérprete examinar estos motivos ni corregir esa voluntad; entre otras razones porque sería peor el remedio que la enfermedad: ¿se imagina alguien los infinitos litigios a que llegaríamos si admitiéramos con toda normalidad, como una causa de impugnación del testamento, las posibles discriminaciones cometidas por el testador? A estos efectos, pensamos que con la legítima y otras limitaciones legalmente imperativas es suficiente: con ellas ya ha decidido el legislador hasta dónde debe llegar la igualdad y a partir de dónde no es necesaria e impera la libertad de disponer.

También se aprecia esa misma confusión entre la interpretación y aplicación de la ley y la del testamento, cuando se aborda el papel de la interpretación actualizadora según el contexto en que la norma se fuera a aplicar: *"es legítimo presumir que, a menos que en el testamento conste lo contrario de forma inequívoca, no es la voluntad del testador introducir distinciones que resulten contrarias a los fundamentos del sistema jurídico vigente en el momento en*

que se cumple la condición y han de ser ejecutadas las correspondientes disposiciones testamentarias (en este sentido, por ejemplo, Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2006, FJ 4)”(15). Criterio que me parece que solamente es correcto para interpretar la ley, pero no el testamento(16). Pues el testador no puede tener presente el desarrollo futuro del ordenamiento; si acaso será el legislador el que tenga que resolver sobre la eficacia de los testamentos precedentes y, si el legislador impera, de nada servirá que la voluntad testamentaria haya sido una u otra(17); pero si el legislador no dispone nada en este ámbito, achacar la imprevisión al testador me parece cínico; y también parece injustificable obligarle retrospectivamente a haber utilizado ciertas expresiones que hoy nos parecen normales pero hubieran sido entonces anacrónicas(18).

A la vista de lo que era la adopción desde el punto de vista legal en el año 1927 (ni generaba filiación, ni derechos sucesorios, ni se parecía en nada a la filiación legítima), el testador jamás hubiera sospechado que se pudiera entender su testamento como ahora lo entiende la STC(19). Así las cosas, ¿habría de excluir el testador de forma todavía más inequívoca a los descendientes adoptivos como

(15) STC 9/2010, 27 abril (RTC 2010/9), FJ 4.

(16) Pero con razón se ha dicho que el sistema jurídico vigente cuando se cumple la sustitución fideicomisaria es totalmente ajeno “a la voluntad del testador. No cabe presumir nada al respecto, ni a favor ni en contra”: así BERCOVITZ, “Un buen voto particular”, *Aranzadi Civil*, núm. 4/2010 (Tribuna), p. 1 (citamos por la edición electrónica), p. 3. Pero, la STC sigue en esto a la STEDH 13 julio 2004 y la STS 29 septiembre 2006 (TOL1.014.573).

(17) Así lo resolvió, por ejemplo la DT 12ª CC.

(18) HERRERO OVIEDO, “El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación *inter privatos* de los Derechos Fundamentales”, *InDret* 2/2012, p. 12: opina que “el testador no tuvo presente la posibilidad de tener descendencia adoptiva, puesto que, de haberlo hecho, hubiera utilizado la expresión ‘hijos biológicos’ (buscando con ello excluir a los adoptados) o la expresión ‘hijos’ o ‘hijos biológicos y adoptados’ (si lo que pretendía era incluirles a todos)”. Si se considera el contexto normativo y lingüístico de la época, pensamos que la posibilidad de que un testamento de esa fecha pueda contener alguna de estas expresiones es improbable, por lo que exigirlo está falto de realismo y de sentido histórico.

(19) Estamos de acuerdo con LÓPEZ FRÍAS, M. J., *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, Granada, 2004, p. 86: “la solución sobre si los hijos adoptivos se entienden incluidos o no, en una sucesión distinta a la de su adoptante, queda a la estricta voluntad del testador”. Y, en cambio, no nos convence en absoluto, como hemos explicado en otro lugar, la exposición de GÓMEZ CALLE, *El error del testador y el cambio sobrevenido de*

destinatarios de los bienes? Parece una exigencia excesiva. Es problema del legislador definir en qué medida un testamento o sus cláusulas pueden ser válidos.

No me convence la afirmación de que sea perfectamente factible interpretar que la expresión testamentaria "hijos legítimos" incluye a los hijos adoptivos(20). La equivocidad de la expresión "hijos legítimos" no existe y sostenerlo me parece contrario a la lógica. En efecto, el testador ha utilizado términos que tienen un significado inequívoco y preciso en la legislación de la época en que otorgó testamento, que oponía claramente la filiación legítima e ilegítima, por un lado(21); y la figura de la adopción, por otro. Esta última también se opone conceptualmente a la filiación legítima: tan es así que la existencia de filiación legítima impedía la adopción.

En cambio los argumentos del voto particular formulado a la STC 9/2010, 27 abril (RTC 2010/9)(22) me parecen irreprochables y absolutamente convincentes: *"las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE no se proyectan sobre los actos de liberalidad inter vivos o mortis causa"*. De manera que si la interpretación de la voluntad testamentaria *"alcanzase la conclusión de que la misma fue excluir de la herencia a los adoptados (o a cualquier otra categoría de personas), tal consecuencia no entra por sí misma en colisión con el art. 14 CE, pues tanto ese resultado como el contrario son opciones igualmente válidas constitucional y legalmente, acordes con el ejercicio de la libertad de testar, ante las cuales los poderes públicos han de mantenerse neutrales"*.

Se ha dicho autorizadamente que estamos ante un buen voto particular(23), y que, en cambio, la STC llega a una solución escasamente justificada; estamos de acuerdo con esta valoración. Es cierto que varias SSTS y una STEDH sustentan el mismo criterio y han abierto la senda para la decisión que ahora comentamos(24). Y también posteriormente el TS ha conseguido el mismo resultado en

las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento, Madrid, 2007, pp. 398 y ss.

(20) Y, en cambio, eso dice la STC 9/2010, 27 abril 2010 (RTC 2010/9), FJ 4.

(21) Y que son, o eran, también corrientes en el habla (como que sigue apareciendo en el diccionario de la Academia).

(22) Lo formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

(23) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Un buen voto particular", cit.

(24) Se trata de la STEDH 13 julio 2004 (TOL756.545), y las SSTS 28 junio 2002 (TOL178.205), 15 diciembre 2005 (TOL795.308), y 29 septiembre 2006 (TOL1.014.573). Todas ellas, y otras se encuentran expuestas y valoradas por GÓMEZ CALLE, *El error del testador y el cambio sobrevenido de*

la STS 1 marzo 2013, mediante una argumentación diferente(25). No obstante, más que aceptar el argumento de autoridad ante un criterio consolidado en los Tribunales, propongo ponderar las razones jurídicas que sustentan estos pronunciamientos. Y ni las resoluciones acabadas de citar se encuentran suficientemente fundamentadas en las normas, ni resultan convincentes en su solución, por lo que a mi juicio debieran ser rectificadas.

La STC 9/2010, 27 abril (RTC 2010/9), establece unos criterios acerca de la interpretación del testamento que contradicen el respeto a la voluntad del testador, y simplemente llegan a una interpretación más coherente con los valores y principios del intérprete(26). Frente a esta solución, pienso que se debe reafirmar la defensa de la verdadera voluntad del testador tal como se haya manifestado en el testamento, por más que al intérprete le parezca discriminatoria o anacrónica(27). En suma, la igualdad de todos los hijos no cons-

las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento, cit., pp. 372 y ss.

(25) TOL3.954.611.

(26) ABRIL CAMPOY, "La sustitución fideicomisaria y los hijos puestos en condición: ¿aplicación directa de la constitución en el ámbito propio de la autonomía privada?", en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol, I*, Valencia, 2006, p. 30. En cambio, se advierte también el desinterés por la voluntad real en la STS 28 junio 2002 (TOL178.205): "Este problema debe resolverse aplicando, no tanto la interpretación literal del texto de la donación o de la voluntad concorde de las partes en ella intervinientes, sino la interpretación que debe darse al concepto de **hijo**, en el año en que debe aplicarse, 1990, en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria. En tal momento, la legislación vigente es el Código Civil reformado por imperativo de la Constitución de 1978. Así, el artículo 14 consagra el principio de igualdad ante la ley, no permitiendo discriminación **por razón de nacimiento**, lo que reitera el artículo 39 al declarar la protección integral de los hijos, **iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación** y recoge el segundo párrafo del artículo 108 del Código Civil: **la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos...**"

(27) La interpretación de la voluntad de acuerdo con la mente del testador en el momento de otorgar testamento fue defendida por JORDANO BAREA, *El testamento y su interpretación*, en *Escritos Jurídicos*, Volumen I, Sevilla, 2006, p. 381. En el mismo sentido, VAQUER ALOY, *La interpretación del testamento*, Madrid, 2008, p. 68. "de lo que se trata, simplemente, es de descubrir la voluntad, hipotética si se quiere, del causante, no de buscar la justicia material fácil", p. 68; ABRIL CAMPOY, "La sustitución fideicomisaria y los hijos puestos en condición: ¿aplicación directa de la constitución en el ámbito propio de la autonomía privada?", cit., p. 16. Se ha dicho, con acierto, que no se trata de interpretar una norma de acuerdo con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, sino de interpretar la voluntad

tituye un criterio imperativo que el contenido del testamento deba respetar, ni resulta ser un criterio hermenéutico de las declaraciones de voluntad testamentarias.

Este modo más correcto de interpretar el testamento lo encontramos tanto en el voto particular de la STC comentada, como en el siguiente voto particular a la STEDH 13 julio 2004: "*El hecho de que en virtud del Convenio cualquier discriminación entre individuos (por medio, por ejemplo, del establecimiento de distinciones basadas en los vínculos biológicos o adoptivos entre hijos y padres en el ejercicio de los derechos de sucesión) se prohíba a los órganos legislativos o judiciales del Estado no significa que se impida de igual forma a los particulares operar una discriminación haciendo tales distinciones en la transmisión de sus bienes. En principio, debe permitírsele a un testador, en el ejercicio de su derecho de propiedad, escoger a quien lega sus bienes y, por el contenido de su testamento, establecer la diferencia entre sus herederos potenciales, concretamente distinguiendo entre, por un lado, hijos y nietos biológicos y, por otro lado, hijos y nietos adoptivos*".

En la doctrina, a veces se ha dicho que supuestos como el estudiado no plantean un problema de interpretación de la voluntad testamentaria, sino más bien de interpretación integradora, puesto que el hecho de que el fiduciario no tuviera hijos por naturaleza pero sí por adopción constituiría un imprevisto para el testador (28). No lo veo así. El problema se ha resuelto en la interpretación: es verdad que no se menciona en el testamento a los hijos adoptivos,

del testador; y para ello no tiene sentido "conectar dicha intención con una situación jurídica totalmente aleatoria para él" como sería la de la ejecución de la sustitución: BERCOVITZ, "Un buen voto particular", cit., pp. 2-3. También diferencia en esta materia la interpretación legal y la testamentaria: ABRIL CAMPOY, "La sustitución fideicomisaria y los hijos puestos en condición: ¿aplicación directa de la constitución en el ámbito propio de la autonomía privada?", cit., pp. 25-26. De acuerdo también ARROYO I AMAYUELAS/BONDIA GARCÍA, "¿Interpretación del testamento contraria a los derechos humanos? El caso "Pla & Puncernau vs. Andorra" (STEDH, 13 de julio de 2004)", *Derecho Privado y Constitución*, nº 18, 2004, p. 39. En contra, es decir, aceptando la interpretación según los criterios actuales del ordenamiento: SAN SEGUNDO MANUEL, "La sustitución fideicomisaria condicional 'si sine liberis decesserit': los hijos adoptivos como fideicomisarios. La interpretación de las cláusulas fideicomisarias de los testamentos", *RCDI*, nº 695, 2006, pp. 1208-1209.

(28) GÓMEZ CALLE, *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, cit., p. 398; se adhiere a esta opinión: VAQUER ALOY, *La interpretación del testamento*, cit., p. 68; recientemente HERRERO OVIEDO, "El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación *inter privatos* de los Derechos Fundamentales", cit., pp. 11 y ss.

pero tampoco otras posibles hipótesis. Lo único cierto es que, en ausencia de hijos legítimos de los instituidos, como era el caso, la sustitución operaba a favor del hermano superviviente que resultara siguiente en la institución testamentaria. No creo, entonces, que se pudiera hablar de imprevisión del testador(29).

En el desarrollo del apartado pensamos haber demostrado que el principio constitucional de no discriminación no comporta más que igualdad ante la Ley, pero no que se pueda imponer al testador que atribuya bienes y derechos con igualdad. Y esta segunda conclusión debe referirse tanto a un testador actual, como a uno que testara con anterioridad a la CE. Entender una determinada cláusula en un sentido corrector de su letra no es cometido del principio de igualdad, que estaría aquí fuera de su ámbito propio. De momento la interpretación jurisprudencial que he criticado se ha referido a supuestos muy concretos y delimitados (cláusulas que mencionan a un solo tipo de hijos en sustituciones fideicomisarias establecidas en testamentos preconstitucionales), pero las ideas que están en la base de esta solución podrían aplicarse sin mucho esfuerzo al ejercicio de la libertad de disposición en testamento o mediante donaciones, limitándola injustificadamente; de nuevo, pues, resulta probada la conveniencia de haberse ocupado de este aspecto del alcance del principio constitucional de igualdad.

IV. ¿RETROACTIVIDAD DE LA IGUALDAD SUCESORIA COMO CONSECUENCIA DE UNA ACTUAL DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN?

Hemos dicho que el principio constitucional de igualdad en la filiación juega solamente en las sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de la CE y debe excluirse cualquier clase de aplicación retroactiva del mismo a las abiertas antes de dicha entrada en vigor. La cuestión se viene a plantear en los siguientes términos: el parentesco que atribuye el derecho a la legítima debe existir en

(29) En este concreto aspecto se muestra de acuerdo con nuestra opinión, la STS 1 marzo 2013 (TOL3.954.611): "la valoración integradora que se realiza judicialmente vulnera la voluntad realmente querida por el testador atribuyéndole, de forma presuntiva, una disposición testamentaria, de claro contenido abstracto e indeterminado, por la que hipotéticamente se atiende a una mera intención que subyació en la voluntad interna y no declarada del testador de aceptar y adaptar sus disposiciones testamentarias al desenvolvimiento de los cambios sociales, conforme a sus nuevas reglas y principios".

el momento de apertura de la sucesión; no obstante, la determinación de la filiación, incluso tras la apertura de la misma, sí tendría efectos retroactivos (art. 112 CC) y naturalmente obligaría a revisar los efectos de la sucesión si se estuviera a tiempo para ello. Si la filiación fuera extramatrimonial, y se pretenden efectos sucesorios en herencias abiertas antes de la CE, deberíamos analizar cuál debe ser la respuesta del ordenamiento: ¿aplicar la norma preconstitucional, o la postconstitucional que implica la igualdad ante la ley de los hijos con independencia de su filiación?

Se trata de un tema de derecho intertemporal, para el que sabemos que el régimen transitorio dispone que la sucesión se rige por las normas vigentes en el momento de la apertura de la misma (DT 12ª CC y DT 8ª Ley 11/1981), lo cual implica que en las sucesiones abiertas antes de la CE no podría regir el principio de igualdad constitucional y, por tanto, que este no tiene efecto retroactivo. Así ha sido aceptado por la jurisprudencia: SSTs 10 noviembre 1987 (RJ 1987/8367), 22 noviembre 1991 (RJ 1991/8477), 28 julio 1995 (RJ 1995/1961), 17 marzo 2005 (RJ 2005/2389), 31 julio 2007 (RJ 2007/6258) y 29 abril 2014 (RJ 2015\1918)(30). La cuestión vino abordada en su día por la DT 12ª CC, que permite fundamentar suficientemente esta solución no sólo para los casos producidos por la entrada en vigor del CC, sino para todos aquellos supuestos futuros en que la norma legal sobre la sucesión experimente una modificación. Y, en cualquier caso, también está reiterada por la DT 8ª de la Ley 11/1981, más atenta a la concreta cuestión que suscitaba la entrada en vigor de la CE(31).

Aplicar hoy unas normas que establecen efectos discriminatorios resulta llamativo(32), pero parece que la seguridad jurídica obliga a ello, pues la CE no quiso ser retroactiva; y el criterio legal de derecho transitorio es el que acabamos de indicar.

Las últimas manifestaciones de esta doctrina jurisprudencial pueden verse en la STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre(33), que

(30) En la doctrina, cfr. el excelente trabajo de BARBER CÁRCAMO: *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 51 y ss. en cuanto a este asunto.

(31) ESPEJO LERDO DE TEJADA: "Reforma constitucional de la legítima", cit., p. 3935; ESPEJO LERDO DE TEJADA: "Reforma constitucional de la filiación", cit., p. 389.

(32) Cfr. en ese sentido el voto particular de la STS 31 julio 2007 (RJ 2007/6258). Para BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España: una visión crítica*, cit., p. 53: las palabras del voto particular "no exentas de cierto fundamento... suenan a justicia del cadí o del caso concreto".

(33) STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre (RTC 2017\105).

vuelve a confirmarla; y en el plano de la jurisdicción ordinaria, en las SSTs 1 junio 2016(34) y 29 abril 2015(35). Debe considerarse, pues, una doctrina definitiva. Además estas recientes Sentencias deben ser valoradas positivamente teniendo en cuenta que en los últimos tiempos algunas opiniones doctrinales y votos particulares han considerado, equivocadamente a mi juicio, que esta solución no es respetuosa con la CE.

Incluso prescindiendo de estos argumentos de derecho transitorio, hoy en día se habrá producido en casi todos los casos la prescripción extintiva de las posibles acciones hereditarias, o la usucapión de los bienes hereditarios por parte de sus poseedores; figuras que no es extraño que también hayan sufrido ciertos ataques al hilo de este problema.

Pese a la firmeza de la jurisprudencia, no dejan de aparecer todavía hoy ante los tribunales supuestos en que se reclaman herencias abiertas antes de la entrada en vigor de la CE. Lo más probable es que muchos de estos litigios respondan a la estrategia de captación de clientes por parte de letrados sin muchos escrúpulos que aprovechan los comprensibles sentimientos de muchas personas afectadas: bien de la frustración por haber padecido la injusticia de no haber conocido su filiación durante muchos años, bien del deseo de acceder a un patrimonio familiar del que no han podido gozar.

Ya tuve ocasión de referirme(36) al caso de la STS 17 octubre 2016, que anuló en un recurso de revisión una Sentencia firme de filiación obtenida con maquinaciones insidiosas(37). Estas habían consistido nada menos que *"en dejar de dirigir la demanda de reclamación de la filiación contra el único heredero (...) que podría verse afectado por las consecuencias de la declaración de filiación pretendida, para impedir que pudiera oponerse, y, al mismo tiempo, dirigirla contra una pariente lejana que mediante su allanamiento propició la estimación de la acción"*.

(34) STS 1 junio 2016 (RJ 2016\2319).

(35) STS 29 abril 2015 (RJ 2015\1918): fue impugnada ante el TC en el recurso que concluyó por la STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre (RTC 2017\105).

(36) En <https://hayderecho.com/2017/01/09/filiacion-no-matrimonial-y-derechos-sucesorios/> (consultada el 1.V.2018). En las consideraciones acerca de la STS 17 octubre 2016 que siguen en el texto reproduzco algunas ideas allí publicadas. Llamo la atención al lector curioso acerca de las interesantes apreciaciones que hicieron los lectores del blog en sus comentarios a mis palabras.

(37) STS 17 octubre 2016 (RJ 2016\4939).

A tenor de los hechos, la resolución del recurso me parecía absolutamente previsible de acuerdo con nuestra regulación de las acciones de filiación. También resultaría relativamente claro que si se volviera a reclamar la filiación solamente se podría lograr su determinación si la acción se fundamentara en la posesión de estado (cuestión verdaderamente difícil de apreciar transcurrido tanto tiempo), porque solamente en este caso cualquier interesado en declarar la filiación tiene legitimación activa (art. 131 C)(38); pero es improbable que se pudiera acceder a la controvertida herencia, sea por la prescripción extintiva de las acciones, sea por la usucapión por los herederos de los bienes hereditarios(39).

Hay que partir de que en la actualidad las posibilidades técnicas de determinación de la filiación permitirían revisar una buena parte de la historia sucesoria. Pero ¿resulta esto posible o siquiera deseable entrar a discutir sobre una herencia abierta en 1908, como era el caso? A mi juicio, no: el Derecho puede y debe prescribir para el futuro, pero no corregir la historia. El tratamiento discriminatorio en algunos tipos de filiación hizo sufrir a muchos de nuestros antepasados, pero por lamentable que ello sea, no tengo tan claro que la justicia imponga una ilimitada revisión del pasado. Y, por otra parte, si alguien quiere abordar esta tarea de "memoria histórica" debiera ser el legislador, que, por el contrario, ha decidido proteger la seguridad de los derechos subjetivos ya adquiridos (me refiero, por ejemplo, a la DT 8ª de la Ley 11/1981).

Pero algunas Sentencias, votos particulares o autores han puesto en juego unas ideas como las de considerar que el derecho aplicable es el vigente en el momento de la aceptación de la herencia, la de la "discriminación indirecta" o la de retrasar el "dies a quo" de la prescripción de las acciones sucesorias al momento de determinación de la filiación, que pueden suponer prescindir de la opción legalmente tomada. Afortunadamente son solo peligros relativamente remotos, porque se enfrentan a una línea interpretativa muy firme. Citaré a continuación algunas de estas ideas:

(38) La reciente STS 9 mayo 2018 (RJ 2018\1854) se pronuncia sobre este elemento de la posesión de estado, necesario para ostentar la legitimación activa del art. 131 CC, con un rigor que es digno de alabanza.

(39) Vid., en general sobre esta materia, HORNERO MÉNDEZ: "Si el 'señorito' falleció antes de la constitución de 1978, el 'hijo' de la 'criada' no será heredero: filiación no matrimonial y sucesión abierta (y consumada)", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40/2016 (consultada en aranzadi digital).

a) el voto particular de Rafael Sarazá Jimena a la STS 29 abril 2015(40) ha propuesto que el momento de la aceptación de la herencia sería determinante de la norma aplicable a la sucesión. Si la determinación de la filiación se produce hoy en día, ese hijo obviamente no habrá aceptado la herencia abierta antes de la entrada en vigor de la CE y a la que no fue llamado. En consecuencia, se sostiene que la aceptación se podría hacer ahora; pero admitir esta solución implica que se aplicará el principio de igualdad con una absoluta retroactividad, solamente limitada por la extinción de la acción de filiación por el transcurso del tiempo. La STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre(41) ha descartado por completo que los argumentos de este voto particular sean admisibles(42).

b) Un segundo argumento es el concepto de la discriminación indirecta, utilizado, para el mismo caso, en el voto particular emitido por el ponente de esta última STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre, Fernando VALDÉS DAL-RÉ(43). Para este Magistrado: *"el fallo debió de declarar la vulneración del art. 14 CE, por discriminación indirecta por razón de nacimiento, en relación con el artículo 39.2 CE"*; y *"el órgano judicial debería haber ponderado si la interpretación que realizaba de la sucesión y transitoriedad normativa suponía una discriminación indirecta por razón de filiación"*; es decir si en la interpretación de las normas ha seguido *"un criterio interpretativo que desatienda la potencialidad de una solución que elimine la desigualdad injustificada"*, que sería *"justamente lo que aquí sucede, dado que existía una interpretación más conforme con el mandato constitucional, habilitante de la eficacia 'ad casum' de la CE pese al momento temporal en el que se desencadenó el hecho sucesorio"*, que hubiera sido tener en cuenta *"la regulación vigente al tiempo"* de la determinación de la filiación. Pero, claro está que esta tesis entra en contradicción con la constitucionalidad de la DT 8ª Ley 11/1981, ya proclamada por la STC 155/1987, de 14 de noviembre (RTC 1987, 155); de la que no se puede escapar achacando la inconstitucionalidad a su aplicación judicial.

c) Un tercer argumento consiste en retrasar el "dies a quo" de la prescripción de las acciones sucesorias hasta el momento en que se

(40) STS 29 abril 2015 (RJ 2015\1918).

(41) STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre (RTC 2017\105).

(42) En realidad el TC había descartado con anterioridad la inconstitucionalidad de la DT 8ª Ley 11/1981, como recuerda HORNERO MÉNDEZ: "Si el 'señorito'", cit.: "esto ya se hizo y... tuvo como resultado la STC 155/1987, de 14 de noviembre (RTC 1987, 155)".

(43) STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre (RTC 2017\105).

determine la filiación(44). Se argumenta a favor de ello que el art. 1969 CC se refiere al comienzo del cómputo de los plazos generales con la expresión siguiente: desde el día en que las acciones pudieron ejercitarse(45). Y se añade también que en caso de la determinación tardía de la filiación existiría una disociación entre la apertura de la sucesión por el fallecimiento del causante y la delación o vocación hereditaria que solamente nacerían con la determinación(46). En alguna SAP aislada también se ha propugnado que el inicio del plazo de prescripción de las acciones sucesorias nace con la determinación de la filiación, pero la jurisprudencia casi unánime decide en virtud del momento de apertura de la sucesión(47).

Se reconoce, no obstante, que esta propuesta produce dificultades relativas a los derechos adquiridos(48); y esta pensamos que es la clave que debe tenerse en cuenta para desmentir la viabilidad

(44) MARTÍNEZ MARTÍNEZ: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, BOE, Madrid, 2016, p. 185.

(45) Quizá con cierto olvido de que la interpretación más generalizada sobre esta norma prescinde de las imposibilidades subjetivas, y entiende que se refiere únicamente a la posibilidad objetiva. No obstante, esta interpretación tiene sus excepciones en algunas materias en las que la jurisprudencia ha ido dando cabida a las imposibilidades subjetivas. Sobre la cuestión: ESPEJO LERDO DE TEJADA: "La prescripción extintiva y la caducidad: del Código Civil al Código Civil de Cataluña", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel* (Luis Díez-Picazo, coordinador), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1241-1268. Pero casi siempre esos supuestos excepcionales están relacionados con plazos de prescripción o caducidad mucho más breves que los admitidos para la acción de petición de herencia.

(46) La autora argumenta sobre la base de la STEDH 7 febrero 2013 (JUR 2013\35557). Pero a mi juicio ni en esa, ni en la jurisprudencia posterior de este mismo Tribunal a la que haré alguna referencia más adelante, hay argumentos concluyentes que permitan prescindir de los criterios asentados en nuestra legislación y jurisprudencia acerca del derecho transitorio. Y, aunque se encontraran, no debe olvidarse que hoy la cuestión también se resuelve con criterios de prescripción extintiva y usucapión. Me explico: aunque por hipótesis se estimara contrario a la igualdad el criterio de derecho transitorio adoptado por la Ley 11/1981; lo cierto sería que, transcurridos tantos años desde la apertura de las sucesiones preconstitucionales, tendríamos que, respecto de ellas, la determinación actual de la filiación (matrimonial o no, con exquisita igualdad) no abriría el acceso a las acciones sucesorias, bien fuera por prescripción extintiva o por usucapión.

(47) Sobre la materia: ESPEJO LERDO DE TEJADA: "La determinación judicial de la filiación y la jurisprudencia sobre la prescripción en las acciones sucesorias", en VVAA, *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 473-494.

(48) MARTÍNEZ MARTÍNEZ: *La sucesión intestada*, cit., p. 185; pero más adelante (p. 188) se añade que no está pensando que deban ser defendi-

de esta alternativa: las reclamaciones sobre sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la CE chocarán hoy día con situaciones consolidadas por la usucapión extraordinaria, que debe constituir el tope máximo de vida de cualquier pretensión sucesoria. Y también chocarán con la prescripción extintiva, lo que no se debe sortear convirtiendo indirectamente en imprescriptibles las pretensiones sucesorias a través de su relación con las acciones de filiación. A mi juicio las acciones sucesorias, como cualquier otra de contenido patrimonial, deben tener un tiempo de vida que resulte real y efectivamente limitado, aunque solo sea por la usucapión (49).

Estas tres propuestas alternativas acabadas de examinar tienen el inconveniente de abrir el sistema sucesorio a la absoluta aplicación retroactiva de la CE, destruyendo las instituciones propias de la seguridad jurídica como la usucapión y la prescripción extintiva. Por esta razón, no deben admitirse como adecuadas para la solución de estos conflictos.

d) Hay una solución más matizada, que puede llegar a convencer a la vista de lo excepcional del caso en que se ha aplicado, y que de hecho puede ser más coherente para él con la jurisprudencia del TEDH y con el propio concepto de derecho adquirido que resulta de nuestro sistema de derecho transitorio, y que consiste en la apreciación caso por caso de la retroactividad examinando el carácter consumado o agotado de la sucesión preconstitucional. Pero, a mi juicio, esta llamada al casuismo sobre la base del concepto de sucesión consumada o agotada, que es una idea que carece de fundamento legal, y que es muy genérica, imprecisa e insegura, puede producir grandes tensiones con el principio de derecho transitorio

dos quienes han heredado por no hacerlo el descendiente cuya filiación se determina más tarde, sino otros terceros diferentes.

(49) Tengo en la cabeza, en este sentido, el art. 611-1.3 de la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) cuando se refiere a la acción de petición de herencia; o el art. 615-1 de la misma, que establece un plazo máximo general de quince años para la prescripción extintiva más allá del cual la duración de la pretensión no puede prolongarse. Pienso que estas orientaciones sobre prescripción resultan mucho más razonables que la propuesta que se examina en el texto y que conduce a la imprescriptibilidad "per relationem". Se pueden consultar estos preceptos en: *Propuesta de Código Civil. Libros quinto y sexto*, Valencia, 2016 y en *Propuesta de Código Civil*, Madrid, 2018. Todavía con más motivo mientras siga existiendo una legitimación tan amplia para reclamar la filiación como la establecida en el art. 131 CC, y que solamente depende del escurridizo concepto de posesión de estado. Solución normativa, por cierto, que elimina la propuesta de la APDC.

de considerar que es ley aplicable la vigente en el momento de la apertura de la sucesión(50).

Ha sido la STS 1 junio 2016(51) la que más recientemente ha desarrollado este punto de vista. El caso era el siguiente: la testadora había fallecido en el año 1966, sin legitimarios, bajo testamento en que instituía a la Diputación Provincial que debía destinar los bienes a determinadas finalidades; la cláusula fue declarada resuelta muchos años más tardes por incumplimiento de la carga, por una Sentencia firme(52); lo que motivó la apertura de la sucesión intestada en favor de los parientes de la testadora. Pretendía serlo, entre otros, una hija natural reconocida de un tío de la causante. La Sentencia de primera instancia, en aplicación del art 943 CC vigente en el año 1966, al que remitía la DT 8ª de la Ley 11/81, le denegó dicha condición de heredera(53). En cambio la SAP Albacete 10 junio 2014, la declaró coheredera(54), con el argumento de que "*un órgano jurisdiccional no puede, hoy, aplicar normativa de ayer que sea constitucionalmente inaceptable*".

(50) Al decir de VITERI ZUBIA: "Aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación a relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución por el acaecimiento de distintas vocaciones hereditarias y delaciones de la herencia", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 104/201 (cito por la base de datos Aranzadi digital: BIB\2017\12556): "No cabe aplicación retroactiva en forma absoluta del principio constitucional de igualdad que incida en sucesiones abiertas con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, ya estén o no agotadas al tiempo de proclamarse la norma fundamental, pues ello conculca en todo caso los artículos citados" [se refiere a los arts. 657, 661 y 440 CC]. Del mismo modo opina HORNERO MÉNDEZ: "Si el 'señorito'", cit.: "Somos de la opinión, ya apuntada, de que una interpretación fiel y literal de la DT 8ª hace innecesario todo este debate sobre si el fenómeno sucesorio está ya finalizado o no. La norma es escueta y sencilla, intencionadamente hay que pensar a estas alturas, y sitúa el punto de referencia en el fallecimiento del causante y la apertura de la sucesión que ésta acarrea".

(51) STS 1 junio 2016 (RJ 2016\2319).

(52) SAP Albacete 15 octubre 2001 (JUR 2001/330566).

(53) Artículo 943: "El hijo natural y el legitimado no tienen derecho a suceder "ab intestato" a los hijos y parientes legítimos del padre o madre que lo haya reconocido, ni ellos al hijo natural ni al legitimado".

(54) SAP Albacete 10 junio 2014 (JUR 2014/191950). Por error, el Antecedente de hecho sexto y el FD segundo de la STS dicen que la SAP desestimó el recurso de apelación, con lo que la argumentación que ofrece la STS (que lleva a reconocer los derechos sucesorios de la hija natural) y el contenido del fallo desestimatorio del recurso de casación (de una SAP que se dice erróneamente que no reconoce esos derechos), para un lector que no haya comprobado el verdadero sentido de la SAP, entran en contradicción.

Interpuesto recurso de casación, la STS reiteró primeramente la doctrina jurisprudencial de que: *"para las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, esta Sala ha declarado aplicable la legislación existente en el momento de la apertura de la sucesión"*. No obstante, añadió que *"con posterioridad, esta Sala, sin alterar el carácter general de la doctrina expuesta, precisó su jurisprudencia respecto de relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución"*(55), con respecto a las cuales, resultaría pertinente la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (artículos 14 y 39 CE).

Así la STS puede concluir que *"en el presente caso, (...) la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o de no discriminación encuentra su fundamento primario en el hecho de que las relaciones sucesorias, atendidas las circunstancias del proceso sucesorio, no se encontraban consolidadas o agotadas antes de la entrada en vigor de la Constitución. En efecto, si atendemos a dicho proceso sucesorio, observamos que, con independencia del momento de apertura de la sucesión, que siempre viene determinado por el fallecimiento del causante, la dinámica sucesoria respondió, a semejanza de lo expuesto con relación al fideicomiso, a un orden sucesorio sucesivo determinado, consecutivamente y de forma independiente, por distintas vocaciones hereditarias (testamentaria y abintestada, ambas válidas) y por distintos llamamientos concretos a su adquisición ('ius delationis'). De ahí que no pueda afirmarse que el fenómeno sucesorio, con relación a estos presupuestos*

(55) En este contexto, la STS que estamos comentando se refiere a la STS 1 marzo 2013 (RJ\2013\7414). La solución de esta es que la sustitución fideicomisaria ordenada en un testamento que designa como sustitutos a los descendientes legítimos, debe ser corregida en virtud de la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad entre los hijos para así beneficiar a los hijos adoptivos. En mi opinión el principio de igualdad no resultaba de aplicación en este caso: porque dicho principio no se refiere a la adopción, como ha establecido la misma jurisprudencia constitucional y ordinaria; y porque, aunque se admitiera esa aplicación del principio de igualdad, la norma constitucional no impide que el testador se aparte del mismo. Lo he argumentado extensamente en el comentario a la misma: "La sustitución fideicomisaria", cit., pp. 449-471. Una cosa es que a partir de los pronunciamientos previos sobre algunos casos parecidos del mismo TS, del TC y del TEDH, la STS 1 marzo 2013 prácticamente se viera abocada a resolver como resolvió, y otra que sus argumentos resulten convincentes por respetar las instituciones en juego, e incluso que sean coherentes con el conjunto de la jurisprudencia. Sobre la cuestión: BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España: una visión crítica*, cit., pp. 53 y ss.

del proceso sucesorio, estuviera consumado o agotado en el año 2001. Año en donde, tras el incumplimiento de la carga hereditaria por parte de la Diputación Provincial, se abre la sucesión intestada, cuando ya resultaba de aplicación la Constitución”.

Vayamos a la sustancia del argumento: ¿resulta sensato y posible en nuestro sistema diferenciar entre supuestos de “proceso sucesorio consolidado o agotado”, y otros en que los efectos de la sucesión no se hayan agotado? (56).

En mi opinión, no. La solución del caso debería abordarse más bien desde el concepto central del derecho transitorio aceptado por nuestro Código civil, que es el de derecho adquirido. Las normas de derecho transitorio se construyen a partir de esa idea capital, como demuestra el propio CC, que comienza su regulación afirmando que *“Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo”* (57).

Por tanto, el caso merece ponderación a la luz de este principio general, que podría servir para la interpretación de la norma de transitoriedad en materia sucesoria. Es decir, la DT 8ª Ley 11/1981 se puede entender para el supuesto en el sentido siguiente: si las variaciones de régimen jurídico introducidas por el principio constitucional de igualdad no perjudican los derechos sucesorios efectivamente adquiridos, carece de sentido aplicar en la actualidad la norma preconstitucional, aunque fuera la vigente en el momento de apertura de la sucesión. Resultaría además incompatible con el

(56) Se ha afirmado que la terminología de “sucesión no agotada antes de la entrada en vigor de la Constitución”, se inspira en la DT 2.ª¹ LOTC que permite interponer recurso de amparo contra las disposiciones, resoluciones o actos anteriores a la CE, siempre “que no hubiesen agotado sus efectos”: así FAJARDO FERNÁNDEZ: “Igualdad de los hijos en sucesiones abiertas (pero no agotadas) antes de la entrada en vigor de la Constitución”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2017 parte Doctrina (cito por aranzadi digital, BIB 2017\10978). Si bien en realidad la fecha que menciona esta DT no es la de entrada en vigor de la CE, sino “el día en que quede constituido el Tribunal”

(57) Estamos de acuerdo nuevamente con la opinión de HORNERO MÉNDEZ: “Si el ‘señorito’”, cit., sobre la DT 8ª de la Ley 11/1981: “el legislador, aunque no lo diga expresamente, parte de la idea de que estas son situaciones la mayoría de las veces consolidadas y agotadas y que aplicarles retroactivamente una norma (como la de 1981) no haría más que perturbar titularidades y derechos adquiridos, es decir, que permitiendo esta posibilidad, mediante una retroactividad que debería ser máxima o absoluta, se estaría atentando contra la seguridad jurídica (también consagrada constitucionalmente en el art. 9.3 CE)”.

principio de igualdad aplicar la norma preconstitucional, cuando la adquisición legal supletoria se produjo realmente en fecha posterior a la CE, que es cuando se verificó la resolución por incumplimiento de la carga. Aplicar la norma discriminatoria no sería posible más que sobre la doble ficción propiciada por el efecto retroactivo de la resolución y de la aceptación de la herencia, lo que no parece que sea la función propia de estas últimas.

Pienso que esta explicación del caso conectaría mejor tanto con el criterio de nuestro TC acerca del significado de la irretroactividad, como con la interpretación que en materia de igualdad por razón de la filiación y sus posibles límites hace el TEDH.

En efecto, para el supremo intérprete de nuestra CE, en tesis muy reiterada, la retroactividad debe ser *"entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir"*(58). O como explicó la STC 99/1987, de 11 de junio: *"la doctrina –y la práctica– de la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto, y no los pendientes, futuros, condicionados y expectativas"*(59).

A la luz de este concepto de retroactividad, podríamos fácilmente concluir que las expectativas de los sucesores intestados en el caso objeto de examen por la STS 1 junio 2016 no pueden calificarse como auténticos derechos adquiridos.

Asimismo, podría concordar bien la solución de esta STS 1 junio 2016 con la jurisprudencia del TEDH sobre la igualdad entre los diferentes tipos de filiación, que considera que es aceptable que el ordenamiento prevea un sistema de derecho transitorio que defienda los derechos sucesorios adquiridos. Así por ejemplo la STEDH 23 marzo 2017(60): *"la protección de los derechos adquiridos puede servir a los intereses de la seguridad jurídica, que es parte del concepto del estado de derecho y por tanto, un valor subyacente del*

(58) STC 42/1986, de 10 de abril (RTC 1986\42).

(59) STC 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987\99). En el mismo sentido SSTC 70/1988, de 19 de abril (RTC 1988\70) y 97/1990, de 24 de mayo (RTC 1990\97). Y, más recientemente, SSTC 61/2016, de 17 de marzo (RTC 2016\61); 42/2016, de 3 de marzo (RTC 2016\42) y muchas otras.

(60) STEDH 23 marzo 2017 (TEDH 2017\38), apartados 60 y 61.

Convenio (...) Además, los Estados tienen el derecho de promulgar disposiciones transitorias”(61).

Pero, no obstante, el sistema de derecho transitorio que se adopta conoce algún importante límite: *“la protección de las legítimas expectativas del difunto y de sus familias, debe estar subordinado al imperativo de la igualdad de trato de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio”(62).*

Finalmente, también resulta oportuno recordar esta tesis del TEDH: *“si los derechos de herencia de la familia del difunto han adquirido fuerza legal y ya no se pueden cambiar en virtud de la legislación nacional, no es necesario anular una decisión firme (...). Si, por el contrario, los derechos de sucesión de la familia del difunto todavía pueden ser impugnados en la legislación nacional y por tanto las posiciones legales a proteger sólo son ‘relativas’, los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio deben ser exigibles en la misma forma que cualquier otro derecho de terceros”(63).*

A la luz de todo ello, es posible defender que la solución de la STS 1 junio 2016(64) sea adecuada bajo la perspectiva de la jurisprudencia europea; en efecto, las exigencias que plantearía en nuestro caso la seguridad de los derechos adquiridos son absolutamente tenues y difícilmente justifican aplicar la norma preconstitucional.

Pero que el concepto de sucesión agotada es peligroso lo demuestra que algún autor que se ha ocupado de la cuestión al hilo del comentario de esta STS propone que la sucesión no se encontraría agotada en casos bastante diversos a los contemplados en ella: si la aceptación de la herencia por todos los herederos no se ha produci-

(61) Advierto, no obstante, que como casi siempre sucede en la jurisprudencia de este tribunal, las diferencias entre los ordenamientos hacen que el interés para resolver la cuestión tal como se plantea en España deba buscarse más en los principios que en los detalles.

(62) STEDH 23 marzo 2017 (TEDH 2017\38), apartado 59.

(63) STEDH 23 marzo 2017 (TEDH 2017\38), apartado 64. Vid., también, sobre toda esta materia SSTEDH 9 febrero 2017 (TEDH 2017\19) y 7 febrero 2013 (JUR 2013\35557). Para la jurisprudencia europea anterior, resulta de interés el tratamiento que hace la SAP Barcelona 19 marzo 2010 (JUR 2010\164023) en su FD tercero, que recoge argumentos que, a mayor abundamiento, apoyarían la solución adoptada en la ‘litis’. Aunque la descripción de la jurisprudencia europea que hace esta SAP sea buena, su aplicación al caso no me convence y resulta innecesaria, pues la solución del litigio era mucho más clara a causa del allanamiento de los demandados.

(64) STS 1 junio 2016 (RJ 2016\2319).

do hasta después de la entrada en vigor de la CE o si la aceptación de la herencia había sido solamente tácita (65).

Me parece por completo rechazable entender que la aplicación de unas u otras normas a la sucesión vaya a depender de la fecha de la aceptación de la herencia o de su carácter expreso o tácito, porque no es ese el momento determinante para fijar el derecho aplicable que contemplan nuestras normas de derecho transitorio, que no es otro que el de la apertura de la sucesión; ni tampoco lo exige ninguna jurisprudencia, que debe entenderse más llanamente en el sentido que le he dado aquí.

Llegados a este punto puedo ya concluir volviendo la mirada al supuesto con el que comenzaban este apartado, mucho más general que el tratado por la STS 1 junio 2016, y que por eso se repite con frecuencia: el de la STS 17 octubre 2016 (66), que se refería a una herencia abierta en 1908. Respecto de los casos de este tenor, aunque encontráramos, cosa que no creo, en la jurisprudencia del TEDH argumentos concluyentes contra el criterio adoptado por nuestra legislación y seguido por la jurisprudencia acerca del derecho transitorio aplicable a las sucesiones, siempre tendríamos otro obstáculo invencible contra la aplicación retroactiva de la igualdad que sería la prescripción extintiva de las acciones hereditarias o la usucapión de los bienes del causante. Criterios estos últimos que juegan igual, por cierto, en cualquier caso de determinación extemporánea de la filiación. Así las cosas, sigo creyendo, que no cabe la revisión actual de las sucesiones preconstitucionales por importante que sea el principio de igualdad aplicado a la filiación. En este sentido concuerdo con la doctrina jurisprudencial consolidada en España, acerca del alcance del principio constitucional de igualdad que debería mantenerse también en el futuro, y discrepo de las opiniones que discuten la misma, en los términos que he expuesto.

(65) Así FAJARDO FERNÁNDEZ: "Igualdad de los hijos", cit.

(66) STS 17 octubre 2016 (RJ 2016\4939).

LA CONSTITUCIÓN Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

Ana Moreno Sánchez-Moraleda

Profesora Doctora de Derecho internacional privado
Universidad de Sevilla

Resumen: Los órganos jurisdiccionales y autoridades españolas están obligados y vinculados en cuestiones jurídicas privadas internacionales, en primer lugar, por los instrumentos jurídicos europeos y los convenios o tratados internacionales firmados y ratificados por España como dispone el artículo 96 de la Constitución española de 1978. No obstante, en este estudio se abordará la influencia de nuestra Constitución en las normas internas o autónomas del Derecho internacional privado español, tanto en lo que respecta a la competencia para elaborar las mismas, como a su efecto en la producción del régimen internacional privatista, como en su labor de interpretación de todo el sistema del Derecho internacional privado.

Abstract: The Spanish courts and authorities are obliged and linked in international private legal matters, firstly by the European legal instruments and international conventions or treaties signed and ratified by Spain as provided in article 96 of the Spanish Constitution of 1978. However, this study will address the influence of our Constitution on the internal or autonomous rules of Spanish private international law, both in terms of competition to develop the same, and its effect on the production of the international privatist regime, as in its work of interpreting the entire system of private international law.

Palabras claves: Constitución; elaboración de normas; sistema de Derecho internacional privado.

Keys word: Constitution; development of standards; private international law system.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS
- II. LA CONSTITUCIÓN PRECISA EL PODER PARA ELABORAR LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
 - 1. La competencia exclusiva del Estado en Derecho internacional privado
 - 2. La dispersión de las normas autónomas de Derecho internacional privado
- III. LA CONSTITUCIÓN Y LA PRODUCCIÓN DEL SISTEMA DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL
 - 1. La influencia de la Constitución en el sector de la competencia judicial internacional
 - 2. La influencia de la Constitución en el sector de ley aplicable.
 - 3. La influencia de la Constitución en el sector de la eficacia extraterritorial de resoluciones
- IV. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 9 de la Constitución (1) *dispone que*, "1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"; y, "3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

Además, el artículo 96 de la Constitución respeto a las normas internacionales establece que, "1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo po-

(1) Constitución Española de 1978, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

drán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

De estos artículos de nuestra Constitución se deriva el sistema de fuentes del Derecho internacional privado español y la jerarquía de las normas que regulan las relaciones privadas con elemento extranjero. El Derecho internacional privado español es internacional por su objeto(2), pues regula las situaciones jurídico-privadas internacionales, pero no por las fuentes que conforman su regulación. El Derecho internacional privado no forma parte del Derecho internacional público, sino que forma parte del Derecho privado, como el Derecho civil o el Derecho mercantil, con la diferencia de la presencia del elemento extranjero. En consecuencia, el sistema de Derecho internacional privado español forma parte de su ordenamiento jurídico y se sustenta en sus mismas fuentes jurídicas: artículo 1 del Código civil(3) (CC)(4), y sometido a la Constitución como norma suprema. No obstante, el vigente Derecho internacional privado español lo conforman normas emanadas de las instituciones comunitarias o europeas (el Consejo de la Unión Europea o/y el Parlamento), en forma de Reglamentos(5), principalmente, y de los

(2) En relación con el objeto de Derecho internacional privado: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 36-37; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp.34-38; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 41-46.

(3) Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil español mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo (Gaceta núm. 206, de 25 de julio de 1889).

(4) Las fuentes del ordenamiento jurídico español se regulan en el artículo 1 CC: “1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior... 5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el “Boletín Oficial del Estado”.

(5) Los Reglamentos europeos disponen entre los Estados miembros de la regulación de casi todas las situaciones privadas internacionales que se desarrollan en el territorio de la Unión Europea entre sus ciudadanos o entre éstos y nacionales de terceros países (la competencia de las instituciones comunitarias en materia cooperación judicial internacional en materia civil y mercantil con repercusión transfronteriza se introduce en el Título IV, en el artículo 65, del Tratado de Ámsterdam de 1997, actualmente artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2007). Así, los prin-

principales son: Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que con posterioridad, el 10 de enero de 2015 se sustituye por el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 (Reglamento Bruselas I bis) ; Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia; sustituido por el Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia; Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, modificado por el Reglamento (CE) n.º 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo; Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 , relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, modificado por el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 , relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II bis); Reglamento (CE) n.º 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001 , relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil;; Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo; Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (modificados por el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) n.º 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo); Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II); Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I); Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Reglamento Roma III); Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; Reglamento (UE) n.º 2016/1191 del Parlamento Europeo y

Tratados o Convenios internacionales multilaterales o bilaterales que Estado español ha firmado y ratificado con otros Estados o por las instituciones europeas. De tal forma que, el Derecho internacional privado autónomo o interno emanado del legislador estatal español tiene un carácter residual o subsidiario(6). Es este Derecho internacional privado del legislador interno el que está más influenciado por la Constitución. Del mismo modo, es necesario para que los instrumentos internacionales nos vinculen y obliguen, que formen parte del ordenamiento jurídico español: mediante su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Europea o Unión Europea (DOCE o

del Consejo de 6 de julio de 2016 por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea; y los últimos Reglamento (UE) nº. 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y el Reglamento (UE) nº. 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. También son normas generadas por las instituciones europeas las directivas, que exigen leyes de transposición por los Estados miembros para cumplir sus objetivos y el correcto funcionamiento del mercado interior europeo. Por ejemplo, la Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (traspuesta en la Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea (BOE núm. 171 de 19 julio de 2005) introduce el Capítulo VIII, integrado por los artículos 46 a 54); o la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (traspuesta en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE núm. 162 de 7 de julio de 2012).

(6) En este sentido el artículo 7 del Reglamento Bruselas II bis: "Competencia residual.1. Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.2. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su "domicile" en el territorio de uno de estos dos Estados".

DOUE), en el caso de disposiciones europeas, o en el Boletín Oficial del Estado (BOE), en el supuesto de Tratados o Convenios internacionales firmados y ratificados por el Estado español (artículo 96 de la Constitución).

II. LA CONSTITUCIÓN PRECISA EL PODER PARA ELABORAR LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El artículo 149. 1. 8º de la Constitución afirma que el Estado tiene competencia exclusiva en materias de Derecho internacional privado(7). Así, "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8º. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial".

Este artículo, en su apartado 1.8º, se refiere especialmente a la competencia exclusiva del Estado en la materia de las "normas para resolver los conflictos de leyes", contemplando solo una de las tres grandes cuestiones del Derecho internacional privado: la determinación del Derecho aplicable al fondo del asunto(8). Sin embargo, la

(7) La razón de esta exclusividad la encuentra GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., ob.cit., p. 40, en la necesidad de ordenar y adaptar las normas de Derecho internacional privado español a los principios de la Constitución.

(8) Como sostiene CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., ob. cit., p.80, la expresión "normas para resolver los conflictos de leyes" es mucho más amplia que la expresión "normas de conflicto". Por ello, los conflictos de Leyes pueden ser resueltos con arreglo a distintas técnicas normativas. El Estado dispone de competencia exclusiva para elaborar todo tipo de normas para solventar estos conflictos de Leyes. Puede emplear una técnica normativa directa mediante las normas materiales especiales (normas que dan una respuesta directa, inmediata y sustantiva a las situaciones jurídicas internacionales privadas objeto de litigio); o una técnica indirecta, elaborando las normas de conflicto (determinan cuál de entre los distintos ordenamientos vinculados con una relación jurídico-privada internacional es el que debe aplicarse) o las normas de autolimitadas o de extensión (normas que extienden expresamente el ámbito de aplicación de ciertas normas de de-

organización judicial del Estado es única, en el Estado español existe un único poder judicial, como establece el artículo 117 de la Constitución (117. 3: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan; y 117.5: "El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales") (9). Por tanto, las normas internas que regulen la competencia judicial internacional y la eficacia extraterritorial de resoluciones son disposiciones elaboradas también exclusivamente por el legislador estatal y no por el legislador de cada Comunidad Autónoma (10).

Además, como se deduce del artículo 149.1.8º, el Estado tiene competencia exclusiva para resolver los conflictos de leyes no solo internacionales sino también conflictos de leyes internos, para legislar sobre Derecho interregional (11), teniendo en cuenta la remisión

recho interno, del foro, a determinadas situaciones privadas internacionales conectadas con el país del tribunal que conoce el asunto).

(9) Así, el artículo 4 LOPJ: "La jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes".

(10) También se puede deducir del listado del artículo 149.1 de la Constitución, relativo a la competencia exclusiva del Estado. Así, el Estado tiene competencia exclusiva en las siguientes materias relacionadas con el Derecho procesal internacional: artículo del 149.1. 1º. "La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales"; artículo 149.1. 5º. "Administración de Justicia"; y artículo 149.1. 6º. "Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal". CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., ob. cit., p.80.

(11) Como se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (TC), en Sentencia núm. 156/1993, de 6 de mayo (RTC 1993\156), en el fundamento de derecho segundo: "Lo que queda dicho permite ya identificar con precisión cuál sea la norma constitucional que, dentro del art. 149.1, 8.º, ha de resultar medida de validez de la impugnada. Aunque unas partes y otras han argumentado, sobre todo, a partir de la norma que atribuye al Estado, en aquel precepto, competencia exclusiva para la adopción de las «reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas», es lo cierto que el precepto constitucional de referencia ha de ser aquí, por más preciso y ajustado al objeto de la norma impugnada, el que, en el mismo art. 149.1, 8.º, afirma la competencia estatal, también exclusiva, en orden a «las normas para resolver los conflictos de leyes». La disposición impugnada afecta, sin duda, a la vecindad civil y al constituir ésta, según se recordó, punto de conexión para la determinación del estatuto personal es claro que mediante aquélla se viene a incidir sobre un aspecto nuclear del Derecho interregional, sector este del ordenamiento al que la norma constitucional se refiere

que a las normas de Derecho internacional privado realiza el artículo 16 del CC(12), pues la técnica para determinar la ley aplicable es la misma.

En consecuencia, las Comunidades Autónomas no pueden legislar en materias de Derecho internacional privado, pues tiene competencia exclusiva el legislador estatal, como se deriva de la propia Constitución. Las normas de las Comunidades Autónomas que regulen o regulasen situaciones privadas internacionales son anti-constitucionales(13). El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses (artículo 161.2 de la Constitución)(14).

No obstante, son muchas las normas de las Comunidades Autónomas que determinan el ámbito de aplicación de sus propias normas de Derecho privado, es decir, que resuelven conflictos de Leyes. Así, por ejemplo el artículo 188 de la Ley Gallega de 14 de junio de 2006 de Derecho civil de Galicia: "los gallegos podrán testar mancomunadamente en Galicia o fuera de ella"; en el mismo sentido el artículo 417 del Código de Derecho Foral de Aragón que dice que los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar mancomun, aun fuera de Aragón, y añade que "si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente incluso fuera de Aragón". Pero, una correcta interpretación, conduce a que antes de aplicar estas

(junto al Derecho internacional privado) con la expresión «normas para resolver los conflictos de leyes».

(12) Artículo 16. 1 CC: "Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV" (normas de Derecho internacional privado), con particularidades que el propio artículo señala.

(13) El artículo 161.1 a) de la Constitución precisa que el Tribunal Constitucional es competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley; y en el párrafo b) precisa que es competente también para conocer de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

(14) Artículo 163 de la Constitución: "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".

normas autonómicas o forales, en el supuesto de personas con diversa vecindad, será preciso determinar la ley aplicable conforme a las normas de Derecho internacional privado dispuestas por el legislador estatal (artículos de 9-11 del Código civil, contenidos en el capítulo IV en las normas de Derecho internacional privado), y si la remisión de las normas de conflicto es a esos Derecho espaciales o forales, entonces, aplicar las condiciones que los mismos exigen. Sin embargo, los Estatutos de Autonomía, al constituir leyes orgánicas estatales, pueden contener normas que resuelvan los conflictos de leyes (15).

2. LA DISPERSIÓN DE LAS NORMAS AUTÓNOMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El Derecho internacional privado, autónomo o interno, estatal español se caracteriza por la dispersión de sus normas. De tal manera que, se encuentran en distintas leyes atendiendo a la cuestión que regulan, todas ellas sometidas a la Constitución.

Así, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) (16) regula en el artículo 22 y varios subartículos, las normas de competencia judicial internacional, cuando no puedan aplicarse los reglamentos europeos o los convenios internacionales sobre la cuestión, por órganos jurisdiccionales españoles (artículo 21.1) (17). Esta Ley, es posterior a la Constitución, por tanto, veremos que en la misma

(15) Objetar, que suelen ser normas que no contienen criterios reales de solución de conflictos de leyes, y sea necesario aplicar las normas de Derecho internacional privado estatales. Así, el artículo 14.1 del Estatuto de Cataluña: "Las normas y disposiciones de la Generalitat y el derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad". En este sentido, CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., ob. cit., p.81. Recientemente Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, regula en el artículo 6. 2 que "las personas con nacionalidad española residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Canarias y acrediten esta condición en el consulado de España correspondiente, gozarán de la condición política de canarios".

(16) BOE núm.174, de 22 de julio de 2015.

(17) Artículo 21. 1 LOPJ: "Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas".

no se vulnera el principio constitucional de tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución).

El Código civil contiene las normas de Derecho internacional privado, en los artículos 9, 10 y 11(18), que determinan la ley aplicable en las distintas materias de Derecho civil (Derecho de persona, de familia, de alimentos, de sucesiones, de derechos reales, de obligaciones contractuales, de obligaciones extracontractuales y de forma de los actos jurídicos), cuando exista un elemento extranjero, mediante la técnica indirecta de normas de conflicto. Normas de Derecho internacional privado autónomo o interno que serán aplicables cuando no lo sean las normas de los reglamentos o convenios.

Asimismo, existen normas autónomas especiales de Derecho internacional privado español, sobre materia concreta, como la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional(19).

La tercera cuestión de Derecho internacional privado, la eficacia extraterritorial de decisiones, está regulada en dos leyes relativamente recientes. Como la que regula el mecanismo de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras cuando no sea aplicable ningún reglamento europeo o convenio internacional, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (LCJIMC)(20), después de que estos mecanismos estuvieran regulados en una Ley obsoleta y sin someterse a los

(18) El Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil regula las normas de Derecho internacional privado desde el artículo 8 al 12, sin embargo el artículo 8 ("Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español") establece una norma imperativa que se pueda aplicar tanto a situaciones internas como a situaciones internacionales; y el artículo 12 regula los problemas que plantean la aplicación de las normas de conflicto ("1. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española.2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.4. Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.5. Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado.6. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español").

(19) BOE núm.312, de 29 de diciembre de 2007, modificada por la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, de 28 de julio (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015).

(20) BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

dictados de la Constitución: en los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (21). Y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria (22), que establece en los artículos 11 y 12, y en la Disposición adicional tercera, los mecanismos de reconocimiento y ejecución en jurisdicción voluntaria, y los requisitos y condiciones para la inscripción de documentos públicos extranjeros en los Registros españoles.

La LCJIMC también dispone de normas de cooperación entre autoridades españolas y extranjeras en las notificaciones y traslados de documentos judiciales y extrajudiciales entre Estados no miembros de la Unión Europea (título II), en el procedimiento probatorio entre España y el extranjero, cuando no resulte aplicable reglamento o convenio internacional (título III); y normas para la información del Derecho extranjero (título III). Todas esas normas de cooperación en garantía del principio de tutela judicial efectiva regulado en la Constitución (artículo 24).

(21) "El proceso judicial de exequátur es una de las piezas claves del texto y una de las áreas más necesitadas de reforma en nuestra legislación interna. La vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, derogó la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, con la excepción, entre otras normas, de los artículos 951 a 958, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales extranjeros, que quedaron en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil. El diseño actual de los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no se coordina con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha desbordado el tenor literal de tales preceptos, ni con leyes especiales modernas o con la más autorizada doctrina. Para el diseño de un nuevo proceso judicial de exequátur se han tenido en cuenta las más actuales corrientes doctrinales así como las concreciones legislativas más recientes que, a modo de ejemplo, surgen de la normativa de la Unión Europea, y de ejemplos puntuales de nuestra reciente normativa contenidos en textos como la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil" (VIII, Preámbulo de la LCJIMC).

(22) BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

III. LA CONSTITUCIÓN Y LA PRODUCCIÓN DEL SISTEMA DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

Fijados los principios constitucionales en la jerarquía de fuentes del Derecho internacional privado, estos principios también influyen en las tres grandes cuestiones de las que se ocupa el Derecho internacional privado español (23): la competencia judicial internacional, la ley aplicable y la eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales

(23) CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *ob. cit.*, pp. 41-46, especifican el momento en que se adopta la tesis intermedia para determinar el contenido del Derecho internacional privado español (el Real Decreto 1424/1990, de 26 de octubre, fija el contenido mínimo del Derecho internacional privado objeto de enseñanza en las Facultades de derecho españolas) y las razones para rechazar la tesis estricta, que solo regula la ley aplicable a las relaciones privadas con elemento extranjero, y la tesis amplia, que abarca además del Derecho procesal privado internacional y la ley aplicable, el Derecho de la nacionalidad y el Derecho de extranjería. La tesis estricta no daría respuesta global y completa a los problemas que se plantean en las situaciones privadas internacionales, tan frecuentes en un mundo globalizado, pues, además de conocer el ordenamiento de qué país disciplina el fondo del asunto o cómo se regula el mismo, previamente es necesario determinar qué órganos jurisdiccionales o autoridades públicas son competentes internacionalmente para incoar el litigio o la situación ante ellos; y, posteriormente, una vez dictada la resolución judicial o la decisión de autoridad con elemento extranjero, ésta debe surtir efectos extraterritoriales y no limitarse a su ámbito territorial, para ello se requieren una serie de mecanismos de reconocimiento o ejecución.

Respecto a la tesis amplia o extensa que comprende no solo las tres grandes cuestiones de Derecho internacional privado (competencia judicial internacional, ley aplicable y eficacia extraterritorial), sino también el Derecho de la nacionalidad y el Derecho de extranjería, tiene el inconveniente que estos dos últimos Derechos no forman parte propiamente del contenido del Derecho internacional privado, si tenemos en cuenta que son objeto del Derecho internacional privado las relaciones privadas con elemento extranjero y no todo el tráfico jurídico externo de los particulares, incluidas las relaciones de éstos con el Estado cuando intervine con su poder de imperio. Porque el Derecho de la nacionalidad de cada país es el que determina las condiciones o requisitos para adquirir, perder, conservar o recuperar la nacionalidad de un determinado Estado (artículos 17 a 26 del Código Civil) y aquellas son distintas según dónde nos encontremos y conforme disponga su poder legislativo. Del mismo modo, el Derecho de la extranjería es regulado de manera diversa por cada ordenamiento jurídico estatal: régimen de entrada, salida y distintas situaciones de los extranjeros (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000 y Reglamento de extranjería, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm.

o actos de autoridades públicas, conformando las cuestiones primera y tercera el Derecho procesal privado internacional.

1. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL SECTOR DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Comencemos con el artículo 24 de la Constitución: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia".

De este principio constitucional de la tutela judicial efectiva se deduce, en primer término, que las normas que determine el legislador español para regular la competencia judicial internacional establezcan que los órganos jurisdiccionales españoles solo conozcan de las situaciones jurídico privadas que les estén razonablemente vinculadas, en aras al principio de proximidad, que evite la indefensión. Como consecuencia, un rechazo a foros exorbitantes, es decir, a esos criterios de hecho o jurídicos que determinen la competencia judicial internacional y que alejen el asunto internacional de los órganos jurisdiccionales.

Así, la LOPJ, modificada por la LO 7/2015, en el artículo 21.1 establece que los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas (24). Los órganos jurisdiccionales españoles deben, por tanto, y en primer lugar, someterse a las leyes, atendiendo al principio de jerarquía de fuentes contenido en el artículo 9 de la Constitución, y, también, al principio de la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución).

103, de 30 de abril de 2011), formando parte del Derecho público más que del Derecho privado.

(24) En la LO 7/2015 se introduce un nuevo artículo 4 bis, que precisa que los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por otra parte, el principio de tutela judicial efectiva, obliga a que las normas de la LOPJ que determinen la competencia judicial internacional no produzcan indefensión a las partes, que sean eficientes, evitándoles costes procesales. Lo que implica que los foros dispuestos en esta Ley (25), los criterios que regulan la competencia judicial internacional, obedezcan a la proximidad o vinculación razonable entre el litigio con elemento extranjero y los órganos jurisdiccionales que conozcan del mismo.

En consecuencia, y salvo la aplicación preferente del Reglamento Bruselas I bis, en materia de acciones reales sobre bienes inmuebles, inscripciones o ejecución de resoluciones vinculadas con el territorio español, así como las relativas a la validez o nulidad de sociedades o personas jurídicas con domicilio en España, someter el litigio a los órganos jurisdiccionales españoles (artículo 22 LOPJ (26)), responde a ese principio de proximidad razonable derivado del principio constitucional de tutela judicial efectiva.

Del mismo modo, las partes pueden someterse, expresa o tácitamente, a los jueces o tribunales españoles que estimen más conveniente y que, por tanto, les suponga menos costes, siempre y cuando se trate de materias de libre disposición y que se cumplan

(25) GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., "La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Diario La Ley*, núm. 8614, documento on-line, 28 de septiembre de 2015, LA LEY, pp. 1-11.

(26) Artículo 22 LOPJ: "Con carácter exclusivo, los Tribunales españoles serán competentes en todo caso y con preferencia de cualquier otro, para conocer de las pretensiones relativas a las siguientes materias: a) Derechos reales y arrendamientos de bienes inmuebles que se hallen en España. No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales españoles si el demandado estuviera domiciliado en España, siempre que el arrendatario sea una persona física y que éste y el propietario estén domiciliados en el mismo Estado. b) Constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos. c) Validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro español. d) Inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y otros derechos sometidos a depósito o registro, cuando se hubiera solicitado o efectuado en España el depósito o el registro. e) Reconocimiento y ejecución en territorio español de sentencias y demás resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados en el extranjero".

los requisitos del artículo 22 bis LOPJ(27), en defecto de reglamento europeo o convenio internacional(28).

(27) Artículo 22 bis LOPJ: "1. En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos. No surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los Tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido en los artículos 22 quáter, 22 quinquies, 22 sexies y 22 septies, o si excluyen la competencia de los órganos judiciales españoles exclusivamente competentes conforme lo establecido en el artículo 22, en cuyo caso se estará a lo establecido en dichos preceptos. La sumisión a los Tribunales españoles en las materias contempladas en las letras d) y e) del artículo 22 quinquies sólo será válida si se fundamenta en un acuerdo de sumisión posterior a que surja la controversia, o ambos contratantes tuvieran ya su domicilio o residencia habitual en España en el momento de celebración del contrato o el demandante fuera el consumidor, asegurado o tomador del seguro.2. Se entenderá por acuerdo de sumisión expresa aquel pacto por el cual las partes deciden atribuir a los Tribunales españoles el conocimiento de ciertas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. La competencia establecida por sumisión expresa se extenderá a la propia validez del acuerdo de sumisión. El acuerdo de sumisión expresa deberá constar por escrito, en una cláusula incluida en un contrato o en un acuerdo independiente, o verbalmente con confirmación escrita, así como en alguna forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas, o en el comercio internacional sea conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. Se entenderá que media acuerdo escrito cuando resulte de una transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero. Se considerará igualmente que hay acuerdo escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación dentro del proceso iniciado en España, en los cuales la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte y no negada por la otra.3. Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones, serán competentes los Tribunales españoles cuando comparezca ante ellos el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia."

(28) En el Reglamento Bruselas I bis, artículo 25. 1 (sumisión expresa) se dispone que, "si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes"; y el artículo 26 (sumisión tácita): "Con independencia de los casos en los

También pueden conocer los órganos jurisdiccionales españoles cuando el domicilio del demandado se encuentre en España, aplicándose el artículo 22 ter LOPJ(29), en materias excluidas del ámbito de aplicación de los reglamentos comunitarios o europeos. Foro próximo a las partes y que beneficia, y es eficiente, tanto para el

que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24". El Reglamento 4/2009 en materia de alimentos también regula la sumisión tácita y expresa (el artículo 4 regula la sumisión expresa pero limitando la elección a ciertos órganos jurisdiccionales: "Las partes podrán convenir en que el órgano u órganos jurisdiccionales siguientes de un Estado miembro sean competentes para resolver los litigios en materia de obligación de alimentos suscitados o que puedan suscitarse entre ellos..."; y el artículo 5: "Con independencia de los casos en los que su competencia resultare de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que compareciere el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tuviere por objeto impugnar la competencia") entre Estados miembros. El Convenio sobre acuerdos de elección del foro hecho en La Haya el 30 de junio 2005 (DO L núm. 133, de 29 de mayo de 2009), que se aplicará cuando una de las partes tenga su residencia habitual en un Estado parte del Convenio (no Estado miembro de la UE), establece en el artículo 5 que, "el tribunal o tribunales de un Estado contratante designados en un acuerdo exclusivo de elección del foro, serán competentes para conocer de un litigio al que se aplique dicho acuerdo, salvo que el acuerdo sea nulo según la ley de dicho Estado".

(29) Artículo 22 ter: "1. En materias distintas a las contempladas en los artículos 22, 22 sexies y 22 septies y si no mediare sumisión a los Tribunales españoles de conformidad con el artículo 22 bis, éstos resultarán competentes cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando así venga determinado por cualquiera de los foros establecidos en los artículos 22 quáter y 22 quinquies. 2. Se entenderá, a los efectos de este artículo, que una persona física está domiciliada en España cuando tenga en ella su residencia habitual. Se entenderá que una persona jurídica está domiciliada en España cuando radique en ella su sede social, su centro de administración o administración central o su centro de actividad principal. 3. En caso de pluralidad de demandados, serán competentes los Tribunales españoles cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en España, siempre que se ejercite una sola acción o varias entre las que exista un nexo por razón del título o causa de pedir que aconsejen su acumulación. 4. No obstante, la competencia establecida conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero. En tal caso, los Tribunales suspenderán el procedimiento y sólo podrán conocer de la pretensión deducida en el supuesto de que los Tribunales extranjeros designados hubieren declinado su competencia".

demandante (en el domicilio del demandado es donde se encuentran los bienes que se pueden ejecutar en caso de incumplimiento), como para el demandado (pues es su juez natural).

En litigios internacionales sobre materias concretas, además, pueden ser competentes los órganos jurisdiccionales españoles atendiendo a los criterios de proximidad o vinculación razonable. En el supuesto de litigios en materia de Derecho de persona o familia, a los órganos jurisdiccionales españoles, el artículo 22 quáter LOPJ (30) les atribuye competencia, del mismo modo, aplicando foros próximos, relacionados con la residencia habitual o nacionalidad de las personas físicas, sin perjuicio de la aplicación preferente de los reglamentos o convenios(31). Si se trata de materia patrimonial, y siempre

(30) Artículo 22 quáter: "En defecto de los criterios anteriores, los Tribunales españoles serán competentes: a) En materia de declaración de ausencia o fallecimiento, cuando el desaparecido hubiera tenido su último domicilio en territorio español o tuviera nacionalidad española. b) En materia relacionada con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes, cuando estos tuviesen su residencia habitual en España. c) En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española. d) En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda".

(31) El Reglamento Bruselas II bis en materia de separación judicial, nulidad y divorcio, o responsabilidad parental (y si el menor no tiene su residencia en Estado miembro de la UE, pero sí en un Estado parte del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya de 19 de octubre de 1996 (BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010), éste se aplicará); el Reglamento 4/2009 relativo a las obligaciones de alimentos entre familiares, parientes, cónyuges o afines; el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones; y el Reglamento 2016/1103 relativo a los regímenes económicos

en defecto de la aplicación prioritaria del Reglamento Bruselas I bis, el artículo 22 quinquies atribuye la competencia judicial internacional con foros especiales y territoriales que conectan el litigio sobre, por ejemplo, obligaciones contractuales, responsabilidad extracontractual, bienes muebles, con los órganos jurisdiccionales españoles, por ser el lugar de cumplimiento del contrato, de producción del hecho dañoso o el lugar donde se encuentre el bien mueble(32).

Como vemos, y aplicando el principio de tutela judicial efectiva, el legislador español dispone de unos foros normales, usuales, para determinar la competencia judicial internacional, descartando foros no próximos o que carecen de vinculación razonable o eficiencia para las partes en un litigio jurídico privado internacional. Lo que se confirma por lo dispuesto en la LOPJ, en el artículo 22 octies, punto tercero, cuando permite el *forum necessitatis*: "Los Tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia".

matrimoniales, y el Reglamento 2016/1104 sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

(32) Artículo 22 quinquies: "Asimismo, en defecto de sumisión expresa o tácita y aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, los Tribunales españoles serán competentes: a) En materia de obligaciones contractuales, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España. b) En materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español. c) En las acciones relativas a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil, cuando éste se encuentre en territorio español. d) En materia de contratos celebrados por consumidores, estos podrán litigar en España si tienen su residencia habitual en territorio español o si lo tuviera la otra parte contratante; esta última solo podrá litigar en España si el consumidor tiene su residencia habitual en territorio español. e) En materia de seguros, cuando el asegurado, tomador o beneficiario del seguro tuviera su domicilio en España; también podrá el asegurador ser demandado ante los Tribunales españoles si el hecho dañoso se produjere en territorio español y se tratara de un contrato de seguro de responsabilidad o de seguro relativo a inmuebles, o, tratándose de un seguro de responsabilidad civil, si los Tribunales españoles fueran competentes para conocer de la acción entablada por el perjudicado contra el asegurado en virtud de lo dispuesto en la letra b) de este artículo. f) En las acciones relativas a derechos reales sobre bienes muebles, si estos se encontraren en territorio español al tiempo de la interposición de la demanda".

2. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL SECTOR DE LEY APLICABLE

En la Constitución también se regulan dos principios fundamentales como son el de igualdad y no discriminación. Así, dispone el artículo 14 de la Constitución que, "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"; y el artículo 32 de la Constitución establece que, "1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".

Como consecuencia, la influencia de la Constitución en la cuestión de la determinación de la ley aplicable a una situación jurídica privada internacional, elimina de las normas de conflicto del Derecho internacional privado español, puntos de conexión que vulneren principios y valores esenciales de nuestro ordenamiento jurídico recogidos en la Constitución y que conforman el orden público internacional.

Para regular el fondo del asunto privado con elemento extranjero, el Derecho internacional privado emplea sobre todo normas de conflicto o de remisión, es decir, las que determinan la ley aplicable entre los distintos ordenamientos jurídicos estatales conectados con la situación jurídica privada internacional. La estructura de estas normas de conflicto la constituye el supuesto de hecho (donde es relevante el elemento extranjero), la consecuencia jurídica (la ley del país o Estado que va a regular el fondo del asunto) y el elemento característico, que es el punto de conexión. Pues bien, este punto de conexión, es la circunstancia de hecho o jurídica que conecta la materia privada con la ley del ordenamiento jurídico que resulte aplicable, y este criterio o circunstancia cuando afecta a las personas físicas no puede ser discriminatorio tal y como ordenan los principios constitucionales de igualdad y no discriminación contenidos en la Constitución.

Después de la entrada en vigor de la Constitución no pueden aplicarse normas contrarias a sus principios fundamentales, perpetuando sobre todo una situación discriminatoria.

Así, la obligación de la eliminación de los puntos de conexión discriminatorios ha modificado primordialmente dos normas de conflicto contenidas en nuestro Código civil relativas a los efectos del matrimonio y a la filiación.

El artículo 9. 2 CC anterior a la Constitución, disponía que, en defecto de elección de la ley aplicable a los efectos del matrimonio por los cónyuges, éstos se regían por la ley nacional del marido (33). La Ley 11/ 1990, de 15 de octubre, introdujo la actual redacción en que los puntos de conexión de las normas de conflicto respetan el principio de igualdad entre los cónyuges (34). *Así el artículo 9.2 CC dispone que, "Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio"; y el artículo 9. 3 CC, versa sobre la ley aplicable a la validez y contenido de las capitulaciones matrimoniales: "Los*

(33) Como se regulaba en el artículo 9.2 y 3 en su redacción por el Decreto 1836/1974 de 31 de mayo, por el que sanciona con fuerza de ley el texto articulado del título preliminar del Código civil (BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974): "9. 2. Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración. 3. Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualesquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional".

(34) *Ley 11/1990, 15 octubre (BOE núm. 250, de 18 octubre de 1990), de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.*

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta cuestión, citamos, como ejemplo, la Sentencia del TC núm. 39/2002, de 14 febrero (RTC 2002\39): "para efectuar el enjuiciamiento apuntado bueno será recordar la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad y las prohibiciones de discriminación, recogida de forma extensa y precisa en la reciente STC 200/2001, de 4 de octubre (RTC 2001, 200) , en cuyo fundamento jurídico 4 se puntualizan los siguientes extremos: El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas" (fundamento jurídico cuarto).

pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento”.

Por otra parte, en materia de filiación, el artículo 9. 4 CC anterior(35) a la Constitución, establecía que el carácter y contenido de la filiación por naturaleza se regulaba por la ley nacional del padre, y en defecto de ésta, o si solo hubiese sido reconocida la maternidad, por la ley nacional de la madre. Como vemos, no respetaba el principio de igualdad de los padres, y discriminaba al hijo. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, reformó ese artículo, y disponía como primer punto de conexión para determinar el carácter y contenido de la filiación por naturaleza, la ley nacional del hijo, eliminando los puntos de conexión discriminatorios. Posteriormente, la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, añadió como punto de conexión subsidiario, la ley de residencia habitual del hijo. La actual regulación de la Ley 26/ 2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha modificado este punto de conexión, estableciendo como primer punto de conexión, la ley de residencia habitual del hijo y en su defecto, o si la filiación no puede determinarse la ley nacional del hijo y como último punto de conexión, la ley sustantiva española(36).

(35) La reforma del Título Preliminar del Código civil estableció la norma de conflicto que determinaba la ley aplicable a la filiación, con punto de conexión discriminatorio: “9.4. Las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley nacional del padre y en defecto de éste, o si sólo hubiere sido reconocida o declarada la maternidad, por la de la madre”. Antes de esta reforma (en el texto del Código civil del Real Decreto de 24 de julio de 1889), el artículo 9 se limitaba a establecer de manera general que, las leyes relativas a los derechos y deberes de la familia o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles aunque residan en el extranjero, sin especificar la ley nacional aplicable, si la del hijo o la de los padres. Fue la jurisprudencia de la época la que determinó que tanto el establecimiento como los efectos de la filiación debieran regirse por la ley nacional del padre, y, únicamente si esta no era conocida o no podía determinarse por la de la madre. Lo que tenía como consecuencia una doble discriminación: la primacía del varón sobre la mujer en la familia y la preferencia de la filiación matrimonial (antes considerada legítima) frente a la extramatrimonial (la ilegítima). Sobre la evolución de la regulación conflictual de la filiación en el sistema español de Derecho internacional privado *vid.* RODRÍGUEZ BENOT, A., *Lecciones de Derecho civil internacional*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, pp.167-169.

(36) Artículo 9.4 CC: “La determinación y el carácter de la filiación por

Los actuales puntos de conexión determinados en las normas de conflicto del Derecho internacional privado español son constitucionales y no vulneran los principios y valores contenidos en la Constitución. Es más, y en atendiendo el principio de tutela judicial efectiva, conducen a una ley más vinculada con el asunto jurídico privado internacional, son puntos de conexión que han dejado de ser neutros para convertirse en puntos de conexión materialmente orientados. Así, las normas de conflicto vigentes en el Derecho internacional privado español contienen puntos de conexión que posibilitan la autonomía de la voluntad de las partes, protegen a las partes necesitadas de protección o incluyen varios puntos de conexión que van a permitir, alternativamente, elegir a las partes o, subsidiariamente, conducir siempre a una ley aplicable. Se refleja, sobre todo, en las normas de conflicto de los Reglamentos europeos que nos vinculan, Por ejemplo, en el artículo 3 del Reglamento Roma I, que permite en materia de obligaciones contractuales elegir la ley aplicable (al igual que en el artículo 14 del Reglamento Roma II relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales); o en el artículo 5 del Reglamento Roma III, que faculta a los cónyuges o excónyuges para elegir la ley aplicable en materia de separación judicial o divorcio, aunque de manera limitada a la ley de la residencia o nacionalidad de las partes o a la ley del foro; o en el artículo 22 del Reglamento de sucesiones que también posibilita la elección de ley del causante siempre que sea su ley nacional en el momento de la elección o en el momento del fallecimiento; en materia de alimentos, la elección de ley permite que siempre exista una ley aplicable (37).

naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5”.

(37) El Reglamento de alimentos 4/2009 en ley aplicable (artículo 15) remite al Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007 (firmado y ratificado por la UE como consecuencia de la Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009), que en materia alimentos dispone de una norma de conflicto general (artículo 3) y normas especiales a favor de determinados acreedores (artículo 4) y de los cónyuges o excónyuges (artículo 5), pero en el artículo 8 posibilita a las partes, acreedor y deudor de alimentos (no menor de 18 años, ni disminuido en sus facultades personales), elegir la ley aplicable, siempre que sea la ley de residencia o nacionalidad de cualquiera de las partes o la misma ley

En el Derecho internacional privado español autónomo, las normas de conflicto que se aplican por los órganos jurisdiccionales españoles también contienen puntos de conexión materialmente orientados y más efectivos para las partes. Como en el artículo 9.2 CC, que permite la elección de los cónyuges de la ley aplicable a los efectos del matrimonio mixto, con determinados límites y requisitos (solo puede ser la ley que rijan los efectos del matrimonio o la ley de la residencia o nacionalidad de cualquiera de los cónyuges; elección antes del matrimonio y en documento público)(38); y, en materia de filiación internacional, el artículo 9. 4 CC establece un punto de conexión principal y varios subsidiarios, para que siempre exista una ley que determine el establecimiento de la filiación en el momento de su determinación (ley de la residencia habitual del hijo, en su defecto la ley de la nacionalidad del hijo, y como cierre, la ley del foro: ley sustantiva española).

Además, si las normas de conflicto del Derecho internacional privado español determinan como aplicables leyes extranjeras contrarias, fundamentalmente, al principio de igualdad y no discriminación, estas nos serán aplicables a la situación jurídica privada internacional por ser opuestas al orden público internacional(39). Como pudieran ser los supuestos de leyes extranjeras que no permitiesen los matrimonios entre personas del mismo sexo(40) o por disparidad religiosa, o que permitiesen los matrimonios poligámicos(41).

que rija sus relaciones patrimoniales, y en el caso de cónyuges o excónyuges, además, pueden elegir la ley de la separación judicial o el divorcio.

(38) Artículo 9. 2 CC: "Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio;". Este elección solo es posible cuando los cónyuges tengan distinta nacionalidad. Discriminación que desaparece cuando comience la aplicación, el 29 de enero de 2019, del Reglamento 2016/1103 relativo a los regímenes económicos matrimoniales, que en el artículo 22 regula la elección de ley por los cónyuges con independencia de su nacionalidad, aunque las leyes elegidas también están limitadas a la residencia o nacionalidad de cualquiera de los cónyuges.

(39) Artículo 12 CC: "3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público".

(40) La Ley 13/2015 por la que se modifica el Código civil en materia del derecho a contraer matrimonio, de 1 de julio (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005), añade un segundo párrafo al artículo 44: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

(41) Leyes islámicas que no permiten el matrimonio entre mujer mu-

3. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL SECTOR DE LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE RESOLUCIONES

El artículo 117.3 de la Constitución establece que, “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”; y el artículo 118 de la Constitución que, “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

De estos artículos se deduce que las resoluciones judiciales se dictan para ser reconocidas y ejecutadas. Sin embargo, el poder jurisdiccional del Estado se extiende a sus límites territoriales. Para que una resolución de otro Estado surta efectos en España es necesario un control bien mediante el mecanismo de reconocimiento o del exequátur regulados en los distintos reglamentos europeo, según la materia privada, cuando se trate de una resolución europea, pero si la resolución es dictada por un tercer Estado el mecanismo de reconocimiento y exequátur viene regulado en la LCJIMC(42), donde se regulan las condiciones y los motivos de denegación, se trate de una resolución declarativa o constitutiva, o de condena(43).

sulmana y varón no musulmán (la reforma de la Moudawwana marroquí de 3 de febrero de 2004 mantiene el impedimento de disparidad de religión); o que permiten al varón contraer matrimonio con varias mujeres. Sobre la situación legal de la poligamia en el mundo, vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, 17ª ed., vol. II, Comares, Granada, 2017, pp. 149-150.

(42) Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 158-187.

(43) El Título V de la LCJIMC dispone del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos, de los artículos 41 a 61. En el artículo 46, las causas de denegación del reconocimiento (y ejecución): “1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) Cuando fueran contrarias al orden público. b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse. c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado so-

Entre los motivos de denegación de una resolución o sentencia extranjera en el artículo 46 se menciona el orden público internacional (44). El orden público español que puede aplicarse a las situaciones internacionales está constituido por los principios y valores fundamentales contenidos en nuestra Constitución. De tal forma que, se puede denegar el reconocimiento o ejecución de una sentencia extranjera si ésta vulnera los principios de igualdad y no discriminación contenidos en los artículos 14 y 32 de la Constitución, de tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución), de libertad religiosa (artículo 16 de la Constitución), o del interés superior del menor (artículo 39 de la Constitución (45)).

bre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española. d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España. e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España. f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero. 2. Las transacciones judiciales extranjeras no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público”.

(44) En el mismo sentido artículo 12 de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria: “El reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras sólo se denegará en estos casos: a) Si el acto hubiera sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado extranjero cuyas autoridades han otorgado dicho acto. Se considerará, en todo caso, que las autoridades extranjeras son manifiestamente incompetentes cuando el supuesto afecte a una materia cuya competencia exclusiva corresponda a los órganos judiciales o autoridades españolas. b) Si el acto hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados. c) Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español. d) Si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico”. En el mismo sentido, en la Disposición adicional tercera, que regula la inscripción en registros públicos de los documentos públicos extranjeros: “d) que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español”.

(45) Artículo 39 de la Constitución: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante

Así, aplicando los principios de igualdad y no discriminación se ha denegado el reconocimiento de matrimonios poligámicos, como en las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), sentencia núm. 84/2018 de 24 enero (RJ 2018\130) o del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), sentencia núm. 87/2018 de 22 febrero (JUR 2018\138990).

Respecto al principio de tutela judicial efectiva, se deniega el reconocimiento o ejecución de aquellas resoluciones extranjeras que no hayan respetada el derecho de defensa del demandado(46), o la resolución no haya sido debidamente motivada o no se permitan la interposición de recursos.

En relación con el principio de libertad religiosa y no confesionalidad del Estado, a raíz de la promulgación de la Constitución, la indisolubilidad del matrimonio canónico ya no es motivo orden público, se impiden tales discriminaciones civiles por razones religiosas(47).

El interés superior del menor contenido en el artículo 39 de la Constitución es considerado también como motivo de denegación del reconocimiento de una resolución extranjera(48). Así se dispone

la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

(46) El apartado b) del artículo 46 LCJIMC se hace referencia a la infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes, cuestión que técnicamente podría subsumirse en el concepto de orden público que aparece en el apartado a). Se considera, sin embargo, útil esta referencia a efectos didácticos. Es, asimismo, adecuado que, a continuación, se disponga que si se trata de una decisión dictada en rebeldía se entenderá que se han conculcado los derechos de defensa del demandado si la interposición de la demanda no se notificó de forma regular y con tiempo suficiente. En este punto, la norma es más estricta que la contenida en los reglamentos de la Unión Europea, que no exigen una estricta regularidad formal de la notificación. Ello es pertinente, habida cuenta que se trata de una disposición que se aplicará cuando no rija ni reglamento europeo ni convenio internacional (VIII, Preámbulo).

(47) TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J.A., *Lecciones de Derecho civil internacional*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 117.

(48) *Vid.* MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “El “interés superior del menor” del art. 1.2 de la LO 8/2015 y cómo incidirá en el reconocimiento de situaciones privadas internacionales. Especial referencia a la gestación subrogada”, *LA LEY Derecho de familia* núm. 13, 2017.

expresamente en el artículo 23 a) del Reglamento Bruselas II bis en materia de responsabilidad parental y en el preámbulo de la LCJIMC (VIII)(49).

IV. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Para concluir, conforme a los principios y valores constitucionales, de igualdad (artículo 14 de la Constitución), de la propiedad privada (artículo 33.1 de la Constitución: "se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia"), de la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución), del derecho a la libertad religiosa (artículo 16.1 de la Constitución: "se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley"), del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18. 1 de la Constitución: "se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"), y a todos los que afecten al tráfico jurídico de los particulares, se interpretarán todas las normas de Derecho internacional privado que apliquen los jueces, tribunales o autoridades españolas en el ámbito de su competencia judicial internacional.

(49) "En el artículo 46 se establecen las causas de denegación del reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras y las transacciones judiciales extranjeras. Se trata de los motivos habituales. En materia de orden público debe precisarse que si bien no se recoge en el articulado la referencia a las peculiaridades del mismo en procesos de familia o menores, es claro que si la resolución afecta a menores de edad, el orden público deberá valorarse teniendo en cuenta el interés superior del menor, pudiendo evaluarse a efectos denegatorios del exequátur que si la resolución afecta a menores de edad y se hubiere dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento de España, no cabrá el exequátur".

COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE DERECHO CIVIL

Pedro de Pablo Contreras
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO

- I. EL ARTÍCULO 149.1.8ª CE
- II. COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN CUYO ÁMBITO TERRITORIAL SUBSISTÍA UN DERECHO CIVIL PROPIO
- III. LÍMITES DE LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES CON DERECHO CIVIL PROPIO
- IV. EL DERECHO CIVIL AUTONÓMICO NO FORAL
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. EL ARTÍCULO 149.1.8ª CE

A diferencia de la *competencia territorial universal* que en materia de *legislación civil* establecía la Constitución de 1931(1), la

(1) Según la cual la competencia en materia civil que podían asumir en sus Estatutos todas las regiones (art. 16) sólo estaba limitada por el hecho de corresponder exclusivamente al Estado regular "la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal, para

vigente de 1978 no sólo determinó que tal competencia únicamente podía ser asumida por las Comunidades Autónomas en cuyo territorio subsistiera entonces –en virtud por supuesto de normas estatales– un Derecho civil propio, sino que también estableció ciertas limitaciones a su *modo* de ejercicio. Ello es lo que hace en principio su art. 149.1.8ª, el cual empieza por atribuir al Estado la competencia exclusiva en materia de "*legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*".

Pero si dicha norma constitucional parece asumir inicialmente un planteamiento historicista, de ello hace dudar la inmediatamente posterior atribución al Estado de la competencia exclusiva para dictar, "*en todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial*". Con esto el art. 149.1.8ª CE viene a acoger como *límites materiales* a dicha competencia autonómica, no sólo los previstos en el art. 13 CC al ocuparse del "*ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, sino también con adición –a pesar de no responder la actual a su concepción meramente autonomista e igualitaria– de los contemplados adicionalmente por el art. 15.1 de la Constitución de 1931* (2).

coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España" (art. 15.1).

(2) Al contenido del art. 13.1 CC responden claramente las competencias exclusivas del Estado para dictar *las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas*, las que se ocupan de las *relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*, las que atienden a establecer las *normas* (de Derecho internacional o interregional privado) que son necesarias *para resolver los conflictos de leyes* y, por último, de la *determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial*. En cambio, en lo dispuesto en el art. 15.1 de la Constitución de 1931 se funda la atribución al Derecho estatal, con exclusión *en todo caso* de los autonómicos en cuyo territorio subsista un Derecho civil propio, de la potestad para la *ordenación de los registros e instrumentos públicos* y para establecer las *bases de las obligaciones contractuales*.

II. COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN CUYO ÁMBITO TERRITORIAL SUBSISTÍA UN DERECHO CIVIL PROPIO

a) *Planteamiento.* Como se ve, de la Constitución de 1978 resulta, en primer lugar, una *garantía constitucional* de la subsistencia de los "*Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*", lo que quiere decir –a mi juicio– que el tenor literal de los mismos no podía ser alterado por la "*legislación civil*", la cual, hasta que se aprobaran los correspondientes Estatutos de Autonomía, sólo podía dictar el Estado. Esto afectaba en ese momento a las leyes estatales que, poniendo final a la codificación, aprobaron en su día las Compilaciones del Derecho civil de Vizcaya y Álava (Ley de 30 de julio de 1959), Cataluña (Ley de 21 de julio de 1960), Baleares (Ley de 19 de abril de 1961), Galicia (Ley de 2 de diciembre de 1963), Aragón (Ley de 8 de abril de 1967) y Navarra (Ley de 1 de marzo de 1973)(3).

Por lo demás, los Estatutos de Autonomía eran y son la única norma que, dejando aparte el caso excepcional de las leyes orgánicas de transferencia o delegación del art. 150.2 CE, puede atribuir competencias a las Comunidades Autónomas: no es la Constitución la que se las confiere, aunque por supuesto aquéllos hayan de ser interpretados de conformidad con ésta. Sin embargo, en este caso constituye un segundo presupuesto para la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil que, al aprobarse la Constitución, existiera entonces en su territorio, con mayor o menor amplitud, un Derecho civil propio, respetado por las leyes del único poder legislativo entonces existente o, al menos, no derogado por ellas. Tal circunstancia sólo se daba, con absoluta certeza, respecto a las Comunidades en cuyo territorio encontraban aplicación las citadas Compilaciones de Derecho civil foral o especial, que en efecto asumieron la correspondiente competencia en sus respectivos Estatutos; pero, además de ellas, también se incluyó tal atribución competencial en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, cuestión que –como ahora veremos– requiere de un tratamiento aparte.

b) *La existencia de Compilaciones o de un Derecho consuetudinario propio como presupuesto.* Como ya sabemos, al entrar en

(3) Por supuesto, como los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales entraron en vigor de inmediato (*vid.* ap. 1 y 2 del art. 53 y 3 de la disp. derogatoria CE), esto significa que los preceptos de las Compilaciones forales que fueran contrarios a ellos no pudieran desde entonces seguir siendo literalmente aplicables por los jueces y tribunales.

vigor la Constitución tenían Compilación Cataluña, Vizcaya y Álava, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra, por lo que se comprende que –en su primera redacción– asumieran competencias sobre el Derecho civil propio el Estatuto catalán (art. 129), el vasco (art. 10.5), el de las Islas Baleares (art. 30.27), el de Galicia (art. 27.4) y el aragonés (art. 71.2), además de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (art. 48)(4).

Pero además también el Estatuto de la Comunidad Valenciana atribuyó a la misma competencia exclusiva para la “*conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano*” (art. 31.2 LO. 5/1982, de 1 de julio), a pesar de que el mismo desapareció con los Decretos de Nueva Planta(5). El Tribunal Constitucional, sin embargo, admitió la constitucionalidad de dicho precepto estatutario, si bien refiriendo la expresión *Derecho civil valenciano* “al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma”; dando así validez a la ley autonómica de arrendamientos históricos en la

(4) Atendiendo a este criterio el Derecho civil de Baleares y Navarra se sigue conteniendo, en lo esencial, en sus Compilaciones (integradas hoy en el ordenamiento autonómico y modificadas por varias leyes de sus respectivos Parlamentos); Galicia ha sustituido su Compilación por una “Ley de Derecho civil de Galicia” (la actualmente vigente es la Ley 2/2006, de 14 de junio); la Compilación de Vizcaya y Álava ha quedado derogada por una “Ley del Derecho civil foral del País Vasco” (Ley 3/1992, de 1 de julio); Aragón sustituyó gran parte del contenido de su Compilación por varias leyes específicas y recientemente ha refundido su Derecho civil en un Código de Derecho foral de Aragón aprobado por el Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo; y en Cataluña la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, aprobó la estructura de un Código civil catalán que ella misma inicia con un libro primero (disposiciones generales y prescripción) al que luego se han ido añadiendo el quinto (derechos reales, Ley 5/2006), el tercero (personas jurídicas, Ley 4/2008), el cuarto (sucesiones, Ley 10/2008), el segundo (persona y familia, Ley 25/2010) y el sexto (obligaciones y contratos, Ley 3/2017), que sustituyen a otras leyes ya aprobadas y, por supuesto, a la Compilación.

(5) Como es sabido, los territorios de la Corona de Aragón (esto es, los reinos de Aragón, Mallorca y Valencia, y el principado de Cataluña) perdieron su autonomía política y jurídica a causa de la guerra de Sucesión. Su toma de postura en favor del Archiduque Carlos y en contra de Felipe de Borbón, vencedor de la contienda y futuro Felipe V, dio lugar a la decisión real por la que Aragón, Cataluña, Valencia y Mallorca perdían su autonomía política y sus órganos legislativos, si bien posteriormente los Decretos de Nueva Planta restituyeron a Aragón (1711) y respetaron a Mallorca (1715) y Cataluña (1716) –no así a Valencia– su Derecho privado exclusivamente. Por eso, atendiendo a la falta de subsistencia de sus normas escritas, el Derecho civil valenciano fue absorbido primero por el Derecho castellano y luego por el Código civil.

medida en que operaba sobre una costumbre preexistente (STC. 121/1992, de 28 de septiembre).

Sin embargo, la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana por la LO. 1/2006, de 10 de abril, incorpora expresamente una diferente y mucho más generosa interpretación de la Constitución al afirmar que la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de "*conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano*" (art. 49.1.2) se ejercerá "*a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución española*" (disposición transitoria 3ª)(6). Conforme a este criterio –que, sin citarla, parece implicar a la disposición adicional 1ª CE., referente a la actualización de los "*derechos históricos de los territorios forales*", a pesar de que la misma sólo parece aplicable al peculiar régimen jurídico público de cada una de las provincias vascongadas y de Navarra– se aprobó por la Comunidad la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, que según su preámbulo "es el primer paso en la recuperación del Derecho foral valenciano, con el objetivo y la intención de poder desarrollar en un futuro un Código de Derecho foral valenciano que englobe las distintas leyes sectoriales que se promulguen"; pero de acuerdo con el punto de vista competencial indicado, la STC. 82/2016, de 28 de abril, la declaró inconstitucional atendiendo a su contenido. Por lo demás, esta doctrina ha sido ratificada por las Ss. TC. 110/ 2016, de 9 junio, y 192/2016, de 16 de noviembre, que consideran contraria a la Constitución la disciplina civil contenida en las Leyes valencianas 5/2012 (sobre uniones de hecho) y 5/2011 (sobre relaciones de los hijos con los padres que no conviven).

Por otra parte también aluden a un Derecho consuetudinario propio los Estatutos de Asturias (según el cual el Principado "*impulsará la conservación y, en su caso, compilación del Derecho consuetudinario asturiano*": art. 16), Extremadura (que afirma que "*corresponde a la Comunidad Autónoma la conservación, defensa y protección del Fuero del Baylío y demás instituciones de Derecho consuetudinario*": art. 11.1) y Murcia (que establece que la Comunidad Autónoma "*prestará especial atención al Derecho consuetudinario de la región*": art. 8); pero no parece que dichos Estatutos atribuyan a la respectiva Comunidad la potestad de crear normas jurídicas partiendo de su Derecho consuetudinario, sino que se limitan a encomendarle el desarrollo de políticas públicas tendentes a que aquél

(6) Véase también su art. 7.1.

se conozca (facilitando así su prueba, que es requisito para la aplicación de la costumbre como norma) y, de ese modo, se conserve.

De todo ello resulta, a mi juicio, que la inclusión de la costumbre en "*los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*", sobre la que puede recaer su "*conservación, modificación y desarrollo*" (art. 149.1.8ª CE), afecta a la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas que les atribuya esa competencia en sus Estatutos; mientras que en los casos en que no contemplen el ejercicio de tal potestad, sino de una actividad distinta a cargo de los órganos autonómicos, la costumbre se inserta en el sistema de fuentes que establece con carácter general el Código civil.

c) La "*conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales*". Un segundo problema en la determinación del alcance de estas competencias autonómicas es el derivado de la necesidad de desentrañar el sentido de las expresiones "*conservación, modificación y desarrollo*" referidas a los "*Derechos civiles, forales o especiales*" (7). Respecto a ello, el Tribunal Constitucional ha venido a entender que la Constitución permite que "los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto, no ya de *conservación y modificación*, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico"; si bien "ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos", sino de modo que se reconozca "la *ratio* de la garantía autonómica de la foralidad civil" que el art. 149.1.8ª CE. establece, o sea, su enlace y su justificación histórica (STC. 88/1993, de 12 de marzo).

Sobre esta cuestión, la doctrina ha apuntado diversas interpretaciones. Las tesis más restrictivas identifican el término "Derechos civiles, forales o especiales", con las Compilaciones de Derecho civil, y circunscriben su desarrollo a la estricta adaptación a la realidad social de las instituciones que son objeto de algún tipo de regulación en las mismas (LASARTE, ELIZALDE, SERRANO ALONSO, GARCÍA AMIGO); las opiniones que podríamos calificar de intermedias y, a nuestro juicio, más acertadas tienen como idea central la de que, en el desarrollo del Derecho civil foral o especial, no encuentran las Co-

(7) Inicialmente –aunque con algunas variantes de redacción–, todos los Estatutos de estas regiones enunciaban su competencia en todo caso exclusiva como de "*conservación, modificación y desarrollo*" de su Derecho civil privativo, y así lo han mantenido, en los nuevos Estatutos de Autonomía aprobados a partir de 2006, la mayoría de los reformados [así el de Aragón (LO. 5/2007, de 20 de abril) y el de las Islas Baleares (LO. 1/2007, de 28 de febrero)].

comunidades Autónomas otros límites además de los expresados en la última frase del art. 149.1.8 CE. y demás competencias exclusivas del Estado que los derivados del propio objeto a desarrollar, de sus instituciones y de sus principios informadores en cuanto sistemas jurídicos autónomos de raíz histórica, y de la naturaleza de todo desarrollo, que excluye cualquier ruptura o solución de continuidad (DELGADO ECHEVERRÍA, BERCOVITZ, AROZAMENA); finalmente, las tesis más amplias defienden que la competencia de las Comunidades Autónomas abarca todo el Derecho civil, sin cortapisa ni condicionante alguno, con la sola exclusión de las expresas salvedades contempladas en la frase final del art. 149.1.8 CE. y demás competencias exclusivas del Estado (Encarna ROCA, María Paz SÁNCHEZ y votos particulares de GONZÁLEZ CAMPOS y VIVER PI SUNYER a la STC. 88/1993, de 12 de marzo).

El Tribunal Constitucional, por su parte, parece decantarse por la interpretación que hemos denominado intermedia en la citada STC. 88/1993, de 12 de marzo, en la que afirma que "el desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales enuncia... una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento", por lo que cabe "que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral"; lo cual no significa que exista "una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar". En parecidos términos se pronuncia la STC. 156/1993, de 6 de mayo, y en otras decisiones el Tribunal Constitucional ha afirmado la inconstitucionalidad de normas civiles dictadas por Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil, pero que no podían incardinarse en la "conservación, modificación y desarrollo" de su Derecho propio (así, Ss. TS. 71/1982, de 30 de noviembre, fjs. 14 y 19, y 62/1991, de 22 de marzo, fj. 4). Por lo demás, que el Derecho civil foral o especial, objeto de eventual "conservación, modificación y desarrollo", no es sólo el escrito, sino también el consuetudinario, se recoge, además de en la antes citada STC. 121/1992, de 28 de septiembre, en la STC. 182/1992, de 16 de noviembre; y a ambos criterios responden

las recientes Ss. TC. 95/2017, de 6 de julio, y 133/2017, de 16 de noviembre (8).

El criterio interpretativo amplio que propugnan los dos votos particulares a la STC. 88/1993 ha sido acogido de forma explícita por el art. 129 del nuevo Estatuto catalán (LO. 6/2006, de 19 de julio), según el cual *"corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de Derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado"* (art. 129). Según creo, la constitucionalidad de esta norma sólo podría afirmarse entendiendo que la competencia no se limita a la *conservación, modificación y desarrollo* de un Derecho civil propio preexistente sino que tiene su fundamento en la afirmación del art. 149.3 CE. de que *"las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos"*, pues sólo ello permitiría estimar que aquéllas son sólo las preservadas *"en todo caso"* al Estado por el art. 149.1.8 CE. De todos modos, a nuestro juicio y como ya observara GARCÍA DE ENTERRÍA, el sentido de este último precepto constitucional no es propiamente el de atribuir competencias al Estado, sino más bien el de facultar para asumirlas a determinadas Comunidades Autónomas e imponer a estas ciertos límites, que a diferencia de lo que ocurre con las demás competencias contempladas en la Constitución no se fijan sólo reservando materias o regulaciones al Estado, sino también obligando a aquéllas a atemperar el ejercicio de su competencia al mismo criterio de conexión con su Derecho histórico del que se sirve la propia Constitución para permitir que en este punto la posición de las diferentes Comunidades no sea la misma. De hecho, así interpreta el indicado art. 129 el Tribunal Constitucional en su STC. 31/2010, de 28 de junio, sobre el nuevo Estatuto catalán, aunque, sin duda, el Derecho civil de esta Comunidad Autónoma, e incluso el de otras, está alcanzando una amplitud que, sin duda, no fue prevista por el constituyente.

(8) La primera considera conforme a la Constitución, recurriendo a criterios de analogía, la incorporación al libro quinto del Código civil de Cataluña por la Ley autonómica 19/2015, de 29 de julio, de la propiedad temporal y de la compartida. La segunda en cambio (de ahí el contenido de sus votos particulares) declara inconstitucionales, por falta de todo precedente histórico, los preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, que regulan la adopción y la autotutela.

III. LÍMITES DE LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES CON DERECHO CIVIL PROPIO

En cualquier caso, el "desarrollo" por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles territoriales tiene dos límites infranqueables. El primero se sitúa en las competencias exclusivas del Estado: las que le atribuye "en todo caso" la frase final del art. 149.1.8, y las demás enunciadas en el art. 149.1 CE. que pueden afectar al Derecho civil, como "la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales" (art. 149.1.1ª), la nacionalidad (art. 149.1.2ª), la legislación mercantil (art. 149.1.6ª), la legislación sobre propiedad intelectual e industrial (art. 149.1.9ª), etcétera; en todas estas materias, el único Derecho válido es el de procedencia estatal, esto es, el emanado del sistema de fuentes del ordenamiento del Estado, y la norma autonómica que invadiera estos ámbitos materiales sería nula por incompetencia. El segundo límite no es competencial sino de fondo: a los preceptos autonómicos no sólo les están vedados los contenidos que vienen impedidos por la Constitución por lo mismo que lo están por aplicación estricta del principio de jerarquía para las normas estatales (y así, por ejemplo, no sería válido el precepto, estatal o autonómico, que vulnerara la libertad de empresa o el principio de igualdad ante la ley); sino que, además, algunos contenidos les están vedados porque, inevitablemente, es la comparación con las normas estatales la que permite dilucidar si se da o no la imprescindible sintonía de la norma autonómica con ciertos principios constitucionales (que es lo que explica, por ejemplo, que no sea válida la norma autonómica de Derecho patrimonial que, por separarse irrazonablemente del criterio del ordenamiento estatal, atente contra la unidad de mercado).

A partir de estos principios generales, la operatividad de las competencias que el art. 149.1.8 *in fine* reserva, "en todo caso", al Estado es, a nuestro juicio, la siguiente:

a) *Reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas.* La materia así reservada al Estado se hace difícil de aprehender, porque no hace referencia a supuestos de la vida real, ni a instituciones o figuras jurídicas reconocibles como tales, sino a contenidos normativos a normas (cfr. STC. 74/1989, de 21 de abril) que sólo se identifican por su sentido técnico, esto es, por su estructura como tales normas. Alude con esta expresión la Constitución,

en efecto, a las que hemos llamado "normas sobre normas", pero no a todas, sino sólo a las que disciplinen, con carácter general y para el conjunto del ordenamiento jurídico, la aplicación y efectos de las demás normas, como demuestra la evidente conexión del precepto constitucional con el art. 13 Ce., cuyo contenido parece se quiso "constitucionalizar" convirtiendo en competencia exclusiva del Estado lo que era, en él, "aplicación general y directa en toda España" de los artículos del Título preliminar del Código que "determinan los efectos de las leyes y las reglas para su aplicación". En consecuencia, sólo el Estado puede establecer esas "normas sobre normas" de alcance general; pero nada impide, en principio, que las Comunidades Autónomas con competencia en materia civil conserven las "normas sobre normas" que se contenían ya en las Compilaciones, que las modifiquen o que creen otras en su "desarrollo", siempre que las mismas queden limitadas al ámbito de su Derecho civil privativo. En último término, tal conclusión es única coherente con la lectura que, del art. 149.1.8ª CE. como "garantía de la foralidad civil", ha efectuado el Tribunal Constitucional en sus sentencias 88/1993 y 156/1993, puesto que tales normas cualifican a los Derechos civiles territoriales o forales, quizá junto con las relativas a las fuentes, a las que estas aparecen íntimamente ligadas más que ninguna otra, como sistemas jurídicos diferenciados, animados por principios propios.

b) *Relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio.* Con esta frase del art. 149.1.8ª, la Constitución lo que hace es reservar a la competencia exclusiva del Estado la fijación del sistema matrimonial, esto es, la decisión normativa acerca de la forma o formas aptas para la celebración del matrimonio con eficacia jurídica, así como de las normas sustantivas que han de regir la unión contraída en una determinada forma; mas, esto último, en cuanto al vínculo matrimonial en sí mismo considerado, no en cuanto a los efectos externos de ese vínculo como es, señaladamente, todo lo relativo al régimen económico matrimonial o, también, de su disolución. En aquel ámbito (que desapareció de los Derechos civiles territoriales por virtud de la Ley de matrimonio civil de 1870, solución luego ratificada por el primitivo art. 12 Ce. y no rectificadas después por las Compilaciones), sólo el Estado puede dictar válidamente Derecho, y la norma autonómica que lo invada será nula.

Por eso las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil, tratando a los consiguientes cambios sociales, decidieron trasladar la regulación sustantiva del matrimonio contenida el Código civil y los efectos que sus normas forales o especiales

atribuían a la unión conyugal a las llamadas *parejas de hecho*, esto es, a las resultantes sin mediar forma alguna de la convivencia de dos personas, aunque ambas fueran del mismo sexo, cuando fuera análoga a la matrimonial. Además, sin perjuicio de limitar sus efectos al ámbito administrativo o de índole no civil, esto se extendió enseguida a las Comunidades Autónomas sin esa competencia.

Esta situación se mantuvo la aprobación por el Estado de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que extendió el acceso al matrimonio civil a las personas del mismo sexo. Pues bien, el recurso de inconstitucionalidad formulado contra dicha ley fue resuelto por la STC. 198/2012, de 6 de noviembre, que la consideró conforme con la Constitución(9); y ello, unido a la admisión por la Ley 15/2005, de 8 julio, del divorcio-repudio, tuvo como consecuencia que el Tribunal Constitucional expulsara del ordenamiento las normas autonómicas que extendían a las *uniones o parejas de hecho* los efectos civiles que las mismas atribuían al matrimonio. Así, la STC. 81/2013, de 11 de abril, atendiendo a lo dispuesto en el art. 149.1.8ª CC y por tanto sin negar los efectos administrativos que atribuyó a aquéllas la Ley 11/2001 de la Comunidad de Madrid, declaró la inconstitucionalidad por incompetencia de los que atribuyen a las mismas efectos de

(9) En ella, el Tribunal Constitucional fundamenta su criterio en una "interpretación evolutiva" del art. 32 CE que le lleva, acogiendo la concepción social hoy dominante, a definir el matrimonio como "una comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente, mediante las formalidades previstas en el ordenamiento" (f. j. 9). Con este concepto intenta acoger el Tribunal Constitucional la estructura jurídica del matrimonio como acto y como estado; pero, a mi juicio, lo único que permite asumir su argumentación considerando que forma parte del contenido esencial del *ius connubii* su carácter relacional y recíproco entre varón y mujer (art. 32.1 CE) es la regulación del divorcio por la Ley 15/2005. En definitiva, en cuanto a lo primero la consideración del matrimonio como una aséptica "comunidad de afecto" supone una desvalorización del consentimiento matrimonial en cuanto a su objeto (art. 45 CC) con la consiguiente aproximación del mismo a un asentimiento meramente formal; y en cuanto a lo segundo, la subsistencia en el Código del impedimento de vínculo (art. 46.2.º CC) explica que el legislador, para evitar que la aplicación de este último al matrimonio civil contraído entre dos personas del mismo sexo no restringiera sustancialmente la libertad de contraerlo después con otra de sexo distinto, pasara de inmediato a considerar la unión conyugal como disoluble unilateralmente por uno de los cónyuges sin alegar causa alguna y con el único requisito de que hubieran transcurrido tres meses desde su celebración.

Derecho privado; y la STC. 93/2013, de 23 de abril, reconociendo la competencia de la Comunidad Foral de Navarra para la modificación y desarrollo de su Derecho civil propio, entendió que la Ley Foral 6/2000, para la igualdad jurídica de las parejas estables, vulnera el art. 10.1 CE en cuanto, "al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja" que atendiendo al libre desarrollo de su personalidad han optado por no casarse, extiende a éstas el régimen sucesorio imperativo –en concreto, el usufructo de fidelidad y la vocación a la sucesión intestada– que según el Fuero Nuevo acompaña al matrimonio(10).

c) *Ordenación de los registros e instrumentos públicos.* Por "registros" hay que entender los organismos como el Registro civil, el mercantil o el de la propiedad creados para llevar a cabo la toma de razón y manifestación de determinadas situaciones jurídicas de *Derecho privado* (cfr., así, STC. 71/1983, de 29 de julio). Es competencia exclusiva del Estado todo lo que sea "ordenación" o regulación de los citados organismos (no así, al parecer, existiendo atribuciones competenciales específicas, su llevanza: la admitió, en el caso del Registro de Propiedad Intelectual, la Ley estatal 20/1992, de 7 de julio, de reforma de la LPL, y ahora la prevén como competencia de ejecución, para el Registro civil, varios de los Estatutos últimamente aprobados: cfr., así, arts. 77.14 del de Aragón, 147.3 del de Cataluña o 77.2 del de Andalucía), concepto en el que han de entenderse comprendidos los aspectos relativos a su organización (así, la STC. 97/1989, de 30 de mayo, incluye la demarcación registral: pero ver art. 147.1 del nuevo Estatuto catalán) y a la toma de razón y sus efectos, pero en el que no cabe incluir los hechos o actos jurídicos que dichos registros publican, que por supuesto serán de competencia autonómica si caben en la "conservación, modificación y desarrollo" del respectivo Derecho privativo (aunque el legislador autonómico estará condicionado por la normativa estatal sobre ordenación de los registros si quiere que aquéllos tengan acceso

(10) Así pues, el sustancial cambio del concepto jurídico del matrimonio que resulta de las Leyes 13 y 15/2005 permitió al Tribunal Constitucional pronunciarse en contra de la extensión de los *efectos civiles* que legalmente produce aquél a las *uniones de hecho* que, acogiendo a las formadas por personas del mismo sexo, habían *institucionalizado* con anterioridad algunas Comunidades Autónomas. Tal conclusión tiene como fundamento que hoy cualquier pareja puede casarse o, atendiendo al derecho al libre desarrollo de su personalidad que les reconoce el art. 10.1 CE., optar por no hacerlo; sin que el legislador autonómico pueda atribuir a los no casados, de forma imperativa, los efectos civiles que cuando sean competentes para establecerlos (cfr. art. 149.1.8.^a CE.) su ordenamiento atribuya al matrimonio.

a los libros de éstos). Y lo mismo cabe decir de los instrumentos públicos esto es, de los documentos públicos, autorizados por notario, producidos para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos, cuya "ordenación" es igualmente competencia del Estado, pero como ha dicho el Tribunal Constitucional sin que sea "aceptable un entendimiento tan lato de esta competencia estatal que venga a impedir toda ordenación autonómica sobre actos o negocios jurídicos con el solo argumento de que unos u otros pueden o deben formalizarse mediante instrumento público" (STC. 156/1993, de 6 de mayo).

d) *Las bases de las obligaciones contractuales*. La expresión "bases" aplicada a una determinada materia (o los términos sinónimos "legislación básica" o "normativa básica") la utiliza con cierta frecuencia el art. 149.1 CE. para atribuir competencias al Estado (así, reglas 11, 13, 16, 17, 18, 23, 25, 27 y 30), habiendo sido objeto de una interpretación unívoca por parte del Tribunal Constitucional de la que no hay razón para excluir a estas "bases de las obligaciones contractuales" de la regla 8. Por *bases* ha dicho así el citado Tribunal "hay que entender los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica que deban ser comunes a todo el Estado" (STC. 25/1983, de 7 de abril), garantizándose así una regulación normativa uniforme en aras del interés general (Ss. TC. 1/1982, de 28 de enero; 44/1982, de 8 de julio; 71/1982, de 30 de noviembre; 32/1983, de 28 de abril; 57/1983, de 28 de junio; etcétera). Lógicamente, como quiera que las *bases* no comprenden toda la materia en cuestión, pueden las Comunidades Autónomas asumir en sus Estatutos al amparo de la cláusula residual del art. 149.3 CE. la competencia para regular todo lo que, en relación con dicha materia, no sea básico, diciéndose entonces que su competencia es "de desarrollo legislativo" de las bases fijadas por el Estado. La necesidad de dejar espacio para el ejercicio de ambas competencias la estatal y la autonómica explica que el Tribunal Constitucional haya precisado que las *bases* han de ser lo suficientemente flexibles como para permitir diferentes decisiones legislativas a las Comunidades Autónomas, sin que el establecimiento por parte del Estado de las bases pueda "llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad" (STC. 1/1982, de 28 de enero, por todas).

La aplicación de la precedente doctrina al caso de las "bases de las obligaciones contractuales" obliga entonces a identificar éstas con los criterios generales de regulación de los contratos, y de las obligaciones que de ellos nacen, que, en aras del interés general,

han de ser comunes en todo el territorio nacional; pero también conduce a afirmar que, respetando esos criterios generales, las Comunidades autónomas con competencia en materia de Derecho civil pueden siempre, naturalmente, que ello quepa en su facultad de conservar, modificar y desarrollar su Derecho privativo, dictar normas sobre obligaciones contractuales: es más, aquellos criterios generales o bases han de ser lo suficientemente amplios como para permitir que estas últimas normas puedan poseer, en cada Comunidad, contenidos sustantivos diversos.

Mas, en todo caso, lo que singulariza a esta competencia del Estado, frente a las demás contempladas en el art. 149.1.8ª CE., es que su real extensión no queda fijada de una vez por todas en la Constitución, sino que depende de la decisión política que en cada momento dentro de los imprecisos límites que ha ido fijando el Tribunal Constitucional, a los que acabamos de aludir pueda adoptar el legislador estatal, alterando así, de hecho, los contornos de la competencia autonómica. De este modo, la competencia sobre las bases de las obligaciones contractuales permite a las Cortes Generales alterar en cuantas ocasiones lo considere conveniente el ámbito de la competencia de las Comunidades en materia de Derecho civil foral o especial (convirtiendo competencias exclusivas en meras competencias de desarrollo legislativo, esto es, de desarrollo de las bases; o al revés), desplazando entonces los nuevos preceptos estatales "básicos" a las normas autonómicas incompatibles con ellos, dictadas válidamente cuando se tenía competencia para ello, e impidiendo que, mientras estén aquéllos vigentes, puedan dictar las Comunidades otras nuevas que los vulneren o contradigan.

Por lo demás, hay que decir que, de momento, a ninguna norma del ordenamiento estatal, ni a ningún principio resultante de éste, cabe atribuirle la condición de "base de las obligaciones contractuales" que condicione o limite, por tanto, en los términos explicados, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre su Derecho civil privativo. Refiriéndose a las bases o normas básicas en general, el Tribunal Constitucional sostuvo en un primer momento, para evitar que, en estas materias, las Comunidades Autónomas legislaran sin cortapisa alguna, que dichas bases habían de inferirse de la legislación estatal preconstitucional (a lo que se dio en llamar "concepto material" de bases), pero a esa legislación preconstitucional pertenecían, no sólo el Código civil y otras leyes especiales, sino también las Compilaciones de Derecho civil, por lo que sólo podrían detectarse bases allí donde Código, leyes y Compilaciones ofrecieran soluciones coincidentes; y además, y sobre todo, la existencia

de normativa básica en sentido material era y es incompatible con el tenor del artículo 13 del Código, todavía al menos a estos efectos vigente. Mas, finalmente, el Tribunal Constitucional ha terminado decantándose por un concepto formal de bases, exigiendo, en aras de la certeza y seguridad jurídica, que el legislador estatal identifique expresamente qué normas o preceptos tienen la condición de "básicos"; sin que, hasta la fecha, haya atribuido a ninguno la condición de "base de las obligaciones contractuales".

Por último, resulta preciso subrayar que, en cualquier caso, es especialmente evidente en este terreno del Derecho de obligaciones la existencia de límites, no ya competenciales sino sustantivos o de fondo, a la libertad de ejercicio de sus competencias legislativas por parte de las Comunidades autónomas, viéndose éstas indirectamente obligadas a respetar ciertos principios o directrices contenidos en el Derecho estatal. Es lo que ocurre con la unidad de mercado, que impide adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación de bienes en todo el territorio español (cfr. art. 139 CE.): las normas autonómicas han de atemperarse a las dictadas por el Estado en ejercicio de sus competencias, a fin de no menoscabar dicho principio constitucional. A este fenómeno es al que ha de entenderse referida, por ejemplo, la afirmación de la STC. 71/1982, de 30 de noviembre, de que "el régimen de la responsabilidad debe ser uno y el mismo para todo el territorio del Estado": ello, de ser cierto, no implica, contra lo que dice la sentencia, que el mismo "tendrá que hacerse mediante una ley del Estado", sino que las Comunidades competentes no podrán variar las soluciones contenidas en el Derecho estatal.

e) *Normas para resolver los conflictos de leyes.* Es competencia exclusiva del Estado dictar normas para resolver los conflictos entre ordenamientos, determinando cuál sea en cada caso el aplicable al hecho, relación o institución de que se trate; y ello, tanto en su aspecto externo, ordenando el conflicto con el Derecho de otros Estados (Derecho internacional privado), cuanto en su aspecto interno, resolviendo la eventual colisión entre los diversos Derechos (civiles o no) coexistentes en España. En este último aspecto, el Estado debe ejercitar su competencia, sin embargo, adoptando una posición de neutralidad, puesto que el art. 149.1.8 garantiza "un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles" (Ss. TC. 156/1993, de 6 de mayo, y 226/1993, de 8 de julio). Las Comunidades Autónomas pueden, eso sí, dictar normas para resolver los conflictos que puedan darse entre preceptos pertenecientes a su propio ordenamiento, aplicables en diversos ámbitos dentro de su territorio.

f) *Fuentes del Derecho*. Finalmente, el art. 149.1.8 CE. atribuye, "en todo caso", al Estado, la competencia exclusiva en orden a la "determinación de las fuentes del Derecho", si bien "con respeto... a las normas de Derecho foral o especial". El precepto constitucional significa que corresponde al Estado establecer o determinar las fuentes del Derecho en general, esto es, con referencia a cualesquiera sectores del ordenamiento jurídico; pero que, no obstante, el ejercicio de tal competencia en ningún caso puede afectar a las normas sobre fuentes propias de los Derechos civiles forales o especiales, correspondiendo la competencia en orden a la determinación "conservación, modificación y desarrollo" de las fuentes de tales Derechos forales a las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio. Así lo recogen ahora expresamente los nuevos Estatutos catalán (art. 129) y balear (art. 30.27.), y también con fórmula más equívoca el aragonés (art. 71.2.).

IV. EL DERECHO CIVIL AUTONÓMICO NO FORAL

Los Estatutos de todas las Comunidades Autónomas atribuyen a éstas competencias sobre materias distintas (asociaciones, fundaciones, cooperativas, caza, urbanismo, defensa de los consumidores, reforma agraria, etc.) que inciden o pueden incidir, más o menos directamente según los casos, sobre el Derecho civil. Ello ha permitido, en la práctica, la emergencia de un limitado "Derecho civil autonómico no foral", el cual, en las Comunidades con Derecho civil propio y con competencia para su "conservación, modificación y desarrollo", coexiste con éste (y acaso lo acrecienta), pero que de hecho también se da en las demás. El fenómeno que es especialmente visible cuando se regulan materias gobernadas antes de la Constitución por leyes especiales, cuyos contenidos tienden a reproducir las Comunidades Autónomas sin detenerse ante lo que en ellas pertenece al Derecho privado se traduce en la creciente incorporación al ordenamiento de normas de constitucionalidad más que dudosa.

Para justificar este modo de proceder se argumenta que las competencias autonómicas sobre ámbitos materiales específicos prevalecen sobre las genéricas y materialmente indeterminadas como, en lo que aquí interesa, las que la Constitución confiere al Estado sobre la "legislación civil" y la "legislación mercantil". Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha formulado con nitidez, en varias ocasiones, el principio contrario: así, la STC. 173/1998, de 23 de julio (sobre la Ley vasca de asociaciones), con cita de las 20/1988

y 178/1994, recuerda que la fuerza normativa de la Constitución “no se agota ni disminuye con la promulgación de los Estatutos de Autonomía, cuyos preceptos, por más que califiquen como exclusiva una competencia asumida *ratione materiae*, nada pueden frente a las normas constitucionales que, en su caso, reconozcan al Estado títulos competenciales sobre esa misma materia”. A partir de ahí, la postura concreta del Tribunal Constitucional puede sistematizarse del modo siguiente:

a) Tratándose de la disciplina de las obligaciones y los contratos, el Tribunal ha sido coherente con la doctrina enunciada. Así, en sus Ss. 71/1982 (sobre el Estatuto vasco del consumidor), 15/1989 (sobre la Ley estatal general para la defensa de los consumidores y usuarios), 62/1991 (sobre el estatuto gallego del consumidor) y 54/2018 (sobre el Código de consumo de Cataluña), se mantiene fiel a la idea de que la competencia autonómica específica en materia de protección de los consumidores ha de entenderse sin perjuicio de la estatal en materia de legislación civil, que no puede ser preterida por su carácter más genérico; de modo que, en la protección de los consumidores, no pueden las Comunidades Autónomas dictar normas civiles, a no ser que ello quepa en la competencia que tengan atribuida para la “conservación, modificación y desarrollo” de un preexistente Derecho foral. Por su parte, la STC. 37/1997 reitera y resume la doctrina de las muchas decisiones en que el Tribunal Constitucional, en relación con el régimen de las obligaciones y los contratos, entiende reservada al Estado su regulación en lo que tiene de disciplina propiamente civil o mercantil la regulación de las relaciones *inter privatos*, entendiendo en cambio comprendida en la competencia autonómica específica “la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales, mediante, por ejemplo, actividades de policía administrativa o de establecimientos de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario”. Cfr., también, STC. 14/1998 (sobre la ley de caza de Extremadura) y 157/2004 (sobre la ley navarra de comercio).

b) Esa coherencia parece faltar, empero, cuando se enfrenta a regulaciones autonómicas que inciden en el derecho de propiedad. Así, en la STC. 37/1987, de 26 de marzo, sobre la ley andaluza de reforma agraria, el Tribunal Constitucional, al resolver el recurso de inconstitucionalidad fundado, entre otros motivos, en la violación de la competencia estatal sobre la legislación civil, afirmó que no es aceptable que “al socaire de una ordenación uniforme de la propiedad puedan anularse las competencias legislativas que las Comuni-

dades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entren en juego la propiedad y otros derechos de contenido patrimonial". A nuestro juicio, la clave para entender esta afirmación la proporciona la STC. 61/1997, de 20 de marzo (sobre la Ley estatal del suelo), que distingue entre la "perspectiva de la intervención pública sobre el dominio" y la "dimensión horizontal, esto es, la de las relaciones jurídico-privadas": en la primera cabe la regulación autonómica (por virtud del título competencial "urbanismo", el de "reforma agraria" u otros), mientras que lo segundo es "legislación civil", de competencia del Estado, por tanto.

c) Por último, en relación con el régimen de las personas jurídicas, el Tribunal Constitucional empezó por considerar como de Derecho privado, civil o mercantil y, por consiguiente, de competencia del Estado, sus relaciones con terceros (STC. 72/1983, de 29 de julio, sobre la Ley vasca de cooperativas), pero luego ha admitido que las Comunidades Autónomas puedan disciplinar su régimen jurídico incluso "en su vertiente externa, es decir, la relativa a su participación en el tráfico jurídico" (STC. 173/1998, de 23 de julio, sobre la Ley vasca de asociaciones, cuya doctrina siguen las ulteriores Ss. TC. 133 y 135/2006, de 27 de abril), con lo que parece incorporarse una distinción a estos efectos entre las sociedades, que serían verdaderas personas jurídico-privadas, y las asociaciones, a las que el intenso control administrativo a que están sometidas les otorgaría lo mismo que a las fundaciones (cfr. STC. 341/2005, de 21 de diciembre, sobre la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid) una naturaleza peculiar, suficiente a lo que se ve para legitimar que la competencia autonómica se extienda a su dimensión horizontal, de relación con otros privados.

De todo ello cabe inducir, en general la excepción sería lo dicho sobre asociaciones y fundaciones, que pueden las Comunidades Autónomas sin competencia sobre el Derecho civil regular cuestiones que supongan menoscabo o desplazamiento de las situaciones ordinarias de Derecho privado, siempre que eso sí de tal regulación surjan tan sólo pretensiones frente a los poderes públicos, y no frente a otros particulares: esto último es el núcleo irreductible creemos de lo que ha de entenderse por "legislación civil" reservada en exclusiva al Estado en el artículo 149.1.8. CE. Ello permite afirmar la constitucionalidad de no pocas regulaciones autonómicas que, afectando desde el punto de vista de su objeto a figuras o instituciones tradicionalmente civiles, presentan, sin embargo, un cierto carácter "reversible", esto es, son susceptibles de una lectura una interpretación

conforme a la Constitución en clave de Derecho público. Porque, en efecto, si el incumplimiento por un particular de una de esas normas no da lugar a que otro particular pueda hacer valer los efectos de aquél frente al primero en un proceso civil, sino que sólo posibilita el ejercicio de una pretensión ante la Administración pública para que sea esta la que imponga los efectos exclusivamente administrativos, de carácter coactivo o sancionador de dicho incumplimiento, la norma no será nunca civil; y si posibilita ambas cosas, procediendo de un legislador incompetente para lo primero pero no para lo segundo, valdrá únicamente en este último concepto, debiendo estarse, en las relaciones entre particulares a salvo el Derecho civil propio de las Comunidades que pueden tenerlo, a lo que disponga el Derecho civil del Estado.

V. BIBLIOGRAFÍA

Son muy numerosos –y de desigual calidad– los trabajos monográficos dedicados a la cuestión de la competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil. Las tres posturas básicas asumidas por la doctrina civilista en este punto quedaron ya fijadas en los trabajos de ELIZALDE, “Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades autónomas”, en el vol. *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, II, Madrid, 1979, pp. 742 y ss. (postura “restrictiva”); Encarna ROCA I TRÍAS, “El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978. Estudio comparativo del tratamiento de los Derechos civiles españoles en las distintas Constituciones y en la vigente”, *RJC* (1979), pp. 7 y ss. (postura “amplia” o autonomista); y DELGADO ECHEVERRÍA, “Los derechos civiles forales en la Constitución”, *RJC* (1979), pp. 657 y ss. (postura “intermedia” o histórica). En la tesis que llamamos restrictiva incidí enseguida, con más argumentos, LASARTE, *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980 y, luego –entre otros–, Díez-PICAZO, “Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”, en el vol. *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas* (COORD. B. MORENO QUESADA), Madrid, 1989, pp. 13 y ss. Introducen ulteriores precisiones de interés en la que hemos llamado “tesis intermedia”, con diferente perspectiva, R. BERCOVITZ, “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”, en el vol. *Primer Congreso de Derecho vasco: la actualización del Derecho civil*, Oñate, 1983, pp. 87 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, “El artículo 149.1.8ª de la Constitución y la modificación y desarrollo del Derecho foral”, en el vol. *Actualización del Derecho civil vizcaíno*, Bilbao, 1985, pp. 39 y ss.; y AROZAMENA SIERRA, “Competencia de las Comunidades Au-

tónomas en materia civil: el artículo 149.1.8ª de la Constitución”, AC (1988), pp. 2.187 y ss. Entre los trabajos que se suman a la tesis amplia o autonomista, cabe destacar el de María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil: estudio del artículo 149.1.8ª de la Constitución”, ADC (1986), pp. 1.121 y ss. Después, es importante la aportación, introduciendo nuevas perspectivas y manejando adecuadamente el Derecho público (cuyo conocimiento es esencial en esta materia), de ARCE JANÁRIZ, *Constitución y Derechos civiles forales*, Madrid, 1987. El artículo de MEILÁN GIL y RODRÍGUEZ ARANA, “Derechos forales y competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas”, ADC (1989), pp. 19 y ss., trata de introducir en la cuestión el concepto de *garantía institucional*, utilizado por el TC. para interpretar la disposición adicional 1ª CE. en relación con el régimen jurídico-público de los territorios históricos vascos y de Navarra. Tras las Ss. TC. 121/1992, 182/1992, 88/1993 y 156/1993 (que abordan de frente el problema, sobre todo estas dos últimas), cabe destacar –dentro de un panorama de trabajos generalmente sólo descriptivos– las aportaciones de BADOSA COLL, BERCOVITZ y DELGADO ECHEVERRÍA en el núm. 1 de *Iuris. Cuadernos de política jurídica* (1994), así como las de LALAGUNA en su comentario al art. 13 Cc. en los *Comentarios EDERSA*, I-2, Madrid, 1995, pp. 1.083 y ss., y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de Derechos civiles españoles*, Madrid, 1997. Al tema se dedicó también monográficamente el núm. 1 (1993) de *Derecho privado y Constitución*. Una reflexión crítica reciente en RAGEL, “Las competencias legislativas en materia de Derecho civil y su deseable reforma constitucional”, RDP, 7-8 (2005), pp. 3 y ss., y ceñida al caso valenciano, BLASCO GASCÓ, “La recuperación de la competencia legislativa en materia de Derecho civil”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 18 (2006), pp. 17 y ss. Para el caso singular de Navarra (pero con apreciaciones de carácter general), DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho civil navarro*, I, Pamplona, 1990, pp. 81 y ss. y, luego, DELGADO ECHEVERRÍA y DE PABLO CONTRERAS, “El Derecho civil foral en el Amejoramiento”, en el vol. *Derecho público foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*, Madrid, 1992, pp. 535 y ss. Del “Derecho civil autonómico no foral” se ocupan varios de los trabajos (así los de CAFFARENA, SÁNCHEZ CALERO, GRANADO y RUIZ-RICO) incluidos en el vol. *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas* (coord. B. MORENO QUESADA), Madrid, 1989, y resultan más que expresivos de la extensión que ha adquirido el fenómeno los 9 vols. de que consta la obra *Derechos civiles de España* (coord. BERCOVITZ y MARTÍNEZ SIMANCAS), Madrid, 2000 (aunque en ella se incluyen también trabajos sobre los diferentes Derechos civiles forales y, en lo demás, poco de lo que se analiza sea realmente Derecho civil). Para las ideas que, en este punto, se vierten en el texto, DE PABLO CONTRERAS, “¿Derecho civil riojano?” (en el vol. 5 de la obra que se acaba de citar), “La legislación civil y la competencia autonómica en materia de asociaciones”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal*

Constitucional, abril 1999, núm. 4, pp. 17 y ss. y "Legislación civil en el Derecho agrario de las Comunidades Autónomas", *Revista Galega de Administración Pública*, 32 (2002), pp. 73 y ss.

UN DERECHO MERCANTIL CONSTITUCIONAL

Guillermo Jesús Jiménez Sánchez

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla y
ex vicepresidente del Tribunal Constitucional

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA LIBERTAD DE EMPRESA
- III. UN TEMA QUE HA SIDO OBJETO DE ESPECIAL ATENCIÓN EN LA PRÁCTICA: LA REGULACIÓN DE LOS HORARIOS COMERCIALES
- IV. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO DE SOCIEDADES
- V. LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN
- VI. DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES SOBRE LA RECONDUCTIBILIDAD AL DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN DEL DERECHO A CONSTITUIR SOCIEDADES MERCANTILES
- VII. CONSTITUCIÓN Y DERECHO BANCARIO
- VIII. ALGUNA INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL CAMPO DEL DERECHO DE SEGUROS
- IX. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE INSTITUCIONES Y CUESTIONES CONCURSALES

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda la Constitución de 1978 ha representado un factor clave en la evolución del Derecho español en los últimos cuarenta años. En buen número de sectores del Ordenamiento cabe distinguir dos estados o fases históricas: *preconstitucional* y *postconstitucional*. Tal es el caso (sin pretensión alguna de exhaustividad en la enumeración que avanzo a título meramente ejemplificativo) del Derecho Procesal, del Derecho Penal, del Derecho Administrativo, del Derecho Financiero o del Derecho del Trabajo, ordenamientos sectoriales que han sido en gran parte *constitucionalizados* o reconstruidos en función de los principios y valores consagrados en la Constitución.

Pero quizás este impacto haya sido menor o menos manifiesto sobre el Derecho Patrimonial Privado, Común o Mercantil.

Y ello posiblemente porque la Constitución haya sido menos incisiva en la esfera propia de este último sector del Ordenamiento. Aspectos esenciales de la disciplina penal, de la procesal, de la administrativa o de la laboral son objeto de especial protección en cuanto afectan a derechos fundamentales o libertades públicas. Las relaciones patrimoniales privadas no.

El tema que ha reclamado la mayor atención de los mercantilistas durante estos años ha sido seguramente la incorporación al Derecho Patrio de principios y normas del Derecho Europeo. Por el contrario, en relación a la Constitución, su interés se ha centrado en la caracterización de la materia "*legislación mercantil*" (que el art. 149.1.6ª de la *Lex legum* declara de competencia exclusiva del Estado) y en la definición de los rasgos esenciales de la que ha venido a denominarse *Constitución Económica*. Y más allá de la prestada a estos grandes temas nuestra preocupación constitucional ha sido sólo incidental, proyectada sobre campos específicos como, por ejemplo, el Derecho de la Competencia, el régimen jurídico de las cooperativas o las disposiciones tuitivas de los consumidores y usuarios (*materia* esta última en la cual resultan identificables, no en todos los casos con la debida claridad, aspectos penales, administrativos, mercantiles, civiles, procesales,...).

Es lógico pues, como casi siempre (aunque no siempre) lo es la realidad, la reducida atención dispensada a la perspectiva constitucional por los mercantilistas. Pero no ha sido total el abandono por nuestro *gremio* de este campo de estudio. A él han hecho importantes aportaciones Aurelio Menéndez, Manuel Olivencia, Alberto Bercovitz, Eduardo Polo, Mercedes Vérguez, Ignacio Quintana, Juan Font, y otros muchos. En tono menor, y refiriéndome a la doctrina

del Tribunal Constitucional, he llamado la atención en algunas publicaciones y en varias conferencias sobre la proyección de los valores y principios constitucionales en significativos aspectos de la libertad de empresa, del Derecho de Sociedades, de la regulación de las entidades de crédito y de sus operaciones, del Derecho de Seguros y del Derecho Concursal(1).

Desde luego no tendría sentido reiterar en este momento lo que tengo dicho y escrito; sería de todo punto improcedente y enojoso. Creo que sólo procede ahora exponer brevemente unas primeras ideas relativas a la dimensión constitucional de algunas de las cuestiones sobre las que ya he tenido ocasión de pronunciarme.

II. LA LIBERTAD DE EMPRESA

Sobre el reconocimiento de la *libertad de empresa*, uno de los *derechos y deberes de los ciudadanos* consagrados en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución (específicamente, en el art. 38 de ésta), existe una abundante literatura. No podía ser menos, dada la transcendencia del *principio de libertad de empresa* para la

(1) *Vid., v. gr.*, "Doctrina del Tribunal Constitucional sobre las sociedades mercantiles", en *Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, tomo I, págs. 75 y sigtes.; "Libertades y derechos de las sociedades mercantiles susceptibles de amparo constitucional", *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 45**, 2001, dedicado a "Cambio social y transición jurídica (Veinte años de jurisprudencia constitucional)", págs. 279 y sigtes.; "Doctrina del Tribunal Constitucional en materias concursales", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Número 1/2004, págs. 27 y sigtes.; "Pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre instituciones y cuestiones concursales", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2004, tomo I, págs. 315 y sigtes.; "La unidad del mercado nacional en la Constitución Española", en *La España de las Autonomías. Reflexiones 25 años después*, dir. Manuel Balado Ruiz Gallegos, Barcelona, 2005, págs. 93 y sigtes.; "La doctrina del Tribunal Constitucional de libertad de empresa", *Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, vol. III, 1998 2003, págs. 349 y sigtes.; "La experiencia de un mercantilista en el Tribunal Constitucional", en *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 113 y sigtes. ; "¿El derecho a constituir sociedades mercantiles es un derecho fundamental?" (en colaboración con Alberto Díaz Moreno), en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Madrid, 2007, tomo II, págs. 825 y sigtes. *Ibidem* referencias ilustrativas a las resoluciones del Tribunal Constitucional en que se establece su doctrina sobre las cuestiones afrontadas en estos estudios.

definición del modelo de la *Constitución económica*. No voy a construir mi exposición reiterando las construcciones de los numerosos y autorizados autores que se han ocupado de este tema. Mi maestro en la Universidad de Bolonia, Walter BIGIAMI, advertía siempre a sus alumnos que el que copia un libro comete un plagio; el que copia dos escribe un artículo; el que copia tres redacta una tesis doctoral; y el que copia cuatro publica un nuevo y original quinto libro. Como no entran en mis propósitos ni convertirme en un plagiario ni llevar a cabo hoy las tareas de construcción científica propias de la copia de más de un libro, prescindiré de toda cita doctrinal y sólo apuntaré algunas iniciales consideraciones sobre la doctrina sentada en varias SSTC sobre el sentido atribuible al reconocimiento constitucional de la *libertad de empresa*.

Desde sus primeros pronunciamientos en el año 1981 el Tribunal ha afirmado que la *libertad de empresa*, "reconocida en el marco de la *economía de mercado*" en el art. 38 de la Constitución, ha de ser entendida en conexión con lo establecido en otros preceptos constitucionales, singularmente en los arts. 128 y 131 CE, que subordinan toda la riqueza del país al interés general, reconocen la iniciativa pública en la actividad económica y prevén la posibilidad de reservar al sector público, mediante ley, recursos o servicios esenciales (especialmente en caso de monopolio), así como acordar la intervención de empresas cuando lo exija el interés general, y posibilitan que el Estado pueda mediante ley "planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución". Así enmarcada, cabe precisar los siguientes rasgos caracterizadores de la configuración constitucional de la *libertad de empresa*:

* La *libertad de empresa* se refiere, sin duda, a "empresas privadas, es decir, a organizaciones que tienen una finalidad de lucro".

* La *libertad de empresa*, si bien resulta constitucionalmente tutelada, no tiene el rango ni la consiguiente protección que dispensa el artículo 53.2 CE a las libertades públicas y a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 14 y en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I.

* La *libertad de empresa* es una garantía institucional, operante, en virtud de lo establecido en el art. 53.1 CE, en un doble plano, el de la *reserva de ley* y el de la existencia de un núcleo o *contenido esencial* del que ni siquiera el legislador puede disponer.

* La exigencia constitucional de que la regulación del ejercicio de la *libertad de empresa* se efectúe por normas con rango de ley formal (art. 53.1 CE) no excluye la posibilidad de "una remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos".

* La *libertad de empresa* abarca, fundamentalmente, los derechos a iniciar y a sostener una actividad empresarial, e incluye como una de sus vertientes tradicionales la libertad de contratación.

* La *libertad de empresa*, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra vertiente objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas que ordenan la *economía de mercado*; entre ellas las que tutelan los derechos de los consumidores, las que preservan el medio ambiente, las que organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos, o las relativas a la defensa de la competencia, que aparece así como una necesaria actuación positiva de salvaguarda o garantía, y no como una restricción, de la *libertad de empresa* y de la *economía de mercado*, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste.

* Las leyes reguladoras de la *libertad de empresa* no han de ser necesariamente estatales. Cabe que sean leyes dictadas por los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas con competencia normativa sobre materias cuya ordenación implique necesariamente, en uno u otro grado, el establecimiento de un marco dentro del cual haya de desarrollarse dicha libertad, siempre que las leyes autonómicas dictadas al efecto no atenten contra las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, ni incidan sobre *materias* de competencia exclusiva del Estado como, v. gr. (art. 149.1.6ª CE), la *legislación mercantil*.

* El *contenido esencial* de la *libertad de empresa* no resulta determinado expresamente por la Constitución, como consecuencia de lo cual ha de ser singularizado o especificado por el Tribunal Constitucional "en último término y para cada caso concreto".

* La *libertad de empresa* no puede amparar la vulneración de los derechos reconocidos en el Capítulo II de la Constitución. Específicamente se ha puntualizado que no cabe que al amparo del *principio de libertad de empresa* se llegue a despojar a los trabajadores de sus derechos. Se ha afirmado así terminantemente que "ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos

del resto de la sociedad, ni la *libertad de empresa* que establece el art. 38 CE legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de 'feudalismo industrial' repugnan al Estado Social y Democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)".

* El reconocimiento de la eficacia de la negociación colectiva no supone negar virtualidad a la *libertad de empresa* reconocida por el art. 38 CE, y por ello excluir la existencia de un ámbito propio de ejercicio de los poderes y de las facultades necesarias para la gestión de la empresa.

III. UN TEMA QUE HA SIDO OBJETO DE ESPECIAL ATENCIÓN EN LA PRÁCTICA: LA REGULACIÓN DE LOS HORARIOS COMERCIALES

Para destacar un aspecto que mereció cierta atención a los medios de comunicación social, puede resultar oportuno indicar que el Tribunal Constitucional ha puntualizado que la libertad de horarios comerciales no constituye un desarrollo del art. 38 CE, ya que, si se considera éste en su vertiente institucional, es evidente que un régimen de libertad o, por el contrario, de restricción de horarios comerciales no afecta sustancialmente al marco general de la *economía de mercado* en el que se ejerce la *libertad de empresa*. A los efectos que nos ocupan, el art. 38 CE sólo genera la exigencia de que, en caso de que se establezca un régimen de horarios comerciales, permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial y no imponga limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad. Una vez respetada esta exigencia corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios.

Y sin duda encierra un gran interés, en cuanto se refiere a un principio básico garantizador de la igualdad de los ciudadanos españoles, la afirmación por el Tribunal Constitucional de la existencia de una indudable conexión entre la *libertad de empresa* consagrada en el art. 38 CE y el título competencial establecido en el art. 149.1.1ª de nuestra *Lex legum*, que atribuye al Estado "la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los espa-

ñoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales"; si bien la ha matizado con la advertencia de que no cabe amparar en dicha conexión el dictado de normativas estatales sobre extremos (tales como la fabricación y la homologación de determinados productos industriales) que, en correcto rigor técnico, no pertenezcan al ámbito de las indicadas condiciones básicas ni sean reconducibles a la esfera propia del ejercicio de la *libertad de empresa*.

IV. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO DE SOCIEDADES

Singularmente significativa para los mercantilistas es el de la proyección de los principios y normas constitucionales sobre el Derecho de Sociedades; en particular la incidencia en el Derecho Societario de los derechos fundamentales y las libertades públicas susceptibles de amparo conforme a lo establecido en los arts. 53.2 y 161.1.b) CE y 41 y ss. LOTC.

No creo polémica la afirmación de que uno de los aspectos más generalmente valorados de la Constitución de 1978 es el del reconocimiento en ella de un conjunto de derechos fundamentales que configuran el texto de nuestra Carta Magna como particularmente avanzado y acorde con el *espíritu del tiempo* que nos ha tocado vivir.

Desde luego, no podía ser otra cosa, en su más trascendente dimensión tales derechos se refieren esencialmente a la persona humana, al hombre (empleando este término en su sentido genérico, en el que se incluyen tanto el varón como la mujer, a la que muy particularmente se refieren algunos de los principios o reglas establecidos, cual, por recurrir a un significativo ejemplo, la proscripción de la desigualdad por razón de sexo que proclama el art. 14). Pero también las personas jurídicas, y entre ellas las sociedades mercantiles, resultan titulares de determinados derechos fundamentales.

Así el Tribunal Constitucional ha mantenido expresamente que las personas jurídicas, y en particular las sociedades mercantiles y los socios de éstas:

* Tienen derecho (i) "a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión" (art. 24.1 CE), (ii) "al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada

contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia” (art. 24.2 CE).

* Se encuentran legitimados para demandar amparo en caso de violación de sus derechos fundamentales o libertades públicas.

* Son titulares del conjunto de derechos consagrados en el art. 20.1 CE. En especial, del contemplado en el apartado d): el derecho: “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”.

* Les es aplicable el principio de igualdad ante la Ley (art. 14 CE), si bien no en idénticos términos que en el caso de las personas físicas.

* Gozan de algunos de los derechos consagrados en el art. 18 CE. De ellos el *derecho a la intimidad* resulta especialmente limitado, mientras que el de *inviolabilidad domiciliaria* se les reconoce en términos muy amplios.

Ahora bien, la cuestión que me parece más relevante para un mercantilista, y quizá para cualquier estudioso del Derecho, tanto en el plano teórico como en muchos aspectos prácticos, es el de la proyección del derecho fundamental de asociación (art. 22 CE) a las sociedades mercantiles.

V. LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN

Dentro del complejo proceso que ha conducido a la configuración de los modernos Estados democráticos, la consagración en los textos constitucionales del *derecho de asociación* ha significado una conquista esencial, cuya consecución ha hecho posible la participación efectiva de los ciudadanos en la vida pública.

En oposición a las estructuras políticas del feudalismo o de los Estados absolutistas de la Edad Moderna, en las que el súbdito se presenta aislado o, a lo sumo, como miembro de un *gremio* o *corporación* frente al señor o al soberano, tras una primera fase en la cual ni las Declaraciones de derechos ni las Constituciones, seguramente siguiendo la prevención de Rousseau frente a las *sociedades parciales* que podían distorsionar el proceso de formación de la *voluntad general* en el *Estado*, hicieron inicialmente referencia alguna al derecho de asociación, drásticamente restringido durante los años centrales de la Revolución francesa por la *Ley Le Chapelier* de 1791

y el Decreto de la Convención de 24 de agosto de 1793 de supresión de las sociedades de enseñanza y de caridad, de las asociaciones literarias y científicas y de las compañías financieras, los Estados democráticos de los siglos XIX y XX apreciaron la conveniencia o, finalmente, la necesidad de establecer cauces idóneos para que sus ciudadanos pudieran agruparse voluntariamente al objeto de ejercitar derechos de participación política o, con carácter general, para desarrollar actuaciones colectivas ajenas al ánimo de lucro. En la línea trazada por estas ideas, Constituciones y Textos internacionales han reconocido formalmente en nuestro tiempo el derecho de asociación como uno de los derechos humanos fundamentales o esenciales.

La Constitución española de 1978 incluye expresamente, entre los derechos fundamentales que consagra, el de asociación, a cuyo efecto establece en su artículo 22 que:

- “1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.”

Como claramente manifiesta una primera aproximación al texto citado, en él se delimitan con precisión los límites negativos del derecho fundamental que establece: no están amparadas por este derecho las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito ni las secretas o de carácter paramilitar.

Puede resultar cuestionable por el contrario la dimensión positiva o ámbito propio del derecho proclamado, que sin duda quiso referir el constituyente a las asociaciones que en términos amplios cabría calificar *de utilidad pública*, en cuanto ordenadas a la consecución de fines de interés general o *no egoístas*; entes colectivos entre los cuales se encuentran los partidos políticos y otros entes de naturaleza o substrato asociativo contemplados en la *Ley de leyes* (sindicatos de trabajadores, asociaciones empresariales, comunidades o confesiones religiosas, colegios profesionales, organizaciones de consumidores y usuarios, organizaciones profesionales para la

defensa de intereses económicos, grupos sociales y políticos significativos y sectores y colectivos relacionados con el derecho a la educación y la libertad de enseñanza), pero sin duda no con tanta claridad las figuras asociativas de finalidad lucrativa, como son las de naturaleza societaria, cuya inclusión en el género de las destinatarias del reconocimiento constitucional del derecho de asociación ha suscitado tradicionalmente algunas reservas.

El problema que queda así planteado puede en definitiva sintetizarse, para lo que aquí y ahora interesa, en los siguientes términos: ¿El reconocimiento constitucional del derecho de asociación tiene sólo alcance o dimensión en el ámbito de las actuaciones de interés general, carácter social o transcendencia política (es decir, se contrae exclusivamente a las asociaciones de este carácter o proyección) o cabe referirlo asimismo a los entes u organizaciones de naturaleza asociativa, cualquiera que sea su finalidad o funcionalidad? Y, específicamente, ¿cabe entender reconducible al ámbito de dicho derecho fundamental la creación de sociedades y, concretamente, de sociedades mercantiles?

La cuestión propuesta conduce, en una primera aproximación, al análisis del sentido o alcance con el que el término *asociación* se utiliza en el texto constitucional.

De manera sintética puede decirse que, por lo general, con el término *asociación* se hace referencia en nuestro Ordenamiento jurídico a dos contenidos conceptuales diferentes. En un sentido muy comprensivo, quizá el más extendido en el Derecho Privado (*vid.* arts. 35 y 36 del Código Civil), se consideran *asociaciones* todas las agrupaciones de personas, tanto de *interés público* como de *interés particular*, que no resulten reconducibles a la categoría de las *corporaciones*. Por el contrario, en sentido estricto o restringido, utilizado predominantemente en el ámbito del Derecho Público, se reserva la denominación de *asociaciones* para los entes de índole asociativa que no persiguen la obtención de un lucro. Sin descender a matices, sin duda de indudable interés a otros efectos, cabe observar que mientras los privatistas suelen manejar ambos sentidos del término los publicistas (o un amplio sector de los publicistas) operan de manera prácticamente exclusiva con la acepción más estricta.

Haciéndose eco de esta dualidad de posibles significados del término *asociación*, pero optando claramente por uno de ellos, el Apartado II de la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (LODA), advierte que: "La presente Ley Orgánica, siguiendo nuestra tradición jurídica, limita su ámbito a las asociaciones sin fin de lucro, lo que per-

mite dejar fuera del ámbito de aplicación de la misma a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades, y a las comunidades de bienes o de propietarios, cuyas finalidades y naturaleza no corresponden a la esencia comúnmente aceptada de las asociaciones, sin perjuicio de reconocer que el artículo 22 de la Constitución puede proyectar, tangencialmente, su ámbito protector cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial". Y conforme a este postulado su artículo 1 establece en sus apartados 2 y 4 que: "El derecho de asociación se regirá con carácter general por lo dispuesto en la presente Ley Orgánica, dentro de cuyo ámbito de aplicación se incluyen todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico", quedando excluidas del ámbito de aplicación de la Ley "las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico".

¿Cabe considerar que la posibilidad de creación de estos entes u organizaciones, en el marco de las disposiciones legales que resulten de aplicación en cada caso, supone el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 22 de la Constitución? El interrogante abierto no es meramente académico, ni carece, en modo alguno, de relevantes consecuencias prácticas la respuesta que deba dársele. Baste apuntar que de ella depende la aplicación en el mundo de las sociedades de lo establecido en los artículos 53 (apartados 1 y 2), 81 (apartado 1) y 22 (apartados 1, 3, 4 y 5) CE.

Por lo que respecta a este último precepto adquieren dimensiones singulares las previsiones constitucionales relativas a la disolución de las asociaciones y a la suspensión de sus actividades (que sólo podrán ser acodadas en resolución judicial motivada, no por la autoridad administrativa) y al régimen de la publicidad de los entes y de los pactos asociativos. Especialmente relevante resulta en este campo determinar la transcendencia que puede alcanzar dicha publicidad en la atribución de personalidad a las sociedades y en la separación de las esferas de la responsabilidad patrimonial de éstas y de sus socios. Y, muy especialmente, resulta de extraordinario interés el principio de que la inscripción registral sólo puede exigirse a efectos de publicidad, no con carácter constitutivo o determinante de la existencia de la asociación.

Esta última es una cuestión de gran relevancia en el ámbito del Derecho Mercantil. A tal propósito ha de partirse de dos ideas claves

respecto de la prohibición constitucional de las asociaciones *secretas*.

La primera, que circunscribe en términos negativos su alcance, es la de que no se infringe tal prohibición por el simple incumplimiento de la exigencia de inscripción registral (una asociación no inscrita no es, sólo por ello, una asociación *secreta* privada del amparo constitucional). La inscripción se requiere "a los solos efectos de publicidad", por lo que es una *carga* de cuyo cumplimiento o incumplimiento derivarán, en su caso, las consecuencias legales de la existencia o inexistencia de publicidad registral. La calificación como *carga* implica descartar la idea de que el artículo 22.3 CE imponga una obligación de inscripción. A pesar del empleo en el texto de esta norma del término "deberán" no puede afirmarse la existencia de un verdadero mandato constitucional de inscripción, ni cabe considerar al margen de la Constitución las asociaciones que no se inscriban. Se trata, antes bien, de señalar que la falta de inscripción no deparará para la asociación otras consecuencias que las vinculadas con carácter general por el Ordenamiento a tal ausencia de publicidad (por ejemplo, las relativas al régimen de responsabilidad por las deudas de la asociación), sin que quepa condicionar en modo alguno el amparo constitucional a la constancia registral de la creación del ente asociativo. Se excluye, en otras palabras, que el registro pueda servir a efectos distintos de la publicidad (se proscribió así que pueda utilizarse a efectos del control gubernativo de los fines de la asociación).

La segunda, que concreta ya positivamente la situación a la que hace referencia la norma constitucional, es que a sus efectos las asociaciones que han de considerarse secretas son aquellas cuyos integrantes mantengan voluntariamente oculta su existencia. Se ha podido así advertir que lo determinante es que los asociados persigan de modo deliberado y sistemático la no publicidad de todos o parte de sus elementos fundamentales, y no el desconocimiento más o menos generalizado de la existencia y actividades de la asociación; lo esencial para calificar como secreta una asociación es que su ocultación constituya una auténtica directiva fundacional.

Lo dicho permite concluir que la asociación existirá sin necesidad de inscripción registral. El legislador ordinario tiene que respetar el mandato constitucional; lo cual significa que nadie debería dudar de la veracidad de esta afirmación en el plano *interno*: el contrato asociativo (en sentido amplio) es eficaz y vinculante *inter partes* aun sin publicidad registral; el ejercicio del derecho fundamental de asociación no puede estar sometido a la intervención gubernativa a

través de la *Administración Registral*. Por el contrario resulta discutible si, a la vista de lo dispuesto en el artículo 22.3 CE, la eficacia externa de las asociaciones, la atribución de personalidad jurídica, puede hacerse depender legalmente de la inscripción en un registro. Y a nadie escapará que, en la medida en la cual se considere que el derecho de crear entes societarios encuentra amparo en el referido artículo, la respuesta a esta cuestión puede tener una significativa incidencia en el tratamiento del problema de la irregularidad de las sociedades mercantiles.

En efecto, para un sector muy autorizado de la doctrina el derecho constitucional de asociación lleva implícita la facultad de los ciudadanos de constituir sociedades o asociaciones *externas*, para lo cual resultaría necesario que éstas se hallasen dotadas de un mínimo de subjetivización que les permitiera actuar unificadamente en el tráfico. Por lo tanto habría de reconocerse *en todo caso* a las sociedades y asociaciones esa *personalidad jurídica mínima* (o ese mínimo de personalidad, si se prefiere) que, sustancialmente (cfr. art. 38.1 Código civil), se traduciría en la posibilidad de constituir un patrimonio separado del personal de los socios o asociados y en la unificación de la actividad del grupo. Si por el mero hecho de no estar inscritas se negara esa personalidad jurídica mínima a las asociaciones y sociedades (es decir, si se les negara sólo por ello cualquier capacidad de obrar, o se entendiese que sus bienes siguen siendo propiedad –en alguna forma de cotitularidad– de sus asociados o socios) no se respetaría tampoco el contenido esencial del derecho de asociación (cfr. art. 53.1 CE). Todo ello sin perjuicio de admitir que la Ley pueda exigir requisitos ulteriores (por ejemplo, ahora sí, la inscripción registral) para atribuir a las asociaciones en sentido amplio una personalidad jurídica especial o completa (o, si se prefiere la expresión, un grado más alto de personificación) que comporte, por ejemplo, el establecimiento de una estructura corporativa o la no responsabilidad personal de los socios o asociados por las deudas sociales o de la asociación.

Repárese en las consecuencias de esta tesis. Por un lado resultaría que, al ser forzoso interpretar las normas mercantiles acerca de la constitución de tales tipos asociativos en esta clave, no quedaría otro remedio que reconocer personalidad jurídica (al menos en algún grado o con cierto contenido mínimo) a las sociedades irregulares. Los argumentos basados en la legalidad ordinaria que apuntan en este sentido se verían así enormemente reforzados. Pero es que, además, desde este entendimiento de la cuestión habría que concluir que el artículo 22 CE impediría al legislador ordinario con-

dicionar la adquisición de personalidad jurídica (en el grado mínimo que iría necesariamente vinculado al derecho de asociación) a la inscripción registral.

Naturalmente el hecho de que cualquier asociación (utilizado ahora el término en sentido amplio) resulte reconducible al ámbito del artículo 22 CE no impide, como es obvio, que el legislador pueda establecer distintos regímenes para diferentes tipos de asociaciones, fijando los requisitos específicos para la constitución de cada uno de ellos y estableciendo su regulación. Y es que la existencia de diversos tipos legales no limita el derecho de asociación, cuyo ejercicio no se encuentra condicionado por la normativa legal, puesto que se trata de un derecho que encuentra su fundamento directamente en la Constitución y no en la Ley. De esta manera cualquier agrupación voluntaria y estable de personas con fines lícitos (que no sea secreta ni de carácter paralimitar), es decir, cualquier asociación en sentido amplio, quedará amparada por el precepto constitucional. Lo que sucede es que, si se quiere crear uno de los tipos específicamente regulados y previstos (es decir, si se quiere que la asociación que se constituya se someta a una determinada disciplina), habrán de respetarse los requisitos legalmente impuestos para ello.

VI. DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES SOBRE LA RECONDUCTIBILIDAD AL DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN DEL DERECHO A CONSTITUIR SOCIEDADES MERCANTILES

Pese a las relevantes consecuencias que, como se acaba sumariamente de indicar, tiene la cuestión de si el derecho a constituir sociedades mercantiles es o no un *derecho fundamental*, es decir, si resulta o no reconducible al *derecho de asociación* reconocido en el artículo 22.1 CE, la literatura mercantilista o, en términos más generales, privatista (con algunas honrosas pero muy puntuales excepciones; principalmente, Paz-Ares, Pantaleón, Capilla y Alonso Ledesma), no ha dedicado particular atención al tema, cuyo estudio por el contrario ha sido efectuado con diversidad de enfoques por la doctrina constitucional.

En ella una primera línea de pensamiento ha mantenido que el *derecho de asociación* se circunscribe a las asociaciones *stricto sensu* (tal parece ser también la orientación del Tribunal Supremo). En apoyo de esta tesis se han esgrimido argumentos de diferente naturaleza y desigual poder de convicción, que en apretado resumen

pueden agruparse en torno a dos ideas (desde luego muy vinculadas entre sí):

En primer término, y desde un punto de vista histórico, los defensores de esta opinión recuerdan que, durante el siglo XIX, la batalla por el reconocimiento del derecho de asociación se dirimió en España en el campo del derecho de asociación *política*, ideológica o no lucrativa. El derecho a constituir sociedades civiles o mercantiles no fue puesto en cuestión en la legislación ordinaria y no suscitó polémica en el plano político. En consecuencia no habría sido objeto de debate a nivel constitucional y nunca habría sido la intención del constituyente de 1978 comprender a las sociedades en la regulación establecida en el artículo 22 CE.

En segundo lugar, subyace a esta tesis la premisa (de evidentes connotaciones ideológicas) de que los derechos fundamentales se reconocen y tutelan constitucionalmente al servicio de los más altos valores de la persona, en referencia específica a los que se conectan con la dignidad de ésta, le son inherentes y, en consecuencia, fundamentan el orden político y la paz social (art. 10.1 CE). Siendo así las cosas, si se niega radicalmente tal condición al ánimo de obtener lucro o ganancias, resulta obligado concluir la exclusión de las sociedades civiles y mercantiles del ámbito protector del artículo 22 CE. A veces se señala, en conexión con esta idea, la de que la tutela del derecho a constituir sociedades con fin lucrativo ha de buscarse, en el plano constitucional, a través de la consagración de la libertad de empresa (art. 38 CE).

Otra corriente de opinión no ve obstáculos en admitir que el artículo 22 CE incluya a las sociedades en su ámbito de aplicación (incidentalmente se manifiesta en este sentido la RDGRN de 14 de febrero de 2001).

De un lado, y con respecto a la línea de pensamiento que incluye el derecho de constitución de sociedades en el ámbito del artículo 38 CE, se ha puesto de manifiesto que en correcta técnica jurídica no resulta fácil deducir de la libertad de empresa la de crear sociedades mercantiles. Es más, aun cuando ello se admitiera seguirían existiendo dificultades para amparar en la libertad de empresa el derecho de crear sociedades civiles, las cuales en rigor no son calificables como empresarios mercantiles.

Por otro lado, y en relación con los argumentos de carácter histórico, cabe subrayar que sin duda es cierto que el reconocimiento constitucional del derecho de asociación tiene una clara dimensión política e ideológica que se vincula con la evolución y la significación de las asociaciones en sentido estricto; probablemente también sea

cierto que el artículo 22 CE fue redactado tomando en consideración, primordialmente, el problema específico del derecho a asociarse para la persecución de fines no económicos. Pero esto no puede entenderse suficiente para justificar la exclusión de las sociedades de su ámbito. Más aún, tal y como ha observado GÓMEZ MONTORO, *"desde la Constitución de 1869 hasta la de 1931, el derecho de asociación se reconoció siempre en nuestro país 'para todos los fines de la vida humana', y las sociedades de todo tipo se entendieron siempre vinculadas -tanto por los legisladores como por los teóricos- con el derecho de asociación"*.

Esta segunda línea de pensamiento es la que entiendo preferible. Las razones que se aducen para restringir el ámbito protector del artículo 22 CE no me resultan suficientemente convincentes.

No me lo parece, desde luego, el argumento basado en la historia de la proclamación constitucional del derecho de asociación. Es innegable que su reconocimiento como derecho fundamental se produjo en un contexto en el cual lo que se pretendía era reaccionar contra la desconfianza que tanto el primer liberalismo revolucionario como, posteriormente, la ideología imperante en la primera mitad del XIX mostraron hacia el fenómeno asociativo. Desconfianza que, centrada básicamente en las congregaciones religiosas y en los gremios, no alcanzó en la misma medida a las sociedades, cuyo fin lucrativo las convertía en inocuas para el poder político. De esta forma parece claro que la elevación del derecho de asociación al rango de derecho fundamental fue animada, sobre todo, por el objetivo de asegurar que el legislador no podría restringir el derecho de los ciudadanos de asociarse con finalidades de índole política, religiosa, sindical, educativa o ideológica. Pero el dato de que se asumiera que el derecho a crear sociedades no se encontraba amenazado ni en discusión no autoriza, en absoluto, a pensar que los constituyentes considerasen que no merecía la misma tutela que el derecho de asociarse con fines *no lucrativos*. De hecho, y por llevar la discusión al absurdo, basta con pensar qué derecho resultaría infringido si el legislador prohibiera la constitución de sociedades, si condicionase su reconocimiento a la superación de un previo control gubernativo o si permitiera su disolución por decisión administrativa. ¿Hay alguna duda de que la más contundente reacción contra semejantes excesos habría de venir de la mano del artículo 22 CE?

Por otro lado, la convicción de que sólo los fines relacionados con los más altos valores humanos deben ser merecedores de protección constitucional no deja de resultar inadecuada para justificar la reducción del ámbito de aplicación del artículo 22 CE a las asociacio-

nes de finalidad no lucrativa. Ante todo porque nada en la redacción de este precepto permite delimitar el ámbito del derecho de asociación en función de los fines perseguidos mediante su ejercicio; lo tutelado es la libertad del hombre de combinar su esfuerzo con el de otros para alcanzar un fin común: la naturaleza de este fin resulta indiferente a los efectos del ejercicio del derecho fundamental de asociación, con la salvedad obvia de que sea delictivo (art. 22.2. CE). Y, adicionalmente, porque no se acaba de comprender por qué razón el fin de obtener una ganancia partible entre los socios ha de ser considerado, por sí mismo, menos digno de protección que otros; ¿qué superioridad (ética, moral, ideológica, de utilidad pública o apreciable en cualquier otro aspecto) explicaría que se reconociera y tutelase constitucionalmente el derecho a actuar conjuntamente de quienes pretenden promover la cría del mastín, practicar el juego de bolos, disfrutar de la gastronomía regional o participar en las fiestas locales mientras se niegan tales reconocimiento y tutela a quienes buscan desarrollar una actividad productiva y obtener con ello un legítimo beneficio?

A fin de cuentas el problema estriba en lo inapropiado de llevar a cabo una interpretación restrictiva del concepto de "asociación" empleado en el artículo 22 CE. Interpretación que, a su vez, es consecuencia de realizar la lectura del precepto citado desde conceptos extraños a la propia Constitución y, concretamente, desde los datos suministrados por una determinada lectura de las leyes ordinarias. En efecto, como queda puesto de manifiesto, en sentido estricto o restringido el término "asociación" puede entenderse referido a entidades carentes de ánimo de lucro en sentido subjetivo, esto es, a entidades en las cuales la causa del negocio de asociación no es obtener un beneficio económico y compartirlo entre los asociados. Pero nada hay en el texto constitucional que indique que ésta es la acepción que haya de preferirse. De hecho, si se trata de delimitar el ámbito de aplicación del artículo 22 CE sobre la base del ánimo de lucro surgen inmediatamente dificultades importantes: así, por ejemplo, cabría preguntarse si las cooperativas, legalmente configuradas como "sociedades" aun cuando su finalidad no sea propiamente lucrativa sino mutualista, estarían o no amparadas por dicho precepto. Y una cuestión similar podría plantearse en relación con las agrupaciones de interés económico, las cuales, pese a su cercanía normativa al régimen de las sociedades colectivas (art. 1 de la Ley de 12/1991, de 29 de abril, *de agrupaciones de interés económico* -LAIE-), carecen por expresa previsión legal de ánimo de lucro (art. 2.2 LAIE), ya que su causa es de naturaleza consorcial.

Es cierto que, tradicionalmente, las leyes reguladoras de las asociaciones han excluido de su ámbito a las sociedades. De hecho el artículo 1.4 de la LODA determina que “quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por el contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico”. Ahora bien, dicha exclusión resulta plenamente eficaz, como precisa la propia LODA, por lo que se refiere al ámbito de esta Ley. Pero no resulta posible utilizar tal criterio para definir los confines del derecho de asociación reconocido en el artículo 22 CE. Hacerlo sería tanto como encomendar al legislador ordinario la determinación del contenido de los derechos fundamentales, idea que en ningún caso resulta compartible. Baste con pensar que, si el contenido de la LODA fuese decisivo a efectos constitucionales, una modificación de la opción seguida hasta el momento por el legislador (sometiendo a su disciplina, por ejemplo, algún tipo societario) supondría igualmente una modificación del ámbito tutelado por el artículo 22 CE.

Que la Ley reguladora del derecho de asociación sólo discipline el ejercicio de este derecho en relación con determinadas asociaciones, las que no tienen ánimo de lucro ni están sometidas a un régimen específico (art. 1.2 LODA), no quiere decir que las demás no gocen del amparo del artículo 22 CE; de hecho con esta perspectiva se explica mejor la insistencia de las sucesivas leyes de asociaciones en excluir de su ámbito de aplicación a las sociedades. Tal exclusión se justifica, desde luego, porque las sociedades requieren un régimen diferente al de las asociaciones *stricto sensu*; pero no es menos cierto que la preocupación constante por indicar que éstas y aquéllas quedan sometidas a una disciplina diferente sólo tiene sentido si se piensa que, en ausencia de tal precisión, quedarían sometidas a un mismo régimen, al menos en alguna medida; lo cual, a su vez, encontraría razón de ser en la pertenencia de ambos tipos de entidades a un mismo género común: la *asociación*. Así puede afirmarse con respecto a las cooperativas, que a la luz de la jurisprudencia constitucional han de entenderse comprendidas en el ámbito del derecho fundamental de asociación. Lo mismo habría que decir en relación con las llamadas *asociaciones no reconocidas* o con cualquier otro fenómeno asociativo, tipificado o no en las Leyes, pues el derecho de asociación puede sin duda ejercerse al margen de los tipos concretos legalmente previstos. E idéntica conclusión habrá de alcanzarse con respecto a las demás figuras excluidas de la Ley

siempre que sean calificables, efectivamente, como asociaciones en sentido amplio.

Esta última precisión me lleva, por lo demás, a aclarar que el encuadramiento de las sociedades entre las asociaciones cuya creación y funcionamiento ampara la Constitución no puede predicarse de las sociedades mercantiles (anónimas y limitadas) unipersonales. En efecto, tanto la disciplina de las sociedades anónimas como la de las limitadas admiten la creación de sociedades de estos tipos por una sola persona (*unipersonalidad originaria*) o la subsistencia de las creadas por varias cuando posteriormente al acto de su constitución se produce una situación de unipersonalidad (*unipersonalidad sobrevenida*). Ninguna duda hay de que estas disposiciones legales no infringen el ordenamiento constitucional. Pero no puede pretenderse que la creación o la subsistencia de *entidades unipersonales* (las cuales en ningún caso pueden considerarse asociaciones) estén amparadas por el artículo 22 CE. En otras palabras: no existe un derecho constitucional a crear sociedades unipersonales, ni a que las sociedades en las que todas las cuotas sociales se concentren en una sola persona subsistan como tales entes sociales. La admisión de la unipersonalidad en el mundo societario responde a una opción legislativa, pero no es reconducible en modo alguno al derecho de asociación reconocido como derecho fundamental.

En suma, el artículo 22 CE da cobertura a todo tipo de fenómenos asociativos, sin que los fines del ente creado o la caracterización causal del negocio o acuerdo constitutivo ofrezcan un criterio válido para delimitar el ámbito de aplicación del precepto constitucional. Esto es lo que, en mi opinión, quiso decir el Tribunal Constitucional en la Sentencia 133/2006, de 27 de abril de 2006, al señalar [FJ 11] que *"el reconocimiento del derecho fundamental de asociación en el art. 22 CE implica el respeto de la libertad de los ciudadanos para unirse para el logro de todos los fines de la vida humana al margen de toda indebida interferencia estatal. Dicho de otro modo, para ejercer este derecho fundamental es suficiente la existencia de un acuerdo de colaboración mutua entre ciudadanos donde se manifieste su voluntad de asociarse y de conjugar sus cualidades para la consecución de los fines lícitos perseguidos, no siendo preciso que sobre ese pactum associationis haya de recaer intervención alguna de los poderes públicos, ni tan siquiera de carácter registral"*.

Bien es verdad que el Tribunal Constitucional no ha llegado a formular una doctrina concluyente e inequívoca sobre la cuestión discutida. Nunca ha negado que bajo el artículo 22 CE puedan encontrar cobijo las sociedades, pero tampoco ha afirmado resueltamente

que el reconocimiento constitucional del derecho de asociación se extienda a esta área del fenómeno asociativo. En ocasiones, ha subrayado las especialidades que presentan las sociedades (civiles y mercantiles), pero al mismo tiempo ha destacado la conexión entre ellas y el derecho fundamental de asociación. Con todo, la impresión que puede extraerse de la lectura de los pronunciamientos del Tribunal (algunos meros *obiter dicta*) es que se manifiesta en ellos cierta tendencia a asumir que el artículo 22 CE ofrece cobertura a todo tipo de asociaciones (entendido el término en sentido muy amplio), con independencia de los fines que éstas persigan.

De un repaso de la doctrina del intérprete último de la Constitución quizá pueda concluirse que en ella se apuntan las siguientes líneas: a) Que contemplan el fenómeno asociativo en toda su vasta dimensión. b) Que no han dejado de apreciar la existencia de sensibles diferencias entre las asociaciones *stricto sensu* y las sociedades. c) Que, al menos en principio, encuadran a algunas entidades que no pueden ser calificadas como asociaciones en sentido restringido (concretamente a las cooperativas) en el ámbito del artículo 22 CE. d) Y que, aun cuando hayan advertido que resulta obligado tener en cuenta las especialidades derivadas de su particular régimen, no han considerado nunca que las sociedades con finalidad estrictamente lucrativa se encuentren excluidas del reconocimiento del derecho de asociación en el texto constitucional; antes al contrario, con matizaciones y cautelas, el Tribunal Constitucional parece partir en sus razonamientos del principio de que están incluidas en este derecho (o, al menos, de que no es rechazable tal inclusión en un planteamiento hipotético).

Por todo ello entiendo que la postura conforme a la cual las sociedades quedarían excluidas del ámbito protector del derecho fundamental de asociación responde quizá a un preconcepto, la diversidad cualitativa de los objetivos perseguidos por las asociaciones y las sociedades, y se conecta así con el tema de la transcendencia de los fines, lucrativos o no lucrativos, de las organizaciones societarias o asociativas *stricto sensu*. Y aun cuando ello suscita cuestiones ciertamente controvertibles en el plano de la legalidad ordinaria, en correcto rigor técnico *no plantea un tema de constitucionalidad*. Ningún reparo de fondo, ningún argumento decisivo, se opone al reconocimiento del derecho de asociación en los amplios términos que literalmente resultan del texto constitucional. Ningún obstáculo insuperable impide, por tanto, considerar que las sociedades mercantiles se encuentran amparadas por él.

VII. CONSTITUCIÓN Y DERECHO BANCARIO

Con invocación de principios constitucionales han sido debatidas cuestiones como (i) la incidencia del derecho de fundación (art. 34 CE) sobre la regulación de los órganos de las Cajas de Ahorro, la fiscalidad de estas entidades y las competencias que sobre ellas corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas; o (ii) las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas respecto a la regulación de los depósitos judiciales en entidades de crédito.

Al igual que en tantas otras ocasiones, el tema competencial es clave en el Estado autonómico. Los títulos en que se apoya la competencia estatal sobre los temas apuntados son, esencialmente:

a) La competencia exclusiva del Estado sobre las materias "legislación mercantil" (art. 149.1.6ª CE); "legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas" (art. 149.1.6ª CE); "Administración de Justicia" (art. 149.1.5ª CE); "legislación civil", sin perjuicio de las especialidades civiles y forales, con salvaguardia de los extremos específicamente reservados a la competencia estatal (art.149. 1.8ª CE); "legislación laboral, sin perjuicio su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas" (art. 149.1.7ª CE); "bases de la ordenación de crédito, banca y seguros" (art. 149.1.11ª CE); y "comercio exterior" (149.1.10ª CE).

b) Así como la competencia que atribuyen al Estado otros posibles títulos horizontales (*v. gr.* "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica" –art. 149.1.13ª CE- o "Hacienda General" –art. 149.1.14ª CE-) y la cláusula de *cierre* del art. 149.3 CE (que declara la competencia estatal "sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía", establece la prevalencia de las normas del Estado "sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas", y hace al Derecho estatal "supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas").

Las Comunidades Autónomas pueden asumir en sus Estatutos competencias en relación con el Derecho Bancario conforme a las previsiones de los arts. 148.1.13ª CE ("fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma") y 148.2 CE (que se consagra la posibilidad de que las Comunidades Autónomas asuman competencias en el marco del art. 149 CE).

Pero, al margen de los problemas competenciales, la incidencia de los principios y normas constitucionales en la regulación de las Cajas de Ahorro y su operativa se ha suscitado en referencia al derecho de fundación y al gran tema del secreto bancario, cuestionándose respecto de este último la articulación del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) y la investigación de las cuentas corrientes y las órdenes bancarias de pago cuando la requiera la tutela de los intereses públicos.

Respondiendo a este último interrogante el Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho fundamental a la intimidad debe ceder cuando: (i) la investigación responda a fines constitucionalmente relevantes (como la exigencia de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos -lucha contra el fraude fiscal-); (ii) se encuentra legalmente prevista; (iii) se acuerda por resolución judicial o por la Administración estando específicamente facultada por la ley al efecto; (iv) y resulta proporcionada (es idónea al fin perseguido, éste no se puede alcanzar con otras medidas menos gravosas y es más beneficiosa que lesiva).

También puede tener cierto interés recordar que el Tribunal Constitucional ha entendido que dotar de una especial virtualidad procesal a efectos del despacho de ejecución a determinadas certificaciones expedidas por las entidades de crédito no vulnera los derechos fundamentales a la igualdad o a la tutela judicial efectiva. O que no atenta contra el derecho a la propiedad privada (art. 33.1 CE) la adquisición por el Estado de los bienes depositados en entidades de crédito que se tengan por "abandonados" como consecuencia de que sus titulares no hayan practicado durante 20 años ningún acto de gestión que implique el ejercicio de su "derecho de propiedad".

En el plano de la legalidad ordinaria suscita alguna reflexión considerar los *saldos de cuenta corriente* como *bienes que se abandonan*. Posiblemente sería más correcto entender que son *créditos que prescriben*, y quizá entonces la falta de acción del cliente tendría en principio que jugar en beneficio de la entidad de crédito. Pero en el plano constitucional, dado que el derecho reconocido en el art. 33.1 CE no debe reducirse a la esfera de los derechos reales, sino que comprende toda relación o posición jurídica de contenido económico, la disposición legal es admisible, ya que no impone un sacrificio injustificado a los derechos o intereses de las partes en presencia.

VIII. ALGUNA INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL CAMPO DEL DERECHO DE SEGUROS

En el año 2006, al participar en un coloquio "sobre los veinticinco años de la Ley de Contrato de seguro" organizado en Valencia por la Fundación Justicia en el Mundo (de la Unión Internacional de Magistrados) y UNESPA, pretendí resaltar la incidencia de la doctrina establecida por el intérprete supremo de la Constitución sobre diversos particulares de la disciplina asegurativa. Destaqué entre otros la importancia que para el funcionamiento eficaz del sistema de seguro obligatorio y de la cobertura del *Fondo de Garantía* reviste el pronunciamiento realizado al declarar la constitucionalidad, en principio (con matices y salvedades que no procede detallar en este instante), de la aplicación del *sistema de baremos* a efectos de fijar el *quantum* de las indemnizaciones a satisfacer a las víctimas de los siniestros verificados como consecuencia de la circulación de vehículos automóviles.

IX. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE INSTITUCIONES Y CUESTIONES CONCURSALES

Y cerraré esta intervención con una telegráfica referencia a varias proyecciones de las normas constitucionales sobre el Derecho Concursal.

1º) Ante todo creo oportuno dejar constancia de que el Tribunal Constitucional ha señalado que resultan ajenas a su jurisdicción, por referirse exclusivamente a la interpretación de la *legalidad ordinaria* o infraconstitucional, cuestiones en relación con las cuales se ha solicitado su amparo. Así ha ocurrido en los casos:

a) de demandas presentadas ante la denegación del beneficio de asistencia jurídica gratuita a las sociedades mercantiles a efectos de la tramitación de procedimientos de quiebra o de expedientes de suspensión de pagos;

b) de reclamaciones presentadas por trabajadores de compañías mercantiles en estado de quiebra o de suspensión de pagos contra el Fondo de Garantía Salarial alegando el derecho a percibir, con cargo dicho Fondo, la totalidad de las indemnizaciones fijadas por la jurisdicción laboral;

c) del cuestionamiento de la admisibilidad de la declaración de quiebra de un comerciante fallecido;

d) de la apreciación de la necesidad o innecesidad del emplazamiento de una de las entidades afectadas en un recurso de apelación en el que se planteaba la necesidad de tramitar una sola quiebra o dos cuando el procedimiento o los procedimientos concursales habían de referirse a sociedades a las que resultaba aplicable la doctrina del *levantamiento del velo*;

e) de la impugnación de la posibilidad de que una sociedad anónima cuya escritura de disolución no se había inscrito en el Registro mercantil fuese declarada en estado de suspensión de pagos;

f) del cuestionamiento de legitimación para efectuar alegaciones en un recurso de revisión a una sociedad en estado de suspensión de pagos o de quiebra;

g) de la exigencia de consignación para promover recursos de casación a las intervenciones de las suspensiones de pagos;

h) de las exigencias legales de *quórum* de constitución de la junta de acreedores y de distintas mayorías para la aprobación del convenio según su contenido y en función de que la junta se celebre en primera o en segunda convocatoria;

i) de la negación de la existencia de derecho de los declarados en estado de suspensión de pagos o de sus acreedores a someter a votación un determinado convenio, a convocar sucesivas juntas de acreedores o a que se subsanen los errores aritméticos o de interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria producidos en éstas;

j) de la revisión del dato fáctico de las adhesiones al convenio de una suspensión de pagos y de la concurrencia del "*quórum* [requerido] para su válida aprobación" (*rectius*: del *quórum* preciso para la constitución de la junta de acreedores y de la adopción de acuerdos en ésta por las mayorías exigidas para la aprobación del convenio);

k) del cómputo del plazo para la presentación de las demandas de oposición a los convenios alcanzados en las suspensiones de pagos;

l) de concesión de sucesivas prórrogas de plazos a los intervinientes judiciales, de carencia de capacidad del representante de una entidad suscriptora del convenio, de determinación de los bienes que componen una herencia yacente declarada en estado de suspensión de pagos y del orden de las intervenciones en la junta de acreedores;

m) de la falta reconocimiento de legitimación activa a la comisión liquidadora creada en el convenio aprobado por la junta de acreedores de una sociedad anónima declarada en quiebra para el

ejercicio de las acciones de nulidad derivadas de la retroacción acordada en el auto declarativo del procedimiento concursal;

n) de planteamiento de la posibilidad de suspender la ejecución de una sentencia firme de desahucio por encontrarse la entidad demandada en situación de suspensión de pagos;

ñ) de la denuncia de la presunta inconstitucionalidad de la exclusión de todo recurso contra el acuerdo de declarar concluido el expediente de suspensión de pagos y de la interpretación judicial de la regulación en los arts. 13 y 14 de la Ley de suspensión de pagos del cómputo de los plazos de la espera y del *quórum* de asistencia y las mayorías requeridas para la constitución de la junta de acreedores y la aprobación en ella de convenios con el deudor;

o) de la paralización de la tramitación de un expediente de suspensión de pagos al estar admitida a trámite una querrela;

p) y de la primacía o no del proceso universal de quiebra frente a la invocación de la existencia de un delito de alzamiento de bienes.

2º) Pero en otras ocasiones la doctrina constitucional ha tenido que afrontar temas de cierta transcendencia o significado. Tales han sido los casos de:

a) *El nombramiento de jueces especiales en las quiebras y la exigencia constitucional del juez ordinario predeterminado por la ley.*

La admisibilidad del nombramiento de un Juez especial para conocer de un procedimiento de quiebra ha sido objeto de particular consideración por el Tribunal Constitucional.

Éste, partiendo de que el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) tiene plena vigencia en el proceso civil, apuntó que la regulación establecida en el art. 1 del Decreto-ley de 17 de julio de 1947, conforme al cual la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo podrá nombrar Jueces especiales para el conocimiento de juicios universales "cuando lo ordene el Ministerio de Justicia", no resultó derogada por el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, *del Consejo General del Poder Judicial*, al no ser de idéntico contenido ambas normas "ni en todo ni en parte".

Pero, ello sentado, observó que exige más detenido análisis resolver si la regulación establecida en el citado artículo del Decreto-ley de 1947 resulta o no conforme a las exigencias constitucionales.

Cabría, ante todo, apuntar un problema formal, dado que la determinación del Juez competente para actuar en un concreto proceso ha de resultar de lo prescrito en una *ley* en sentido estricto, es decir, de lo establecido en una norma promulgada con tal carácter, lo cual excluye que la indicada determinación pueda proceder de disposiciones dictadas por el Poder Ejecutivo, entre las que se incluyen los Decretos-leyes. Mas, dado que el Decreto-ley de 17 de julio de 1947 fue promulgado con anterioridad a la Constitución, no cabe atribuir a ésta un efecto retroactivo en relación con el carácter formal requerido respecto de las disposiciones dictadas antes de ella.

Ahora bien, reflexionado sobre el fondo del problema planteado, afirmó la necesidad del respeto de la exigencia de que sea un Juez predeterminado por la ley el que haya de conocer de un concreto procedimiento concursal. Ello implica que resulte contraria a los principios y mandatos constitucionales contenidos en los arts. 24.2 y 117, aps. 1 y 3, CE la atribución de la facultad de nombrar Jueces especiales para el conocimiento de los juicios universales (y entre éstos, claro está, de los procedimientos concursales) dentro de un marco de indeterminación tan amplio que posibilite el nombramiento de dichos Jueces siempre que así lo estime conveniente el Ministerio de Justicia, puesto que ello equivaldría a la concesión a la Administración de una facultad discrecional contraria a las reglas de contenido atributivo de competencias jurisdiccionales y supondría consagrar la posibilidad del nombramiento de Jueces *ad hoc* entre los de categoría igual o superior "a la del Juez a quien corresponda, con arreglo a la ley procesal, conocer del asunto".

b) *La declaración de quiebra inaudita parte debitoris.*

La regla establecida por el art. 1325 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, conforme a la cual, una vez probados "los extremos comprendidos en el artículo 1025 del Código de comercio [de 1829]", el Juez declarará la quiebra *necesaria* "sin citación ni audiencia del quebrado", ha sido estimada conforme con la Constitución, por cuanto no causa la indefensión proscrita por el art. 24.1 CE, ya que únicamente aplaza la posibilidad de la defensa del afectado por la declaración a una fase posterior del procedimiento concursal.

c) *La calificación de la quiebra.*

El Tribunal Constitucional ha negado que quepa proyectar el principio de presunción de inocencia (art. 24.2, párrafo primero, *in fine*, CE) sobre la calificación civil de la quiebra; o que produzca inde-

fensión (en los términos proscritos por el art. 24.1, *in fine*, CE) la calificación de una quiebra como culpable omitiendo el trámite de audiencia previsto con carácter previo en el párrafo segundo, *in fine*, del art. 1383 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, cuando el afectado por dicha calificación, habiendo tenido oportunidad para hacerlo, no ha actuado diligentemente en la defensa de sus intereses formulando las alegaciones pertinentes ante el órgano judicial.

d) *El arresto del quebrado.*

Como una pervivencia del tratamiento penal (o *quasipenal*) del quebrado característico de la regulación de la quiebra en el Derecho Español antes de la Codificación decimonónica, el art. 1044 del Código de Comercio de 1829 establecía que en el acto de hacerse por el Tribunal la declaración de quiebra se proveerían, entre otras las disposiciones siguientes: "2ª. El arresto del quebrado en su casa, si diere en el acto fianza de cárcel segura; y en defecto de darla, en la cárcel". De esta disposición se hizo eco la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 en sus arts. 1333 y 1335 (vigentes hasta la entrada en vigor de la reforma de la legislación concursal).

En relación con estas normas, y específicamente con la contenida en el art. 1335, se promovió cuestión de inconstitucionalidad por entender que el automatismo con que regulan el arresto del quebrado vulnera el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) e incluso puede incidir sobre el derecho a la libertad (art. 17.1 CE). El Tribunal Constitucional consideró que la previsión legal del *arresto carcelario* resulta contraria al derecho fundamental a la libertad, pero que no cabe afirmar lo mismo en términos absolutos, ni que sea incompatible con el derecho a la presunción de inocencia, el *arresto domiciliario* del quebrado ("en su casa") cuando se adopte esta medida en una resolución motivada, responda a la finalidad legítima de asegurar la finalidad del proceso de quiebra y sólo se extienda al tiempo indispensable para conseguir un objeto constitucionalmente admisible como justificativo de ella; esto es, resulte *proporcionada*.

e) *La no acumulación al procedimiento de quiebra de los procedimientos hipotecarios sumarios sustentados en garantías constituidas durante el período retroacción de la quiebra.*

Se solicitó amparo frente a la no acumulación al procedimiento de quiebra de los procedimientos hipotecarios sumarios sustentados en garantías constituidas durante el período retroacción de la quiebra

al estimar que ello vulnera el principio de igualdad (art. 14 CE), en cuanto la no acumulación determina una manifiesta discriminación, dada la desigualdad del tratamiento que se impone a los acreedores comunes y el que se dispensa a los acreedores hipotecarios con un título nulo, puesto que la no acumulación al juicio universal de quiebra del juicio hipotecario sumario hace que este último continúe su tramitación y que, consiguientemente, resulte imposible que si se efectúa la adjudicación de los bienes hipotecados en pública subasta pueda restaurarse en su estado anterior el patrimonio del quebrado.

El Tribunal Constitucional no apreció la existencia de esta infracción constitucional al estimar que no se da una igualdad de situaciones entre los acreedores comunes y los hipotecarios, lo cual excluye de raíz la vulneración del art. 14 CE.

f) *Trascendencia del estado de suspensión de pagos del recurrente a efectos de admitir que la prestación de garantías para interponer recursos pueda realizarse mediante otras fórmulas distintas a la consignación a metálico.*

En la línea apuntada en relación con el tratamiento dispensable a los quebrados el Tribunal ha entendido que, aun cuando no vulnera el principio de igualdad (art. 14 CE), sí resulta contrario al derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1, *in fine*, CE) excluir la posibilidad de que, para promover recursos de suplicación, los declarados en estado de suspensión de pagos puedan sustituir la consignación en metálico de las sumas exigidas al efecto en la Ley de Procedimiento Laboral por la prestación de otras garantías que satisfagan la necesidad de asegurar los legítimos intereses de los trabajadores.

La misma doctrina ha sido reiterada respecto de la exigencia de consignación a metálico para interponer recurso de casación.

3º) Lo hasta aquí expuesto pone de manifiesto (aunque, de seguro, no en todo su amplio significado) la relevante contribución del Tribunal Constitucional a la depuración, en el ámbito específico de su competencia, del Derecho Concursal.

Pero es obvio que el contenido de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal en el período tomado en consideración en las páginas precedentes no configura en modo alguno un *cuerpo cerrado*. El *carácter histórico* del Ordenamiento se manifiesta, como en tantos otros sectores de la realidad jurídica, en la historicidad de la doctrina establecida por el intérprete supremo de la Constitución, una

de cuyas funciones esenciales consiste, precisamente, en mantener viva y actual la lectura de la *Carta Magna*, haciendo que el contenido de ésta responda en todo instante a las exigencias de las circunstancias y el momento en que ha de ser aplicada. La *Lex legum*, al igual que cualquier otra norma jurídica, ha de ser interpretada, conforme exige el art. 3.1, *in fine*, del Código civil, en relación con la realidad social del tiempo en el cual ha de ser aplicada y atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

Estas observaciones resultan particularmente adecuadas cuando, como acaece en nuestros días, el Derecho Concursal ha sido objeto de una profunda reforma por las *Leyes Concursal y para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*.

Con la plena entrada en vigor de estos textos han perdido gran parte de su significado, si no casi todo su sentido y valor, muchos de los pronunciamientos hasta ahora efectuados por el Tribunal Constitucional sobre cuestiones suscitadas por la normativa concursal derogada. En lugar de ellas la doctrina constitucional habrá de abordar sin duda otras cuestiones diferentes propuestas por la nueva normativa, o incluso habrá de proceder, en relación con ésta, a revisar algunas de las afirmaciones anteriormente efectuadas (función a la cual se refiere comúnmente la doctrina constitucionalista con el término anglosajón *overruling*).

Pero tales futuros desarrollos o rectificaciones descansarán, en gran parte, sobre la base firme de la doctrina precedentemente establecida. Así como en el acto solemne de la investidura de los doctores el viejo y sabio protocolo de la Universidad impone que, al entregar el *libro de la Ciencia* a los recipiendarios, les advierta el Rector que ello es símbolo de que por grande que sean o lleguen a ser sus conocimientos y su pericia unos y otra se basarán en última instancia en las enseñanzas de sus maestros, así también en la tarea constante y necesariamente siempre inacabada de la interpretación y reconstrucción de los principios, valores y normas constitucionales para acomodar a ellos el conjunto del Ordenamiento jurídico, los nuevos pasos o avances de la doctrina del Tribunal Constitucional han de traer causa de los principios consagrados en etapas anteriores del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, incluso cuando tales principios resulten a la postre rectificados o corregidos.

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE TRABAJOS

- Los trabajos remitidos a REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO (en adelante, RJN) para su publicación habrán de ser **originales e inéditos**.
- **Envío:** los trabajos serán enviados a xxxxxx@xxxx.es, debiéndose indicar, junto al nombre completo del autor, NIF y domicilio fiscal del mismo.
- Los trabajos han de cumplir con los **siguientes criterios**:
 - a) **Extensión** de los trabajos: entre XX y XX páginas. (*ampliar según el tipo de trabajos que se prevean incluir en la revista*).
 - b) **Formato del archivo:** Word.
 - c) **Fuente y párrafo:**
 - Tipo de letra: Times New Roman.
 - Estilo: sin negritas ni subrayados.
 - Tamaño de letra: 12 (texto principal) y 10 (notas).
 - Interlineado: sencillo.
 - d) **Estructura.** Todos los trabajos enviados para su publicación habrán de contener, al inicio de los mismos, los siguientes datos en el orden que a continuación se relaciona:
 - i. **Título** del trabajo (en español y en inglés).
 - ii. **Autoría:** nombre y apellidos del autor/es y grado académico o situación profesional.
 - iii. **Resumen** del artículo (entre seis y ocho líneas).
 - iv. Resumen del artículo en inglés (abstract).
 - v. **Palabras clave** (de 5 a 10 palabras).
 - vi. Palabras clave en inglés (key words).
 - vii. **Sumario**, según la siguiente numeración y fuente:
 - I.** (en mayúscula y negrita)
 - 1.** (en minúscula)
 - 1.1** (en minúscula)
 - 1.1.1** (en minúscula)

El último apartado será la **BIBLIOGRAFÍA**, que deberá contener las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente por el primer apellido del autor y según la forma establecida en el apartado siguiente.

- e) Las **notas** se situarán a pie de página, debiendo atenderse, en las **referencias bibliográficas**, los siguientes criterios:

Libro:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), *título de la obra (en cursiva)*, edición, lugar de publicación, editorial, año.

Capítulo de Libro:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), "título del capítulo" (entre comillas), en: apellidos e inicial del nombre (ed./dir./coord.), *título del libro (en cursiva)*, edición, lugar de publicación, editorial, año, pp. inicial y final.

Artículo:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), "título del artículo" (entre comillas), en: *título de la revista (en cursiva)*, número de la revista, año, pp. inicial y final.

Documento electrónico:

A lo indicado en los puntos anteriores (según sea libro, capítulo de libro o revista), deberá indicarse: [consultado el (fecha de la consulta)], dispone en (dirección URL).

La referencia de la obra ha de ser completa la primera vez y abreviada en las siguientes. Igualmente será completa en la bibliografía final.

El Consejo Editorial de la RJN rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación indicadas.

- **Selección y valoración:** Los trabajos recibidos son sometidos a un proceso de evaluación y selección anónimo y llevado a cabo por dos especialistas en la materia, externos al Consejo Editorial y de Redacción, quienes elaborarán un informe, redactado en el idioma en que lo esté el original, sobre su contenido.

El informe de los evaluadores será motivado y recomendará la aceptación, la revisión o el rechazo del trabajo. En caso de discrepancia, el Consejo Editorial de la revista procederá a consultar a un tercer evaluador experto, quien emitirá un tercer informe decisorio.

Los informes de los evaluadores serán remitidos a los autores a fin de que éstos procedan a incorporar las correcciones y, en la medida de lo posible, las sugerencias en ellos contenidas. La decisión final sobre la publicación de los trabajos corresponde al Comité Editorial, una vez vistos los informes de los evaluadores.

- **Cesión de derechos:** El autor cede los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de su trabajo para su publicación en la RJN en cualquier tipo de soporte, así como para su inclusión en las bases de datos en las que la revista esté indexada.

