

**BOLETÍN DE LA**  
**ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA**  
**Y LEGISLACIÓN DE BALEARES**

**VI**

PALMA DE MALLORCA, 2003

Con la colaboración de:



**Parlament de les Illes Balears**

Impreso en IMPRENTA MALLORQUINA  
Santo Cristo, 10 - Teléfono 971 72 22 51  
07001 Palma de Mallorca  
Depósito Legal: P.M. 3.066 - 2003

# SUMARIO

- «Infracciones Urbanísticas y Derecho Penal» Discurso de Apertura del Curso, pronunciado el 28 de Noviembre de 2002, del Ilmo. Sr. D. GABRIEL GARCÍAS PLANAS . . . . . pág. 5
- «El hecho de las parejas de hecho sin derecho» Ilmo. Sr. D. EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS . . . . . pág. 35
- «Consideraciones sobre algunos derechos del ciudadano, del administrado y del contribuyente» Ilmo. Sr. D. TOMAS MIR DE LA FUENTE . . . . . pág. 71
- «En torno a los fenómenos inter-normativos: en especial, en el ámbito sucesorio» Discurso de Ingreso del Ilmo. Sr. D. JOSÉ CERDA GIMENO . . . . . pág. 97
- Contestación a cargo del Excmo. Sr. D. RAIMUNDO CLAR GARAU . . . . . pág. 139



# “INFRACCIONES URBANÍSTICAS Y DERECHO PENAL”\*

## DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO PRONUNCIADO EL 28 DE NOVIEMBRE DE 2002 POR EL ACADÉMICO ILMO. SR. D. GABRIEL GARCÍAS PLANAS

### **Introducción.**

Se trata de infracciones contra lo que se ha venido en denominar “intereses difusos”, al igual que ocurre con otro tipo de delitos vgr. los delitos contra el medio ambiente.

Los delitos contra la ordenación del territorio, son de reciente aparición en nuestra legislación, ya que aparecen por primera vez en el Código Penal de 1995.

Habría que buscar su precedente en el artículo 45.1 de la Constitución Española donde una interpretación amplia del medio ambiente englobaría la ordenación del territorio.

Por otra parte, el Proyecto de Código Penal de 1980 incluyó los delitos urbanísticos dentro de los delitos contra la ordenación del territorio y el Proyecto de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 –PANCP- en sus artículos 307 y 309 los ubicó en un título “Ordenación del territorio y medio ambiente”. Pero ambos textos no llegaron a discutirse en fase parlamentaria el primero por disolverse el Parlamento, sin que llegase a transformarse en Proyecto el segundo.

---

\* Basado en mi publicación “El delito Urbanístico” Valencia 1997;y en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio. Oñate: I.V.A.P. 1998.

La razón de tipificarse como delito era según la Doctrina que el Derecho Administrativo había fracasado y por otra parte existía una falta de control democrático por parte de los Ayuntamientos.

Existieron divergencias sobre si tenía que incluirse como delito en el Código Penal o creando Leyes Especiales; a favor de la primera postura se afirmaba que en este caso existía un mayor conocimiento de la Ley, lo que ayudaba a la prevención general y que por otra parte al no estar dispersas las normas se facilitaba una aplicación mas uniforme, dando lugar también a un reforzamiento de la conciencia ciudadana de evitación de ataques a la ordenación del territorio.

No faltaron quienes, los menos, que opinaban que era preferible la tipificación a través de Leyes Especiales.

Sin embargo, tuvieron que pasar más de diez años, casi quince, desde los Proyectos de 1980 y el Anteproyecto de Nuevo Código Penal -PANCP- para que los delitos contra la ordenación del territorio vieran la luz en el Código Penal de 1995.

### **“Non bis in idem”.**

Los delitos relativos a la ordenación del territorio es frecuente que se inicien a denuncia de la propia Administración que inicia expedientes en vía administrativa.

Cuando se instruya un expediente administrativo, a raíz de una infracción urbanística y aparezca la posibilidad de que los hechos puedan ser constitutivos de infracción penal, se paralizará el procedimiento administrativo remitiendo las actuaciones a la jurisdicción penal; si ésta archiva las actuaciones o absuelve del delito urbanístico, de nuevo se reabrirá el procedimiento administrativo sancionador en donde deberán tenerse en cuenta los hechos probados en la jurisdicción penal. En este sentido Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de Octubre de 1983.

Si los hechos se sanciona en vía administrativa y no se paraliza el procedimiento pese a que pudiera constituir una infracción penal, con posterioridad no podrá iniciarse un procedimiento penal, si la sanción impuesta en vía administrativa ha ganado firmeza, en este sentido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 8 de Junio de 1990 puso de relieve que “solo puede conculcarse la prohibición del non bis in idem una vez recaiga sanción administrativa firme”. Así lo recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 3 de Noviembre de 2000.

Con anterioridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Mayo de

1986 había absuelto por delito fiscal a una persona sancionada en vía administrativa por la infracción tributaria, firme, aún cuando no se hubiera hecho efectiva la cuantía de la multa.

## **Análisis del artículo 319 del Código Penal**

### **El Bien jurídico protegido del artículo 319 del Nuevo Código Penal**

En opinión de Boix Reig y Juanatey Dorado el bien jurídico protegido parece ser la Ordenación del territorio, o, más bien la normativa reguladora de la Ordenación del territorio, en la medida en que esta normativa tiende a proteger y mejorar la calidad de vida de todos los habitantes del mismo (artículo 45 CE). Dicho bien jurídico puede encuadrarse dentro de los intereses difusos, es decir de aquellos bienes o intereses de gran relevancia social y en cuya tutela están interesados por igual todas las capas de la población.

Según Muñoz Conde a pesar de la última conexión de la Ordenación del territorio con la materia medioambiental, el concreto y específico bien jurídico protegido de las distintas modalidades del delito urbanístico es el interés en que se cumplan las leyes y reglamentos sobre ordenación del territorio. Se pretende proteger la ordenación del territorio frente a las conductas abusivas que transgreden la defensa del urbanismo.

Junto a este bien jurídico protegido fundamental, aparecen otros intereses unidos al mismo, cuando el tipo se refiere a determinados tipos de construcciones: la conservación del valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico, o cultural de determinados lugares.

En última instancia, se tutela el derecho de todo ciudadano a la conservación y disfrute de la riqueza natural y el patrimonio cultural.

Para De Vega Ruiz, con esta infracción se ampara penalmente la calidad de vida y el hábitat, pues la actividad urbanística puede llegar a deteriorar el medio ambiente.

Aunque en primer término el bien jurídico protegido sea el cumplimiento de las normas administrativas sobre utilización racional del suelo. En realidad se trata de amparar todo lo que la ecología representa en relación al suelo urbanístico. Se trata de un gran acierto legislativo para De Vega Ruiz. La filosofía del precepto es poner freno al disparate urbanístico.

Finalmente ponen de manifiesto López Garrido y García Aran que los bienes jurídicos aquí protegidos se inscriben en el fenómeno general de

incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos, también llamados difusos. La incorporación de estos bienes jurídico-penales difusos obedece según estos autores “a las exigencias de intervención estatal que se impone al Estado Social y que puede derivarse de los “principios rectores de la política social y económica” del Capítulo III del Título I de la Constitución Española. La Ordenación del territorio se encuentra en clara relación con el mandato constitucional de regulación de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general (art. 47 CE).

El bien jurídico que se intentó proteger con el artículo 319 CP es la Ordenación del territorio, entendido como limitaciones legales o administrativas que afecten al uso del suelo.

En conclusión y teniendo en cuenta que el tenor literal del art. 319 CP está prácticamente transcrito de la legislación urbanística (TRLR 92), es lógico pensar que sólo se debe aplicar el artículo en las acciones de mayor entidad y más gravosas para el bien jurídico.

¿Y cual es el bien jurídico?. Evidentemente la Ordenación del Territorio, pero; ¿En qué sentido?. Pienso que el bien jurídico debe entenderse como el aprovechamiento del suelo, entendido como interés general, que se consigue por la planificación de acuerdo con las leyes. El uso del suelo que integra el hombre en su ámbito espacial, con respeto al medio físico, es para mí el bien jurídico-penal protegido. Sólo las acciones que destruyen o afectan ostensiblemente al medio espacial en que se debe desarrollar la vida en comunidad, deberían a mi entender ser penadas por este artículo. La Sentencia de 14 de Marzo de 2000 de la Audiencia Provincial de Palencia confirmó la de un Juzgado de lo Penal absolviendo al acusado del delito previsto en el artículo 319.1, por cuanto consideró que “no puede afirmarse con certeza que la construcción litigiosa realizada por el acusado lesionase el bien jurídico protegido por la norma”.

Así consideró “que no toda construcción contraria a la normativa urbanística integraba la figura delictiva imputada”.

### **Sujeto Pasivo.**

El sujeto pasivo se deduce del bien jurídico protegido, que en este caso es la ordenación del territorio, o más bien su normativa reguladora, en la medida en que dicha normativa tiende a proteger y mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio (art. 45 CE). Este bien jurídico como interés difuso, es aquel de gran relevancia social y en cuya tutela están interesados por igual todas las capas de la población. Es lógico deducir que los depositarios de este interés, es decir el sujeto pasivo del delito es plural, la colectividad, entendida como el conjunto de habitantes del territorio



donde se ha cometido el delito, pues este delito ha atacado en último término la calidad de vida de estos habitantes.

Por otra parte, el art. 47.1 de la Constitución dice textualmente: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

Este es el entronque constitucional del artículo 319. Si el criterio rector para regular legalmente la utilización del suelo es el interés general, es lógico pensar que si se ha introducido este precepto penal es para proteger el interés general. Ello nos lleva a pensar igualmente que la colectividad, los habitantes de un territorio determinado, constituyen el sujeto pasivo del artículo.

De otra parte, el ataque al bien jurídico, se ha de producir en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección (319.1); o como veremos en suelo no urbanizable.

La función de este suelo es de interés público general, para disfrute de toda la población y por tanto hay que pensar que el sujeto pasivo es igualmente toda la población.

De Vega Ruiz, insiste en esta última idea al comentar el tipo penal del art. 319. Aclara que ya el art. 255 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana “establece una protección administrativa especial de las zonas verdes, frente a las posibles infracciones de la zonificación y de su uso urbanístico”. Los destinos que se dan al suelo en el art. 319 son protegibles penalmente por ser de interés público pues redundan en la calidad de vida y el hábitat de las personas, por tanto el sujeto pasivo es la colectividad.

En cuanto al suelo no urbanizable, protegido en el art. 319.2; según la ley del suelo, el suelo no urbanizable es aquel que sólo puede ser destinado a usos agrícolas, forestal, ganadero, cinegético y en general, de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales. En este tipo de suelo están prohibidas las parcelaciones urbanísticas y debe preservarse del desarrollo urbano, excluyendo las edificaciones, salvo las excepciones establecidas por la Ley.

Para Muñoz Conde, “Se tutela, en última instancia, el derecho de todo ciudadano a la conservación y disfrute de la riqueza natural y el patrimonio

cultural”, en consecuencia el sujeto pasivo es “todos los ciudadanos”, la colectividad, entendida como los habitantes de un hábitat físico determinado.

En cuanto a cual se supone que era el sujeto pasivo que se quería proteger con este artículo, por parte del legislador, lo analizan los profesores López Garrido y García Aran.

Se dice que el bien jurídico es “supraindividual, o colectivo que supera las concepciones personalistas del bien jurídico”. El bien jurídico colectivo entronca con el art. 47 CE. Por tanto si el bien jurídico protegido es colectivo, su ataque repercutirá sobre una colectividad de personas. Por tanto concluimos que el sujeto pasivo del delito es la colectividad. Además el art. 47 CE se incluye en los “principios rectores de la política social y económica” del Capítulo III del Título I de la CE y por tanto protegen a la generalidad de las personas. Si el precepto penal deriva del constitucional hay que pensar que está concebido para proteger a un sujeto pasivo plural.

## **Conducta típica**

### **El Artículo 319.1 y 2**

Previamente a analizar la conducta típica veamos el momento de la misma y su posible incardinación en el Código Penal de 1995. Es decir que ocurre con una construcción comenzada antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal y concluida después. La respuesta es que en tales supuestos el vigente Código Penal será aplicable a la construcción que se continuó tras su entrada en vigor.

La razón es que estamos ante un delito permanente, es decir, que la situación antijurídica no se agota con la consumación y por tanto las obras que se sigan efectuando tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 no pertenecerán a la fase posterior a la consumación del delito –agotamiento del mismo- sino que se seguirá perteneciendo “a la fase consumativa, por no seguirse realizando los elementos constitutivos del tipo penal”, Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 17 de Marzo de 1998.

La conducta tipificada consiste en llevar a cabo “una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”. En consecuencia, estamos ante un delito de resultado que exige una transformación concreta del mundo exterior, consistente en la realización de esa construcción no autorizada.

La primera cuestión que se plantea es qué se debe entender por “construcción”, puesto que en la Ley del Suelo no se encuentra ninguna definición. Así, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el vocablo “construcción” tiene varios significados, que por lo que aquí interesa se concretan en los siguientes: 1) Acción y efecto de construir; 2) Arte de construir; y 3) Tratándose de edificios, obra construida. Por su parte, “construir” significa: fabricar, edificar, hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública. Por otra parte, el “Diccionario de l’art i dels oficis de la construcció”, de contenido temático y con una mayor precisión técnica, define la palabra “construcció” como: “Art de construir. Obra construïda; resultat pràctic de l’obra concebuda pel projectista, aconseguit mitjançant la conjugació harmònica de tres factors fonamentals: coneixements tècnics, mà d’obra i materials apropiats”; y el vocablo “construir” como: “edificar, fabricar, erigir, fer de nou (una casa, palau, esglèsia, monument, pont, camí, etc.)”.

Boix Reig y Juanatey Dorado para tratar de distinguir los conceptos empleados por el legislador en el artículo 319 párrafos 1º y 2º “construcción” y “edificación”, tras citar las leyes administrativas donde aparecen estos vocablos -Ley del Suelo y Reglamento de Disciplina Urbanística- llegan a la conclusión de que el término “construcción” engloba, al ser mas amplio, el de edificación pero no viceversa. Así vgr. podremos hablar de la “construcción” de una autopista y no de la “edificación” de una autopista; en consecuencia, la edificación en un sentido etimológico será aquella parte de la construcción tendente a la creación de edificios; con todo, no podemos olvidar que en un lenguaje coloquial estas precisiones se obvian utilizándose ambos vocablos indistintamente y sin mayores precisiones, por ejemplo se hace referencia tanto a “construcción” de apartamentos como a “edificación” de apartamentos.

Por tanto, partiendo del significado de la palabra “construcción” y los comentarios efectuados por los anteriormente referidos autores, podemos concluir que es lo suficientemente amplia para incluir en ella cualquier tipo de obra, sin limitarse a edificios destinados a vivienda humana, e incluyendo a las denominadas obras de urbanización.

Por otra parte, el que dicho artículo se refiera a “llevar a cabo” una construcción, indica que no es preciso que la construcción esté finalizada, sino que es suficiente con que esté iniciada. Otra cuestión es determinar qué grado de realización de la construcción se requiere para entender la construcción iniciada a efectos de considerar la conducta penalmente relevante. Entiendo que debe requerirse algo más que una simple alteración del terreno natural, para entender iniciada la construcción, puesto que de lo contrario, un simple movimiento de tierras, no autorizado, podría considerarse delito, lo que no parece congruente con el principio penal de

mínima intervención. Según éste, el Derecho Penal no debe intervenir más que cuando el recurso a la pena sea absolutamente necesario; afirmándose que sólo existe tal necesidad cuando nos encontramos ante bienes jurídicos imprescindibles para la vida social y, además, no es posible otorgarles una adecuada protección mediante el recurso a otras medidas jurídicas menos graves que la pena. De ahí que, atendido el carácter fragmentario del Derecho penal, que significa que no protege todos los bienes jurídicos, sino sólo un fragmento de los mismos, esto es, aquellos que se consideran los más importantes y, además, sólo frente a determinados ataques, los más graves, y atendido su carácter secundario, que significa que a pesar de estar ante bienes jurídicos de la máxima importancia no deberemos acudir al derecho penal si es posible otorgar una adecuada tutela a dichos bienes acudiendo a consecuencias jurídicas menos gravosas para los derechos de los individuos que las consecuencias penales, podemos concluir que ante un simple movimiento de tierras, el bien jurídico ordenación del territorio, puede protegerse suficientemente con las sanciones y medidas previstas en la legislación urbanística. Dejando para aquellas actuaciones más relevante que comprometen seriamente el bien jurídico protegido, la intervención penal.

Una vez explicado el significado de “construcción” y lo que entiendo que puede significar debe indicarse que, otro requisito que debe concurrir para que se cometa la conducta tipificada como delictiva, es que se lleve a cabo una construcción “no autorizada”, o sea, carente de la preceptiva autorización administrativa, lo que puede ocurrir que se deba a que la construcción se ha efectuado sin haber solicitado la correspondiente autorización o a que solicitada ésta haya sido denegada; deben incardinarse dentro del concepto de construcción “no autorizada” aquellos supuestos en que no se da cumplimiento a una condición esencial exigida en la licencia, piénsese por ejemplo en los casos en que se de una licencia que se somete a la previa demolición de la edificación existente. Igualmente merecen la calificación de “no autorizada” aquellas construcciones que se excedan de la licencia otorgada en este caso carecen de su amparo, se trata asimismo de obras realizadas sin cobertura legal. Como apuntan Boix Reig y Juanatey Dorado bajo este último supuesto “se han cometido y pueden cometerse gravísimos atentados contra la ordenación del territorio”.

Así las cosas, puede ocurrir, en la práctica, que en el proceso penal tenga que dilucidarse si la construcción está amparada en la preceptiva autorización, e incluso, en ocasiones, tener que determinar cual sea ésta. Pensemos en el supuesto de que alguien aporta una autorización, pero ésta no es suficiente, o no es exactamente la que se precisaba para efectuar dicha construcción.

Pero el legislador considera que, además de llevar a cabo una construc-

ción, ésta debe ser en unos determinados lugares y sobre unos tipos determinados de suelo, para considerar la actuación delictiva. De ahí que no siempre que estemos ante una construcción no autorizada, deberá intervenir el Derecho penal, sino sólo cuando sea sobre unos suelos que tienen una especial relevancia y valor social. Cuales son estos suelos, pues, son “los destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”; todos ellos conceptos procedentes del Derecho administrativo, al que forzosamente se tendrá que acudir en múltiples ocasiones, para dilucidar las controversias que surjan sobre la concurrencia de los mismos. Por ejemplo, cuando se habla de “viales” o de “zonas verdes”, debemos entender que se está hablando de cualquier “vial” o “zona verde”, o sólo de los “viales” y “zonas verdes” de dominio público, entiendo que la correcta es ésta última interpretación, puesto que los viales y zonas verdes se citan antes, pero junto a los bienes de dominio público.

Por tanto, queda claro que el otro elemento del tipo, es el lugar, que implica que la construcción deba efectuarse en suelos que tengan una calificación determinada, que les puede venir a través de normas de diferente naturaleza y origen, constituyendo, por tanto, el elemento identificador del carácter de norma penal en blanco del artículo 319.

Breve análisis de los elementos normativos descritos en el artículo 319.1:

a) Suelos destinados a viales.

De entrada se ha de decir que la distinción entre suelo destinado a viales o bienes de dominio público es un tanto artificioso, dado que el artículo 339 del Código Civil califica los “caminos” como bienes de dominio público, y sobre todo porque el artículo 81.2 de la Ley de Bases del Régimen Local establece que la aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana y de los proyectos de obras y servicios produce automáticamente la alteración de la calificación jurídica de los bienes afectados.

El concepto de vial es un concepto estrictamente urbanístico, y como tal participará del caos normativo que en estos momentos sufre dicha rama del derecho público. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Marzo de 1997, ha derogado la práctica totalidad de la Ley del Suelo de 1992, y concretamente sus artículos 3.2. e), 68.2, 72 y 87 que hasta entonces nos suministraban algunos criterios para la definición del concepto de viales. El Tribunal Constitucional ha establecido la jurisprudencia de que el Estado no tiene competencias en materia de planeamiento urbanístico, lo que, a los efectos que aquí interesan, supone que la definición de lo que se entiende por vial corresponde al legislador autonómico; de otro lado el Tribunal

Constitucional deja sentado que, tras la Constitución, el Estado carece de competencias para dictar nueva legislación supletoria, sin perjuicio de que la legislación preconstitucional sí sirva como derecho supletorio, en base al artículo 150.3 de la Constitución.

Así las cosas el concepto urbanístico de vial debe, en estos momentos, obtenerse:

-Comunidades Autónomas con Ley del Suelo o legislación que regule el planeamiento: el concepto de vial se habrá de obtener de dicha legislación.

-Comunidades Autónomas sin Ley del Suelo que regule el planeamiento: como derecho supletorio se aplicará la Ley del Suelo de 9 de Abril de 1976, concretamente sus artículos 8, (planes Directores Territoriales), 12 (Planes Generales Municipales y su desarrollo en los planes parciales y proyectos de urbanización, artículos 13 y 15).

Con todo lo expuesto quizás lo importante sea destacar aquí el concepto del deber de cesión “obligatoria y gratuita” de los terrenos destinados a viales que existe en el proceso de gestión urbanística, artículo 46 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Tampoco en el otro gran sector de viales, -las carreteras- está exento de los problemas de yuxtaposición entre legislación estatal y autonómica; de un lado las carreteras de titularidad estatal se registrarán por la Ley estatal de 29 de Julio de 1988, donde se contiene distintas definiciones (autopista, autovías, vías rápidas y carreteras convencionales) así como se regulan las denominadas zonas de afección y de servidumbre con importantes excepciones a régimen normal del propietario; de otro lado la práctica totalidad de las comunidades autónomas dispone de su propia legislación en materia de carreteras que se aplicarán, obviamente, a aquellos viales de titularidad autonómica.

#### b) Suelos destinados a zonas verdes

El concepto urbanístico de zona verde participa prácticamente de la totalidad de lo dicho respecto a los viales.

Tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Marzo de 1997 queda claro que corresponde al legislador autonómico fijar el criterio de zona verde. Incluso se ha declarado contrario a la Constitución el clásico criterio de que la superficie de las zonas verdes debía de ser, como mínimo de cinco metros cuadrados por habitante.

Por lo tanto el concepto de zona verde nos lo suministrará la legislación autonómica, y si no la hubiere actuará como legislación supletoria la legislación del Estado dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la

## Constitución.

A los efectos penales que aquí interesan cumple destacar que debe utilizarse el concepto de zona verde en su sentido estricto, equivalente del tradicional de “parques y jardines” aludido en los artículos 25 y 26 de la Ley de Bases del Régimen Local, ello para diferenciarlo del concepto más amplio de “espacios libres” a que alude el artículo 49 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico y en el que se incluyen entre otras zonas deportivas, de recreo y de expansión.

### c) Bienes de dominio público

Es en este apartado que dispone al menos de una definición clara del dominio en el artículo 339 del Código Civil, con la distinción entre bienes de dominio público por naturaleza y por destino, es decir estos últimos requeridos de acto administrativo de afectación.

El problema se puede plantar en cuanto nos encontremos ante bienes de dominio público por afectación y por tanto requeridos de acto administrativo expreso, en cuyo caso el tipo penal requerirá para su integración la prueba, no siempre fácil, de que el bien es de dominio público por destino, ya que en otro caso el in dubio pro reo nos conduciría a su catalogación, (al menos prejudicialmente), como bien patrimonial o “de propios”, y por ello excluido del tipo que examinamos.

Señalar finalmente que los bienes comunales, (pertenecientes a todos los vecinos), propios del régimen local, tienen la consideración legal de bienes de dominio público, (artículo 80 de la Ley de Bases de Régimen Local).

La protección penal de la indebida utilización del dominio público guarda relación con el tradicional carácter de dichos bienes de inalienables, inembargables e imprescriptibles.

d) Lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

Antes de entrar a considerar los componentes de esta amalgama conceptual conviene considerar el que el reconocimiento de su valor pueda ser legal o administrativamente, es decir por disposición general o por acto administrativo.

El primer problema en el aspecto legal es si una ley general puede ser tomada en consideración en el tipo delictivo que estudiamos. No habrá problemas cuando estemos ante los grandes parques nacionales, (Doñana, Isla de Cabrera, etc.) o incluso frente a leyes autonómicas como la Ley Balear de Espacios Naturales que en sus anexos define las zonas a las que afecta.

Ahora bien ¿qué sucede cuando estamos ante una ley general?; por ejemplo uno de los pocos artículos de la Ley del Suelo de 1992 que ha dejado vigente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Marzo de 1997 es el 138 b) que establece que “en los lugares de paisaje abierto y natural sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico artísticas, y típicos o tradicionales, y en las inmediaciones de carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, masa, altura, de los edificios, muros y cierres, o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo”.

Es la transcrita una norma urbanística de aplicación directa, y por ello de aplicación independiente de los instrumentos de planeamiento. De relativamente fácil de aplicar a la hora de otorgar licencias, a los efectos penales presentaría, de aplicarse, las dificultades de tener que definir lo que es un trayecto pintoresco, una ruptura de armonía o una desfiguración de la perspectiva, entre otros conceptos.

Ciñéndonos ya a los distintos componentes del nomenclátor cabe señalar:

Valor paisajístico: la defensa del paisaje se lleva a cabo bien por legislación autonómica, bien por el planeamiento, singularmente por planes especiales que pueden tener dicho objeto específico.

Valor ecológico: presenta alguna dificultad respecto del paisajístico, toda vez que entra en juego la defensa del medioambiente que es de competencia estatal, sin perjuicio de su desarrollo autonómico. Es de destacar la Ley estatal de 22 de Diciembre de 1972 y la legislación estatal y autonómica en materia de evaluación del impacto ambiental; asimismo varias directivas del Consejo de Europa inciden en la materia.

Un problema que puede plantearse se deriva del hecho de que la protección medioambiental se articula generalmente de modo negativo; así por ejemplo la decisión de la Comisión europea 86/479 de 18 de Septiembre de 1986 protege el medio ambiente en zonas especialmente amenazadas, (Mediterráneo), siendo técnica habitual en la legislación o actuar administrativo el declarar “zonas contaminadas” adoptándose medidas para la mejora medioambiental; en estos casos se actúa en base a un desvalor ecológico y no de un valor como habla el tipo.

Valores artísticos, históricos y culturales: no presentarán especial dificultad dado los términos de la legislación estatal de Patrimonio Histórico Español de 25 de Junio de 1985 y dentro de ella de su técnica de clasificación de bienes o de zonas. No obstante se ha de señalar que en esta



materia concurren en competencias y en régimen de igualdad el Estado y las Comunidades Autónomas pudiendo coexistir regímenes legales divergentes que, en algún caso pudieran beneficiar al presunto responsable.

## **El Artículo 319.2)**

La acción típica consiste en llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable.

Tres son las cuestiones que se plantean de la lectura del precepto: el concepto de edificación, el que la misma no sea autorizable y el que la misma se levante en suelo no urbanizable.

1) Es difícil, como apuntamos anteriormente, por no decir imposible, obtener del Derecho urbanístico un concepto claro y diáfano del concepto edificación, por lo que, quizás, convenga arrancar del concepto gramatical del término edificio: “obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos; como casa, templo, teatro, etc.” El término construcción, -utilizado en el apartado 1) del artículo 319, es como dijimos más amplio, ya que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua admite que construir es hacer de nueva planta una obra arquitectura o ingeniería.

La conclusión que alcanzamos es que el término edificación comprende tanto las viviendas como las que se destinen a otros usos análogos.

En cuanto a la frecuente infracción, (que normalmente antecede a la de construcción), la de apertura de caminos ilegales, no encuadra en el tipo que examinados, sin perjuicio de su posible encuadramiento en el término construcción del apartado 1) de dicho artículo, si concurren las circunstancias allí señaladas.

2) Además del apuntado contraste entre construcción y edificación de los apartados 1) y 2) del artículo 319 se apunta otra notoria diferencia: mientras en el apartado 1) la construcción es no autorizada, la referencia a la edificación que hace el apartado 2) en no autorizable; es decir en el primer apartado entra en el campo penal el incumplimiento de una obligación hasta cierto punto formal cual es solicitar licencia, en el segundo apartado el criterio es material: se ha de tratar de una edificación no autorizable.

El supuesto se plantea como algo más que una ley penal en blanco ya que una vez obtenido el imprescindible complemento normativo, (en el que habríamos de barajar legislación autonómica con planeamiento municipal), habrá de establecerse lo que no es más que una opinión iuris o interpretación del derecho, no siendo infrecuentes las discrepancias entre la administración y la jurisdicción contencioso administrativa, e incluso entre

las salas de lo Contencioso Administrativo.

Es más, casi siempre las licencias en suelo no urbanizable necesitan como requisito previo la declaración de “interés social”, normalmente autorizable por órganos de la administración autonómica, y que suele tener el carácter de “acto discrecional”; es decir que no se trata ya de un concepto jurídico indeterminado sino de pura discrecionalidad en la que, mientras se persiga el interés público, serían válidas en derecho tanto su otorgamiento como su denegación; es decir que el derecho legitimaría el posicionamiento político frente a la cuestión.

3) El último de los puntos señalados supone dejar fijado el concepto “el suelo no urbanizable”. Tampoco ese tercer punto se salva de la marejada que azota en la actualidad el Derecho Urbanístico; la única norma que el Tribunal Constitucional mantiene en vigor de la Ley del Suelo, texto refundido de 1992 en su artículo 9 en cuanto obliga o faculta al planeamiento para que exista suelo urbano, urbanizable y no urbanizable. Ha sido derogado el artículo 12 de dicha Ley que definía qué constituía suelo no urbanizable.

Desde que la Ley del Suelo de 1976 terminó con el concepto jurídico de suelo “rústico”, imponiendo el término “no urbanizable” estamos ante un concepto negativo todo aquel suelo que no sea urbano o que sea susceptible de ser urbano será no urbanizable.

Ya la reforma urbanística operada mediante Ley 7/97 de 14 de Abril, (y en clara contradicción con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Marzo de 1997, que establece que la competencia para ello es autonómica) ha suprimido la categoría de suelo urbanizable no programado que tradicionalmente se asociaba al suelo no programado, interin no se produjera tal programación, vía planeamiento, categoría también expresamente suprimida por la Ley 6/98, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones que en el artículo 7 clasifica el suelo en urbano, urbanizable y no urbanizable o clases equivalentes reguladas por la legislación urbanística.

En cualquier caso recordar que tal calificación derivará siempre del planeamiento urbanístico, siendo figuras idóneas para tal definición, los planes generales, las delimitaciones de suelo urbano, las normas subsidiarias de planeamiento y los planes especiales; si bien será la legislación autonómica la que defina los instrumentos idóneos al efecto, siendo criterio común la distinción entre un suelo rústico especialmente protegido, que caería en el ámbito del apartado 1) del artículo 319 del Código Penal, y un suelo rústico ordinario o residual que sería aquel sustraído del proceso urbanizador.

Por último, cuestión que me parece de sumo interés, es la de saber si

comete la conducta descrita en este apartado 2º del artículo 319, quien realiza una edificación no autorizable en suelo no urbanizable y durante la tramitación del correspondiente proceso penal, se cambiase la calificación urbanística y lo que antes no fuese autorizable o urbanizable pasase a serlo.

A mi entender, la conducta dejará de ser típica y ello corrobora y refuerza la primacía de la normativa administrativa en estos delitos.

La demolición potestativa

El párrafo tercero del artículo 319 establece: “En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

La utilización del término “podrán” nos conduce a la afirmación de que estamos ante una medida de carácter potestativo -que puede o no acordarse- y que de hacerlo, y ello sea tal vez el extremo mas importante, deberá fundamentarse, “motivarse” en palabras del legislador, quiere ello decir que no es suficiente el relato de hechos y su fundamentación jurídica que se realice en la Sentencia sino que deberá contener expresamente los razonamientos en virtud de los cuales se adopta esta medida.

El antecedente de esta medida lo encontramos en la Ley del Suelo de 1992 como en el Texto Refundido de 1976 que prevean la demolición de las obras, previa instrucción del expediente correspondiente, cuando resultan ilegalizables.

En opinión de Morales y Tamarit “Se trata de una consecuencia del delito de naturaleza civil, que forma parte del contenido de la reparación”.

Pensamos que tal medida, no es la adecuada ya que en ocasiones resultará insuficiente; creemos que la demolición de la construcción o edificación, debería completarse con la restitución del suelo a como estaba antes de llevarse a cabo las obras.

### **Autoría y participación.**

En los primeros momentos de tipificación del delito existieron posturas encontradas sobre si “los constructores” tenían que serlo de profesión o era cualquier persona que construyera aun cuando fuese ocasionalmente; ello nacio debido que el delito además de la pena privativa de libertad y multa lleva aparejada inhabilitación especial para la profesión; ello hizo pues que plantease dudas el particular constructor ocasional cuya profesión nada tenía que ver con la construcción. Así una Sentencia de un Juzgado de lo

Penal como la de 17 de Noviembre de 1997 del Juzgado de lo Penal número Seis de Palma de Mallorca absolvió a un constructor que había realizado una conducta típica de un delito contra la ordenación del territorio por considerar el Juzgador que al decir el Código Penal “constructor” le hacía en un sentido estrictamente profesional, excluyendo del ámbito punitivo a los meros particulares. Sin embargo posteriormente se cambió de criterio y a partir de la Sentencia de 17 de Marzo de 1998 de la Audiencia Provincial de Palencia se considero que “constructor” es aquella persona que materialmente ejecuta la construcción aportando al efecto su trabajo y en ocasiones también los materiales añadiendo “que para ser constructor no se necesita tener una cualidad distinta de la que carezcan otras personas, salvo la de conocer las técnicas y habilidades propias de la construcción”. En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 29 de Abril de 2000.

Son autores de la conducta descrita en el precepto que comentamos “los promotores, constructores o técnicos-directores”.

Entendemos que tras la nueva redacción de la autoría en el artículo 28 del Código Penal podrá darse la autoría inmediata en aquellos casos en que unos u otros lleven a cabo por si mismo el delito, de modo que, como señala Quintero “su propia conducta física sea la que cumple el correspondiente tipo legal”.

Sin embargo, lo frecuente en este tipo de delitos, será que se dé la realización conjunta, ya que es difícil imaginar un promotor, sin un constructor o viceversa, sin además la presencia de un técnico-director.

Con todo, estamos ante un delito especial, a mi juicio, propio, ya que tal conducta no está penada, si la realizan otros sujetos, pero además es difícil imaginar que algún otro sujeto fuera de los descritos pueda lesionar el bien jurídico y pueda quedar fuera del ámbito de la punición, pues el dueño o persona que lo financie será siempre el promotor, el constructor coincidirá o no con la persona del promotor, y los técnicos-directores lo serán de la dirección de la obra; no existen a primera vista otras personas, capaces de intervenir como autores.

Pero en el mencionado artículo 28 del texto punitivo, también considera autor a los partícipes, es decir a los cooperadores necesarios y a los inductores.

Un sector Doctrinal ha considerado siempre al cooperador necesario como partícipe, en base a las teorías objetivo-formales, subjetivas o consideraciones doctrinales derivadas de la teoría del dominio del hecho. Esa doctrina es mayoritaria y ha venido considerando que la cooperación

necesaria es una forma de participación, una contribución y responsabilidad accesoria del hecho ajeno y del autor principal.

Para otros autores, el cooperador necesario siempre es coautor, ese sector minoritario ha considerado, que la cooperación necesaria era una forma de coautoría, en sentido estricto y por tanto no sometida a la regla de accesoriadad; las tesis objetivo materiales y la interpretación restrictiva del artículo 28, último párrafo avalaban ésta posición.

Finalmente, un importante sector de la Doctrina entiende que el cooperador necesario, es a veces coautor y en ocasiones partícipe, y lo hace sobre la base de la teoría del dominio del hecho.

Los inductores, son aquellos que hacen nacer en otro la idea criminal, de manera directa y eficaz y los cooperadores necesarios, en una primera aproximación podría decirse de una forma neutra, que su posición se encuentra a caballo entre la autoría y la complicidad.

Entendemos con Quintero que “la única diferencia real, en los delitos especiales, es que el partícipe no cualificado nunca hubiera podido ser autor principal, lo que no ocurre en los delitos comunes, pero no por eso varía el fundamento del castigo”.

Por último, debemos plantearnos, si cabe o no, en este delito contra la ordenación del territorio otras formas de participación, cual es, la cooperación no necesaria o complicidad. Recordemos -aunque aquí no sea objeto de nuestro estudio- que la línea divisoria entre la cooperación necesaria y la no necesaria o complicidad debemos encontrarla en que el cooperador necesario tiene una intervención directa en el delito, siendo la causa eficiente y necesaria del mismo, sin la cual el resultado no se hubiese producido, por eso, merece el mismo castigo que el autor real. Por el contrario, el simple cómplice, interviene indirectamente con actos accesorios y de menor importancia objetiva que favorecen la realización del hecho, pero sin los cuales el resultado igualmente se hubiese producido, mereciendo en consecuencia, menor castigo que el autor.

Hecha esta puntualización, parece posible que dentro del tipo de injusto del artículo 319, serán admisibles conductas auxiliares que coadyuven a las construcciones no autorizadas en los suelos que se describen o a las edificaciones no autorizables en suelos no urbanizables, pensemos, en suministradores de materiales, etc..

## **Iter criminis**

Caben formas imperfectas de ejecución, concretamente, la tentativa

inacabada; pues en este tipo de delitos, es difícil imaginar la tentativa acabada, ya que si se realizan todos los actos tendentes a la consecución del resultado -construcción o edificación-, estamos ante la consumación del delito.

De conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Código Penal, quien dé principio a la ejecución de la conducta típica y realice parte de los actos, que objetivamente deberían producir el resultado comete tentativa inacabada. Ello es perfectamente imaginable en el delito de ordenación del territorio del artículo 319 n° 1 y 2, pues los términos llevar a cabo una construcción o una edificación, ponen de relieve que estamos ante un delito de resultado; y en consecuencia, quienes iniciaran realmente las obras para una futura construcción o edificación de las referidas en el artículo 319, 1° y 2° y a los pocos días fuesen descubiertos por la autoridad administrativa y se les paralizase la obra, ningún inconveniente existe para que nos hallemos ante la forma imperfecta de ejecución aludida.

Sin embargo, para ello, se requerirá que se dé principio a la ejecución de la obra destinada a construcción o edificación incluso en sus primeros momentos, tales como, la realización de excavaciones previas a la cimentación; por el contrario, sería una conducta que quedaría fuera del ámbito de la tentativa, por no ser más que actos preparatorios, el acopio de materiales o maquinaria en el lugar de la futura construcción ilegal.

## **Prescripción**

La prescripción es una institución cargada de controversia.

Para unos carece de fundamento y se considera que representa un premio a la habilidad y a la astucia; otros, tratan de fundamentarla en diversas teorías.

Pero la realidad, es que se trata de un límite al *ius puniendi* del Estado; se ha dicho, que si su naturaleza es de carácter material extinguirá la punibilidad; pero si por el contrario, se estima que es procesal, lo que se extingue es la perseguibilidad.

Pero centrandó la cuestión, a las conductas descritas en el artículo 319 éstas prescriben según lo establecido en el artículo 131 del Código Penal a los tres años, pero dado que estamos ante una Ley penal en blanco, el artículo 263 de la Ley del Suelo de 1992 establece que las infracciones graves prescriben a los cuatro años. Por consiguiente, se produce una discrepancia entre la prescripción del delito por la pena que éste lleva aparejada y la prescripción de la infracción urbanística, que en este caso es de plazo superior.

Entendemos, que sería inútil plantear la cuestión de si cabe perseguir o no, por la vía penal una infracción urbanística grave ya prescrita de las descritas en el artículo 319 párrafo 1º ó 2º, ya que, por lo dicho anteriormente el delito habrá ya prescrito.

### **Tipo subjetivo.**

En este primer precepto que analizamos de los delitos contra la Ordenación del Territorio son única y exclusivamente punibles las conductas que se lleven a cabo con dolo, directo o eventual.

El elemento cognoscitivo estará integrado por el conocimiento de los elementos del tipo; y concretamente por los elementos normativos, que hay que buscar en la Ley del Suelo, es decir, los términos autorizado o autorizable o urbanizable o no urbanizable.

Pero cabe la posibilidad de apreciar error de tipo, en aquellos casos en que los sujetos tengan un conocimiento equivocado, de los elementos normativos citados, y en tales impuestos, aún cuando el error sea vencible, la conducta será impune al no preverse el tipo imprudente.

Pero si considerásemos que tal error, no es de tipo sino de prohibición al amparo de la nueva redacción que al mismo ha dado el nuevo Código Penal en el artículo 14.3, tal conducta aún cuando se aplicase la pena inferior en uno o dos grados sería punible.

### **Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.**

No parece posible la apreciación de circunstancias agravantes en las conductas que se incardinan en los dos primeros apartados del artículo 319, salvo la de reincidencia. Con todo, especial consideración merece la circunstancia agravatoria de precio recogida en el artículo 22.3 “ejecutar el hecho mediante precio”; debemos concluir rechazando tal posibilidad, por considerarla incluida en el tipo ya que los sujetos activos, concretamente los constructores y técnicos-directores, habrán contratado sus servicios, lógicamente con la estipulación de un precio.

## **Análisis del artículo 320**

### **Responsabilidad penal de las Autoridades y Funcionarios Municipales sobre la ordenación del territorio**

El nuevo tipo penal del artículo 320 tiene un doble desvalor: el que se

deriva de la lesión al bien jurídico protegido, en este caso la ordenación del territorio y por otro lado la lesión del correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Siguiendo a Prats Canut en el trabajo citado, en cuanto a las decisiones administrativas por parte de la autoridad si tienen contenido político deberían existir mecanismos específicos de reparación, si son abusivas para el administrador, pero intentando evitar la judicialización de estas actuaciones. “Por ello, sin descartarla en este terreno, la intervención jurídico-penal como instrumento de corrección-sanción, debería tener una escasa presencia”. Se respetaría así el carácter del Derecho Penal como “ultima ratio”.

Los sujetos activos del artículo 320, son la autoridad o funcionario público. Tales conceptos, como es sabido, vienen recogidos en el artículo 24 del Código Penal; tal precepto contiene conceptos normativos o como manifiesta del Toro Marzal “El artículo 24 contiene presunciones iuris et de iure: siempre que un individuo tuviere mando, ejerciere jurisdicción propia o perteneciere al Ministerio Fiscal, es autoridad; siempre que alguien participare del ejercicio de funciones públicas por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente, es funcionario público; todo ello únicamente a efectos penales”.

Por lo demás, debe manifestarse que autoridad y funcionario tienen aspectos comunes. Pues como señala del Toro Marzal “es inadmisibile una condición de autoridad no dirigida a ejercitar funciones públicas y sumamente difícil la de un funcionario que no despliegue cierta capacidad de ordenación”.

Como señala Prats Canut aunque se refiere a materia medio ambiental -es extrapolable a la ordenación del territorio- la responsabilidad penal de la autoridad o funcionario.

Al margen del precepto que comentamos, podrá existir responsabilidad penal para aquellos funcionarios o autoridades que, advirtiendo la posible comisión de un delito contra la ordenación del territorio no lo pusieren en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal. Tal conducta esta contemplada en el Título XIX –Delitos contra la Administración Pública- Capítulo II -De la omisión del deber de perseguir delitos- concretamente en el artículo 408. Se trata de un delito de omisión propia, doloso –“autoridad o funcionario que faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables”–, como es de ver, tal precepto se corresponde en buena medida al anterior artículo 359 entonces ubicado dentro de la prevaricación.



## **El concepto de funcionario en derecho penal español**

Nuestro Código Penal, sostiene un concepto amplio de Funcionario según se recoge en el artículo 24, antiguo artículo 119 “el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participa de funciones públicas”.

Para Prats Canut “la condición de funcionario para el Derecho Penal, nace de un doble requisito: El origen del mandato y el contenido de la actividad que una persona desarrolla, lo cual le dota de unos perfiles específicos que lo diferencia del concepto propio del Derecho administrativo de funcionario. El Tribunal Supremo ha entendido que los conceptos penales en ningún caso son tributarios de los conceptos propios del derecho administrativo, por el hecho de que son dos campos del ordenamiento jurídico independiente y que persiguen fines diferentes. Este planteamiento ha permitido englobar penalmente dentro del concepto de funcionario público a todos los que desempeñan una tarea o función pública”.

Para este autor “esta construcción legal y doctrinal pone de manifiesto que a efectos de derecho penal alcaldes y concejales actúan como funcionarios. Si bien la jurisprudencia ha reconocido que funcionario y autoridad no son términos coincidentes, toda vez que el término funcionario es más amplio que el de autoridad, pues comprende todos aquellos que participan del ejercicio de funciones públicas, se halle o no investidos de autoridad. Por tanto todos aquellos que participan de la administración local, ya por elección, alcaldes o concejales o por designación tienen la condición de funcionarios”.

### **Leyes penales en blanco**

La expresión utilizada por el legislador en el artículo 320 “contrarias a las normas urbanísticas vigentes” hace que estemos ante una norma penal en blanco, al igual que ocurre con el artículo 319.

Según el artículo 81.1 de la Constitución Española “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas”. Parece claro que si las normas penales están íntimamente relacionadas con el derecho a la libertad, deben estar reguladas mediante Ley Orgánica. Las normas penales son garantía y desarrollo del derecho a la libertad en el sentido del artículo 81.1 de la Constitución Española por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad.

Cualquier modificación o derogación de alguna de las normas penales del actual Código necesita de Ley Orgánica.

Sin embargo, este tipo de leyes penales pueden poner en peligro el principio de legalidad.

Son aquellas que hacen remisiones a normas que no tienen el rango de orgánicas.

Por tanto estas remisiones se pueden dar hacia leyes ordinarias o sobre reglamentos tanto autonómicos como estatales.

El legislador español efectúa una remisión indiferenciada a las leyes y reglamentos.

Cabría pues definir las leyes penales en blanco como aquellas que remiten a normas no penales.

Hemos de definir la ley penal en blanco como aquellas que en el tipo de injusto, remiten a la infracción de una norma jurídica extrapenal que no tiene el carácter de ley Orgánica..

Lo que está claro es que el Derecho Penal ha de conseguir una descripción objetiva lo más exacta posible de la materia de prohibición.

Autores como Cobo del Rosal entienden la reserva de Ley Orgánica de una manera absoluta para la totalidad de la norma penal y así ven a la ley penal en blanco un ataque a esta exigencia.

En el polo opuesto Rodríguez Ramos entiende que no hay contradicción alguna entre la reserva de Ley Orgánica y la admisión de leyes penales en blanco porque consiguen certeza y seguridad jurídicas en tipos penales determinados (como puede ser el delito ecológico).

El Tribunal Constitucional en la STC de 15 de Octubre de 1982 establece que a la hora de legislar leyes penales en blanco y con el fin de preservar el principio de legalidad “para conseguir la finalidad protectora del Derecho Penal, debe hacer el máximo esfuerzo para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos”.

Parece ser que el Tribunal Constitucional ha adoptado la tesis de la esencialidad: han de quedar suficientemente determinados los elementos de la conducta antijurídica en la propia ley, permitiéndose la remisión a normas inferiores como técnica complementaria indispensable. Por todas STC 3/1988 de 21 de Enero.

Es a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/90 donde se plantea y resuelve de manera directa la problemática sobre la constitucionalidad de las leyes penales en blanco que dentro de la Doctrina había dado lugar, como hemos visto, a distintos posicionamientos.

En la mencionada Sentencia se pone de manifiesto que la ley penal en

blanco será constitucional “siempre que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”.

Esta suficiente concreción se satisface en la norma penal siempre que según estas Sentencias se cumpla con lo siguiente: el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, que la ley señale la pena y contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza. Esta STC se complementa con la STC 118/1992.

De lo expuesto está fuera de toda duda que no supone quebrantamiento al principio de legalidad la utilización de las leyes penales en blanco en que concurren las prescripciones apuntadas por el Tribunal Constitucional.

El artículo 149.1.1. de la Constitución Española proclama que el Estado tiene competencia exclusiva para legislar en materia penal. Las Comunidades Autonomas no pueden legislar normas penales. Pero hay materias que son objeto de legislación exclusiva o concurrente con el Estado (medio ambiente, ordenación del territorio) por parte de las Comunidades Autónomas. En este caso se debe armonizar entre la competencia penal directa del Estado y la competencia sobre aspectos concretos, sobre las que puede versar la ley penal. El problema es que el tipo penal remite a una regulación autonómica, pudiendo resultar que una determinada conducta sea punible en una CA y en otra no. La consecuencia inmediata que extraemos es que esto puede suponer un ataque al principio de igualdad proclamado en la Constitución Española.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado reiteradamente sobre esta cuestión afirmando que el principio de igualdad supone precisamente dar tratamiento distinto a situaciones distintas. Como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de Diciembre 1337/95: “El principio de igualdad de todos ante la ley es uno de los valores superiores informadores de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1 C. E.), reconociendo además como uno de los derechos fundamentales de la persona (art. 14 C. E.), que ha de ser interpretado de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la materia, ratificados por España (art. 10.2 C. E.). Mas ha de ponerse de manifiesto que la igualdad es, como tal, una abstracción y carece de contenido si no es puesta en conexión con personas, cosas y relaciones entre unas y otras; es una noción neutra, nítida en el ámbito de la lógica, pero ambigua e indeterminada en el plano de la vida social. La

vulneración de principio de igualdad ante la ley requiere la presencia de dos presupuestos esenciales: la aportación de un término de comparación que acredita la igualdad de supuestos y que se trate de un cambio de criterio inmotivado o con motivación irrazonable o arbitraria (SS.T.C. 62/87, de 20-5; 9/89, de 23-1; y 68/89, de 19-4). Lo que en definitiva prohíbe este principio son las diferencias de trato que no estén objetivamente justificadas por el fin lícito de la norma (STC. 70/91, de 8-4)”.

En este sentido Carbonell Mateu afirma que “no es contrario al principio de igualdad, sino su afirmación, contemplar la distinta significación de las conductas iguales en distintas zonas del territorio y tratar de manera desigual a lo que tiene significación distinta”.

En consecuencia, no se vulnera el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española con la remisión a Leyes o Reglamentos autonómicos ya que estos se referiran a la protección de bienes jurídicos necesitados de esa protección en la CCAA de referencia, vgr. los atterramientos en aquellas CCAA en que se hagan desaparecer o empequeñecer lagunas o albuferas, la pesca de determinadas especies propias de una Comunidad en que estén en vías de extinción.

### **Remisión a la Prevaricación**

En el tipo descrito en el artículo 320 se regulan formas de prevaricación agravadas; pues por una parte remite a la pena del artículo 404, prevaricación de funcionario público, que sanciona con la pena de inhabilitación para cargo público de 7 a 10 años y por otra alude a la pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses.

Como sostiene Bernal Valls la terminología usada por la Doctrina de “Prevaricación administrativa”, es cuanto menos discutible, en lo concerniente al párrafo 1º del artículo 320; por cuanto la idea de prevaricación en sus distintas modalidades está basada en el pronunciamiento de resoluciones, y ello, no se produce en el mentado párrafo 1º y sí únicamente en el 2º, al referirse a “resuelto o votado”.

La razón de tal agravación, tiene su fundamento a mi juicio, en que el bien jurídico que la norma penal tutela es doble; por una parte, la pureza de la función pública en estos delitos y por otra, la ordenación del territorio. Para Vercher Noguera “desde esta perspectiva dual, este segundo bien jurídico protegido pudiera considerarse una especialidad del primero”.

La redacción del precepto es la clásica de los delitos de prevaricación “a sabiendas de su injusticia”, con toda la problemática que tal expresión ha suscitado y que ha resultado insatisfactoria; por lo que como el legislador

optó por sustituirla por arbitraria, expresión de significación más precisa; así el Diccionario de la Real Academia ha definido la palabra arbitrariedad como “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho”. Lo que significa que no tiene amparo en una norma jurídica.

En cualquier caso, esta técnica de remisión a otros preceptos, y además la imposición de una pena, en este caso alternativa no es frecuente en el nuevo Código Penal. Pues la remisión del artículo 380 al 556 es diferente.

### **Conducta Típica**

La acción consiste en informar favorablemente bien proyectos de edificación o la concesión de licencias; sabido es que unos y otros deben ir precedidos de informes técnicos y jurídicos que aunque no sean vinculantes tienen un peso específico en las decisiones administrativas que por fin se alcancen.

Dichos informes favorables deben ser contrarios “a las normas urbanísticas vigentes”; de lo que, a sensu contrario, se desprende que serán atípicas aquellas conductas que consistan en informes desfavorables sobre proyectos o concesiones de licencias que se ajusten a las normas urbanísticas vigentes.

Llama la atención que por primera vez en el Código Penal de 1995 se criminalizan estas nuevas modalidades de conducta consistentes en la emisión de informes, hasta ahora impunes ya que no podían incardinarse en las formas de prevaricación del artículo 404 -antiguo artículo 358- pues en estos se requería que expresamente se dictase una resolución.

A nuestro juicio la razón de la nueva punición radica en que de hecho, en la praxis de la administración, normalmente las autoridades o funcionarios –carácter que como hemos dicho, ostentan los alcaldes– carecen de conocimientos técnicos específicos y se apoyan en tales dictámenes que les sirven en buena medida para dictar la correspondiente resolución; apoyo que además les servirá para tratar de eludir su responsabilidad en el supuesto de haber dictado resoluciones contrarias a la legalidad vigente amparándose en tales informes.

El tipo de injusto que comentamos, exige además un requisito de carácter subjetivo, “a sabiendas de su injusticia” del que haremos una breve referencia al tratar del tipo subjetivo.

Siguiendo el parecer de Narvaez Rodriguez, entendemos que los términos “contrarios a las normas urbanísticas vigentes” plantea la cuestión de si se refiere a cualquiera, graves o leves, o solo a las primeras; aún cuando una interpretación gramatical permitiría englobar a ambas, dentro del tipo de

injusto que comentamos, lo cierto es que en base al principio de intervención mínima de Derecho Penal y a otros preceptos de la legislación Administrativa, nos llevan a la conclusión de que única y exclusivamente se refiere a las infracciones graves; de tal forma que el artículo 264.2 de la Ley del Suelo y 57.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística al referirse a las responsabilidades de la Administración por informes de sus facultativos, las limitan a las manifiestamente graves, por lo que si el Derecho Penal sanciona los comportamientos mas intolerables, no tendría sentido que se refiera a las leves.

Finalmente, la ratio essendi del precepto como manifiesta Vercher, entre otras es la evitación de la atipicidad de la conducta del artículo 319 cuando en aquel se hubiere producido la autorización pertinente. En tal caso, “se intenta que la Administración quede exenta de responsabilidad”.

### **Sujeto Activo**

Según se desprende del precepto objeto de comentario, son sujetos activos del tipo las Autoridades o Funcionarios públicos que actúen en el ejercicio de su cargo y respecto a informes favorables, a proyectos de edificación o concesión de licencias ilegales.

Estamos en presencia de un delito especial propio pues no tienen ninguna correspondencia con un delito común.

Aun cuando el tipo se refiera a autoridades y a funcionarios lo cierto es que quienes emiten informes son estos últimos ya que las autoridades –los concejales en el ámbito local donde en la mayoría de ocasiones se otorgan las licencias urbanísticas– normalmente formulan propuestas de resolución a resolver por los órganos colegiados. A mi juicio, la razón de la inclusión del término “autoridad” en este precepto obedece a que no pudiesen quedar impunes dichas conductas si se llevaran a cabo por persona que su situación se hallare en estas zonas imprecisas entre funcionario y autoridad anteriormente apuntadas.

El problema que se plantea, ya apuntado por diversos autores como Vercher Noguera es la impunidad de los asesores externos en los que no concurre la condición de funcionarios y que en ocasiones contratan las administraciones públicas emitiendo informes a veces decisivos.

Especial interés, plantea el saber si los facultativos de los colegios de Arquitectos o Arquitectos Técnicos, encargados de los Visados puedan ser sujeto activo de este delito; cuestión esta que ha sido tratada magistralmente por Narvaez Rodriguez, en su trabajo de continua referencia y a cuyo contenido a continuación nos ceñiremos.

Mantiene este autor que conforme establece la legislación vigente a tales facultativos se les confiere la potestad de denegar el visado en aquellos

casos en que fuera apreciado un grave incumplimiento de la legislación urbanística.

Por otra parte, los colegios profesionales son “corporaciones de derecho público amparados por la Ley y reconocidos por el Estado con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines; éstos son la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de los profesionales y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados”.

Los colegios profesionales sin embargo, no son administraciones públicas en sentido estricto; sino sólo en la medida en que desempeñan funciones públicas atribuidas por la Ley o por delegación mediante actos concretos.

El Visado colegial, según establece el artículo 242 apartado 7º de la Ley del Suelo supone un control de legalidad urbanística, mediante un previo estudio de los proyectos que le son sometidos por los colegiados, por si son conformes a la legalidad vigente. En consecuencia la función que cumplen los Colegios con el visado, es de servir de instrumento preventivo y auxiliar de la disciplina urbanística de los Municipios, sin que ello suponga en ningún momento, la sustracción del control urbanístico que ha de venir representado por el acto formal de la concesión de la licencia; su función es velar para que los colegiados que someten sus proyectos cumplan con la normativa urbanística vigente.

El visado es un informe subalterno de la Administración Municipal, que debe considerarse advertida de la posible existencia de infracciones de la legislación urbanística aplicables al conceder o denegar la licencia; pero no supone la supervisión definitiva y sustitutoria de la municipal por parte del técnico firmante, sino simplemente la indicada visión auxiliar completada con la estimación de las especificaciones técnicas exigibles que permiten determinar y concretar las responsabilidades de dicho técnico. La falta de visado es únicamente causa de anulabilidad en la vía administrativa. Algunas Comunidades Autónomas la han suprimido para la concesión de licencias urbanísticas.

Por ello, los facultativos encargados del visado no son ni autoridad ni funcionarios públicos, y sus actos están más encaminados a controlar la actuación profesional que a la supervisión y observación de la legalidad urbanística aunque indirectamente contribuyan a ello; por tales razones deben obviamente quedar fuera de los posibles sujetos activos del artículo 320.

### **Tipo subjetivo**

El tipo es doloso, pues para él no está previsto, conforme a lo establecido en el artículo 12 del Código Penal la forma imprudente. Entendemos que el elemento consgnocitivo estará integrado por el conocimiento previo de la

ilegalidad urbanística y el volitivo, por la voluntad de informar favorablemente, lo que en tales circunstancias dará lugar a la concesión de una licencia urbanística.

La expresión “a sabiendas” se refiere únicamente al dolo directo. Debe descartarse el dolo eventual por tanto, no resultan incardinables dentro del tipo penal los supuestos en que al funcionario, sin estar seguro de la ilegalidad de su informe, se le plantean dudas razonables que le hacen estimar como probable su error y pese a ello no se abstiene de emitirlo favorablemente.

Tampoco sería de aplicación el error, tanto vencible como invencible.

### **Formas de ejecución**

La expresión “informar favorablemente proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes” nos indica claramente que estamos ante un delito de mera actividad, pues no precisa que se produzcan ningún desvalor de resultado; en consecuencia, el delito se consume con la mera emisión del informe favorable, siendo contrario a las normas vigentes. Y ello aún cuando la autoridad o funcionario que deban dictar la resolución hagan caso omiso del mencionado informe y resuelvan en sentido contrario. Por lo que de igual forma, la concesión de la licencia sería asimismo una cuestión irrelevante al no ser exigida por el tipo de injusto.

Para Narvaez si la obra no se llega a realizar estaríamos ante actos preparatorios y por tanto impunes; mientras que si se llegan a realizar o se estuvieran realizando nos hallamos ante un delito consumado.

Para Bernal “La exigencia de que haya llegado a concederse la autorización en el expediente en que se emitió el informe constituye un requisito implícito en el tipo. Así resulta de considerar, de una parte, el hecho de que la concesión de la licencia se sancione con la misma pena que la emisión del informe favorable, que se justifica por la relevancia del informe favorable”.

### **Conducta Típica - artículo 320.2-**

En el artículo 320 n° 2 la conducta típica la hallamos en los verbos resolver o votar. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, por resolver debemos entender “tomar determinación fija y decisiva”, y por votar, “dar uno su voto o decir su dictamen en una reunión o cuerpo deliberante...” Por consiguiente, parece ser que la expresión resolver, irá referida en la mayoría de ocasiones a cuando el funcionario o autoridad actué por sí mismo, sin embargo en ocasiones, nos encontramos con resoluciones de carácter colegiado; mientras, que el término votado, irá ligado a cuando el



sujeto activo actué como miembro de un organismo colegiado. En este último caso, para que se dé el presupuesto recogido en el tipo bastará con votar -a favor de la concesión a sabiendas de su injusticia-, aún cuando la tesis mantenida en la votación no prospere; por lo tanto, en un Consistorio Municipal podrá llevarse a cabo la conducta típica tanto por quien esté en el Gobierno, como en la oposición. En consecuencia, se trata de un comportamiento llevado a cabo por personas que tengan competencias ejecutivas sobre los proyectos de edificación o las licencias urbanísticas y no como ocurre en el párrafo primero en quienes tengan funciones meramente consultivas.

Es de observar, como señala Castro Bobillo que en la conducta descrita en el 320.2 sólo se hace referencia a la “concesión de licencias” y en cambio nada se dice acerca de los proyectos de edificación.

De la redacción del precepto resolver o votar a favor de su concesión se desprende claramente que las abstenciones o los votos nulos o en blanco, son conductas atípicas, aún cuando se tenga la certeza que con tal actitud se favorezca la concesión de proyectos de edificación y licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes.

Ello significa, tal y como hemos dicho, al comentar el primer supuesto de este artículo que nos encontramos ante un delito de mera actividad.

### **Sujeto Activo**

Se trata de un delito especial, ya que sólo pueden ser sujeto activo, la Autoridad o el Funcionario Público, en el ejercicio de su cargo y con competencia ejecutiva en materia urbanística.

De conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código Penal son imaginables otras formas de participación, tales como la inducción o la cooperación necesaria y en tales casos al partícipe se le consideraría autor en base a la unidad del título de imputación.

### **Tipo Subjetivo**

Al igual que ocurre en el párrafo primero y por las mismas razones sólo cabe la comisión dolosa; y concretamente el dolo directo.

### **Cuestiones prejudiciales**

El planeamiento de la cuestión, debe centrarse en si los Tribunales de lo Penal pueden en los delitos relativos a la ordenación del territorio, entrar a valorar las conductas de los posibles implicados, sin al mismo tiempo o con carácter previo analizar con profundidad la normativa administrativa.

Como ha señalado Benal Valls en los supuestos de tipos penales que remiten a normas de carácter administrativo y en casos como en el presente, a la legislación urbanística, para esclarecer, si se ha llevado a cabo o no, una conducta delictiva, será imprescindible averiguar con anterioridad a una posible condena o absolución en la vía penal, si se dan los presupuestos para considerar vulnerados la normativa recogida en las Leyes Administrativas.

Para ello, -apunta este autor- la solución será acudir al artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere a las “cuestiones prejudiciales”.

Pone de manifiesto Bernal Valls que “La doctrina del Tribunal Constitucional admite la legitimidad constitucional de las cuestiones prejudiciales, y, en particular de las cuestiones prejudiciales devolutivas absolutas a que se refiere el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el ámbito de la prevaricación administrativa, la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1995, señala la conveniencia, y aún necesidad, de que el pronunciamiento sobre la ilicitud por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa se erija en cuestión prejudicial devolutiva si la cuestión planteada reviste especial complejidad. En la misma línea, el Tribunal Supremo ha admitido el planeamiento de la cuestión prejudicial en casos en los que se de una conexión entre materias penales y otras ramas jurídicas que necesariamente hayan de ser resueltas con carácter previo. La valoración de una construcción como no autorizable dado el margen de discrecionalidad que la ley concede a la Administración, y el concepto mismo de resolución injusta pueden verse como cuestiones prejudiciales absolutamente devolutivas, deferidas por tanto a la jurisdicción contencioso-administrativa”.

En opinión de López Ramón que no difiere en gran medida del argumento anterior en los delitos relativos a la ordenación del territorio, los tipos penales hacen constantes referencias a cuestiones administrativas, así en el artículo 319: “construcción no autorizada”, “zonas verdes”, “bienes de dominio público”, “edificaciones no autorizables”, “suelo no urbanizable” y en artículo 320: “informes favorables en proyectos de edificación” o “concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes”, etc.

Todas estas cuestiones, a su juicio, deberán resolverse asimismo al amparo de lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como cuestión prejudicial, y sólo después, una vez despejada la incógnita, los Magistrados de lo Penal podrán dictar sus pronunciamientos de culpabilidad o de inocencia.

# “EL HECHO DE LAS PAREJAS DE HECHO SIN DERECHO”\*

ILMO. SR. D. EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Ni es un trabalenguas ni es un mensaje criptográfico. Me ha parecido un título atrayente –nunca, en los tiempos actuales, se puede echar en saco roto eso del “marketing”– y, además, explicativo del tema del que me voy a ocupar. Diseccionémoslo:

**Hecho.** Participio de “hacer” con muchas acepciones como adjetivo y como nombre. Lo he utilizado como equivalente a “cosa que sucede” o “suceso o fenómeno acaecido en la realidad”, lo que nos lleva indefectiblemente a preguntarnos si las parejas de hecho o uniones libres (la cuestión terminológica la dejamos de momento aparcada) constituyen una realidad social y sus causas. La ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de la Generalitat de Cataluña –la primera entre todas las aprobadas–, en el Preámbulo justifica su promulgación afirmando que “en estos últimos años se aprecia un aumento de las denominadas parejas de hecho estables, paralelo y coincidente, también, con el creciente nivel de aceptación que tienen en el seno de nuestra sociedad, que abarca todas las parejas..., incluidas por tanto, las formadas por personas del mismo sexo, hasta el punto de que se detecta entre la población catalana una opinión mayoritaria a favor de la regulación legal de estas formas de convivencia”. En términos similares se pronuncian los preámbulos de las restantes leyes autonómicas sobre la materia (aragonesa –ley 6/1996, de 26 de marzo–; navarra –ley foral 6/2000, de 3 de julio–; valenciana –ley 1/2001, de 6 de abril–; de la Comunidad de Madrid –ley 11/2001, de 11 de diciembre–; y ley 18/2001, también de 19 de diciembre, del Parlamento Balear). Sin embargo, según expone el profesor MARTÍNEZ AGUIRRE (“Las uniones de hecho: Derecho aplicable”, en el número 36, octubre 1999, de la Revista Actualidad Civil), las uniones no matrimoniales, comparativamente, son poco numerosas, pues

---

\* El presente trabajo sirvió de base para la conferencia que pronuncié el 17 de Mayo de 2002 en la Academia Granadina del Notariado.

en España las parejas de hecho estables constituyen apenas un 2 por 100, frente al 98 por 100 que son matrimonio, aunque en algunas regiones, p.ej. Cataluña, el porcentaje alcanza el 4 por 100. Dejando a un lado las estadísticas –todos conocemos el ejemplo del pollo–, me parece imposible negar esta realidad social que, por otra parte, siempre ha existido y que, como dije en la conferencia que pronuncié en el Ilustre Colegio Notarial de Baleares el 28 de abril de 1998 (“Matrimonios asexuados. Parejas de hecho y el contrato de unión civil”), ni la influencia de la doctrina de la Iglesia Católica ni ideas políticas desorbitadas como las nazis y/o fascistas han podido desterrar. Lo que sucede hoy día es que se arma mucho más ruido al amparo de las libertades reconocidas en los Estados democráticos en base a los principios de igualdad, dignidad de la persona, derecho a la intimidad y el, ya citado, de libertad.

¿Causas?. Variadas y múltiples. Nuestro compañero CANTERO NÚÑEZ las estudia en profundidad en el Tomo IV, Volumen 1º de las “Instituciones de Derecho Privado”, obra de la que es responsable el Consejo General del Notariado. Sintetizando al máximo, CANTERO NÚÑEZ diferencia entre causas estructurales y de fondo. Entre las primeras, destaca la extrema pobreza unida a la lejanía geográfica de amplios sectores de la población de los centros administrativos o judiciales y el predominio de determinadas costumbres –ejemplo, extensas zonas de países iberoamericanos como Bolivia, Argentina, El Salvador–; inmigración de personas de culturas muy alejada del país que los acoge; las disposiciones del Derecho positivo vigente en un espacio y tiempo determinado –imposición del matrimonio religioso o civil obligatorio “versus” no creyentes o creyentes–; pérdida de ciertos derechos, beneficios familiares o testamentarios –en el C.c. la pensión compensatoria y en las legislaciones forales/autonómicas el año de viudedad catalán, el usufructo foral aragonés, el de fidelidad navarro, etc–; y las denominadas “antesalas” del matrimonio –cohabitaciones juveniles o prenupciales, matrimonios a prueba– extendidas en los países nórdicos. Y causas de fondo, que son las que verdaderamente contribuyen a explicar el porqué de las uniones que examinamos, y que hay que centrar en la pérdida de sentido del matrimonio, que queda reducido a una mera formalidad; se olvida su carácter sacramental; deja de ser contemplado como un “valor” (STENDHAL lo calificó como la “tumba del amor”); y se pierde, asimismo, gran parte de su contenido jurídico, produciéndose lo que se ha llamado “su vaciado” (NAVARRO VALLS Y MARTÍNEZ DE AGUIRRE) –ejemplos, se le desvincula de la procreación que no necesita ni siquiera el contacto carnal (siendo el colmo de la colmena la reproducción asistida con semen de donante anónimo); se escinde de la sexualidad que se erige en fin en sí mismo y que conduce a la despenalización del aborto; y, al equipararse plenamente las filiaciones, el matrimonio queda desincentivado en

consideración a los hijos—. Vaciado que es provocado por multitud de causas, como son: la secularización creciente de la vida social; el predominio del individualismo y de todos los valores individuales sobre la solidaridad y los valores sociales; la concepción de la vida a que dio lugar la filosofía existencialista; la extrapolación del significado del principio de igualdad a las ideas, opiniones y valores –todo debe estar en el mismo plano, gris a ser posible—; el positivismo jurídico; y la dinámica de la sociedad de masas (globalización de las modas creadas por los mitos, tan cacareadas en los medios de comunicación, nauseabundos programas de la tele, revistas del corazón , etc. etc).

**Parejas de hecho.** Dentro del desmadre terminológico que se produce en las aguas en las que nos estamos sumergiendo, he utilizado en el título de esta charla una de las denominaciones más habituales. Hay mil y una:

-En la doctrina se pueden formar los siguientes grupos: a) Los que destacan la situación de hecho (matrimonio de hecho, relaciones de hecho, convivencia de hecho, unión de hecho, y, claro está, parejas de hecho). b) Los que se basan en su aparente analogía con el matrimonio (vivir como matrimonio, relación análoga al matrimonio, vivir maritalmente, convivencia a imagen de matrimonio, convivencia “more uxorio”...). c) Otras denominaciones resaltan, precisamente, las diferencias con el matrimonio (convivencia extramatrimonial, unión extramatrimonial, pareja no casada...). d) Las que pretenden remarcar el carácter familiar que se quiere atribuir a estas uniones (familia de hecho, familia no matrimonial, familia de afecto, familia no conyugal). e) Las que inciden en la estabilidad, duración y comunidad de vida como elemento diferenciador de las uniones pasajeras (convivencia estable, unión estable, pareja estable...). f) Y las que pretenden destacar la no asunción de compromisos jurídicos (unión puramente afectiva, unión libre). Esta última tiene la ventaja de recoger uno de los rasgos esenciales del fenómeno, cual es la conservación en todo momento por parte de los convivientes del derecho a poner fin a la situación en cualquier tiempo (libre ruptura). Pero al lado de esta ventaja la desventaja de ser notoriamente equívoca ya que no parece correcto contraponer compromiso a libertad, siendo poco serio entender que, por contraposición, el matrimonio es incompatible con la libertad, afirma CANTERO NÚÑEZ, salvo –me permito añadir– en los supuestos, cada vez menos frecuentes, de matrimonios obligados... los de “penalty”, que hoy no sólo han caído en desuso, sino que se presume de ellos,

-En Derecho positivo, en el ámbito estatal no se utiliza ninguna de las denominaciones precedentes. El Código civil habla de “vivir maritalmente con otra persona” (artículo 101) y de “convivir maritalmente con persona distinta del otro progenitor” (artículo 320). La ley 21/1987, de 11 de

noviembre, en su disposición adicional tercera, introduce la expresión “hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”; expresión que ha pasado a la L.A.U. vigente de 3 de noviembre de 1994, añadiendo la coletilla “con independencia de su orientación sexual”. El nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) emplea la expresión “persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad (a la de el cónyuge)” (artículos 23, 153, 454, 617). La Ley Orgánica del Poder Judicial (1 de julio de 1985) se refiere a “situación de hecho asimilable/situación de hecho equivalente”, en ambos casos al vínculo conyugal (artículos 219 y 391). En materia de Derecho de asilo, la Ley 5/1984, 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, extiende este derecho a “la persona con la que se halle ligado el beneficiario por análoga relación de afectividad y convivencia” y una Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991 empleó la más doctrinal de “relaciones de hecho consolidadas”.

En el ámbito autonómico tampoco hay unanimidad: “uniones estables de pareja” en Cataluña; “parejas estables no casadas” en Aragón; “parejas estables” en Navarra y Baleares; y “uniones de hecho” en Valencia y Madrid.

Y este desmadre no es sólo patrimonio nacional... como la famosa escopeta. Así en Italia se habla de “famiglia di fatto”, “famiglia non fondata sul matrimonio”, “istituzione ombrà”; en Francia: “concubinage”, “concubinat”, “faux ménage”, “ménage de fait”, “mariage de fait”, “mariage apparent”, en Alemania: “Nichteheliche Lebensgemeinschaft”, “Ehe ohne Trauschein”, “Konkubinat” o la muy sonora “Wilde Ehe” (unión salvaje); en Inglaterra: “informal unions”, “consensual unions”, “free unions”...

¿A qué carta debemos quedarnos? Yo ya aposté por “parejas de hecho”, si bien, tras leer el documentadísimo trabajo de nuestro compañero y amigo personal CERDÁ GIMENO (“Un retorno, a mi pesar, a un olvidado tema. De nuevo sobre Parejas no casadas”, en la R.D.Pr., febrero 2001) debo recomendar que todos utilicemos la denominación oficial aprobada por el Consejo de Europa (a las actas del XI Coloquio de Derecho Europeo, Messina, 8-10 julio 1981, se remite), que no es otra que la de “parejas no casadas” (“couples non mariés”, “unmarried couples”, en francés e inglés).

**Sin Derecho.** Utilizo aquí el término “Derecho” como sustantivo y escrito con mayúscula, para dar a entender que es equivalente –como expresa la acepción catorce de la nueva edición (vigésimo segunda de 2001) del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia– a “conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede

ser impuesta de manera coactiva”. Es evidente que hubiera ganado en claridad refiriéndome a “Derecho positivo común o de ámbito estatal”, pero nadie me negará que el título, la rúbrica, de esta charla habría perdido garra, y, ya lo he dicho antes, marketing es marketing.

Entendida en este sentido la expresión “sin Derecho” que he utilizado me sirve para marcar los límites de mi intervención. Voy, pues, a referirme única y exclusivamente a la situación en que se encuentran las parejas no casadas en las Comunidades Autónomas sin ley aprobada al respecto. La suya, por ejemplo, si la Junta de Andalucía no me ha hecho la faena de promulgar una hace unos días. Todo es posible... especialmente en “Graná”.

No obstante, antes de entrar en harina me voy a permitir bosquejar dos cuestiones: constitucionalidad de las leyes autonómicas y necesidad o no de una regulación general, referidas ambas, como es lógico, a las parejas no casadas.

La primera de ellas es puramente académica, por cuanto las leyes que las Comunidades Autónomas han promulgado están vigentes, habiéndose dejado transcurrir el plazo de tres meses –que señala el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional– contados a partir de su respectiva publicación, sin haberse recurrido por quienes estaban legitimados para ello (cfr: artículo 162 C.E. y 32 L.O.Tr. Constitucional), con la única excepción de la Ley navarra (recurso de inconstitucionalidad que tuvo su entrada en el Tribunal Constitucional el 6 de octubre de 2000 y, que sepamos, no está resuelto) que por cierto, y ésta debe ser la razón, se separa de las restantes al permitir en su artículo 8.1 la adopción en forma conjunta por los miembros de la pareja estable hetero u homosexual, con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio. El porqué de este silencio continúa siendo un secreto de alcoba. Dicen, las malas lenguas, que solamente hay razones políticas. La primera Ley aprobada fue la catalana y al Gobierno Central no le convenía ponerse a mal con la Generalitat –cuyos votos necesitaba– y... concedido el placet/licet a una, resultaba feo recurrir las demás. Dejando estas motivaciones extrajurídicas de lado –no es tema que nos interese en este foro–, es lo cierto que la doctrina se muestra contraria a reconocer la competencia, en este punto, de las Comunidades Autónomas, considerando que han invadido ámbitos que en todo caso corresponden al Estado según el básico artículo 149.1.8 de la Constitución Española (invasión de la norma que regula las formas del matrimonio, la competencia exclusiva del Estado para resolver los conflictos de leyes y para la ordenación de los Registros públicos). Al final siempre se arriba al mismo puerto: ¿cómo interpretar los términos, “conservación, modificación y desarrollo” de los derechos civiles, forales o especiales que emplea el citado artículo 149.1.8 de nuestra Carta Magna?. La interpretación flexible del

Tribunal Constitucional (citemos las importantes Sentencias 881/1993, de 12 de marzo, sobre Aragón y la 156/1993, de 6 de mayo, sobre Baleares) ha facilitado, por ejemplo, que la Generalidad de Cataluña esté legislando sobre todo lo divino y humano. Sirva de botón de muestra la ley 25/2001, de 31 diciembre, de la accesión y la ocupación (entrada en vigor el 18 de abril de 2002; disposición final segunda, tres meses desde su publicación en el Diario Oficial), que consta de 26 artículos, que vienen a sustituir y derogar al aislado artículo 278 de la vieja Compilación de 1960 (ley 70/1960, 21 de julio). ¿Es éste el camino a seguir? Ya pueden ir pensando la respuesta.

La segunda cuestión es la relativa a cómo resolver el hecho de las parejas de hecho. Por los autores se ha hablado y se habla de reglamentación, institucionalización, juridificación/juridización, legalización, normalización, normativización/normatización, reconocimiento y regulación. Y como caminos para alcanzar soluciones: el convencional, la vía jurisprudencial y la legislativa. Este último es el que se está imponiendo no solamente entre nosotros en las legislaciones autonómicas, sino también en el extranjero (países nórdicos –Suecia, Dinamarca, Noruega, Holanda–, Francia, con su Ley de Pacto Civil de solidaridad de 15 de noviembre de 1999, en algunos territorios de Australia –Nueva Gales del Sur, Victoria y Territorio del Norte–, parte de Canadá –Ontario Family Act de 1986–, recientemente en Alemania, con la aprobación el 10 de noviembre de 2000 de la Ley de Convivencia de dos personas del mismo sexo –Lebenspartnerschaftsgesetz zweier Personen gleichen Geschlechts– y en los países hispanoamericanos –Bolivia, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá y Paraguay–). Y dejo en el aire dos interrogantes: ¿La regulación legislativa debe ser mínima y parcial u orgánica? ¿Es justo o está justificado que el Derecho intervenga en una relación que los interesados han querido y optado por apartar de lo jurídico?.

Con ellos doy por finalizada la que puede ser calificada como introducción o parte general de mi intervención, para pasar a la parte especial o más concreta en la que, siempre dentro el ámbito del Derecho positivo estatal, no autonómico, voy a incluir aquellas disposiciones ya aprobadas en las que se atribuyen o atribuyeron determinados derechos a los convivientes –en todo caso en sentido horizontal, sin mencionar los de sentido vertical, o sea a favor de los descendientes, que desde la Constitución son iguales (artículo 14 de la propia Constitución y 108 y concordantes del Código civil, tras la redacción que les dio la Ley 11/1981, de 13 de mayo, equiparando la filiación matrimonial, la no matrimonial y la adoptiva)–, las afirmaciones de carácter general contenidas en las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre estas uniones y los criterios que el Tribunal Supremo ha utilizado en los supuestos de inexistencia de norma aplicable.



A) Efectos reconocidos por el Ordenamiento. Salvo error u omisión, posibles como las meigas, porque “habelas, haylas”:

1) **L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, Ley General Penitenciaria.** En sus artículos 52 y 53 se reconoce al conviviente el derecho a ser informado respecto del fallecimiento o grave enfermedad de su compañero, así como el de recibir visitas de él. El primero de estos derechos se confiere a las “personas íntimamente vinculadas” con el recluso y el segundo a los “allegados íntimos”. Ambas expresiones –y estamos de acuerdo con CANTERO NUÑEZ– son lo suficientemente amplias como para abarcar a los miembros de una unión de hecho, si bien cabe preguntarse cómo probar la convivencia y en las Comunidades Autónomas con legislación propia si será necesario o no que lo sean de “parejas legalizadas”, es decir las que cumplan los requisitos prevenidos en las correspondientes leyes.

2) **Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio,** que en su disposición adicional 10ª atribuye derecho a las prestaciones de la Seguridad Social y a la pensión de viudedad a “quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley”.

3) **Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.** En su artículo 10.1 –redactado según Ley 9/1994 de 19 de mayo– establece que “se concederá el asilo, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado, o la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar en los que se valorará, por separado, la situación de cada miembro de la familia”.

4) **L. O. 6/1984, de 24 de mayo, de regulación del procedimiento de “Hábeas Corpus”,** que en su artículo 3º, a) confiere legitimación activa para instar este procedimiento al “privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales”.

5) **L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.** En este campo procesal, su artículo 219 incluye entre las causas de abstención y recusación de jueces y magistrados “el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable entre aquéllos y las personas que intervengan como Letrado o Procurador de cualquiera de las partes”, y que –por aplicación del artículo

461 de la misma norma— es extensivo a los Secretarios. No conviene, tampoco, olvidar su artículo 391, conforme al cual no podrán pertenecer a la misma Sala los Magistrados que estuvieren unidos por “vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente”.

**6) R.D. 336/1986, de 24 de enero, por el que se regulan las indemnizaciones a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas,** que desarrollando la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, reconoce derecho de resarcimiento en caso de muerte a los hijos del difunto y al progenitor superviviente de alguno de éstos, “sea o no cónyuge del fallecido”.

**7) Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción.** Como es sabido la adopción es una de las instituciones que más modificaciones ha sufrido (Ley de 24 de abril de 1958, Ley 7/1970, de 4 de julio, Ley 11/1981, de 13 de mayo, Ley 30/1981, de 7 de julio y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del C.c. y de la L.E.C.). A pesar de estas modificaciones desde la redacción originaria del Código (artículo 174. 4º) hasta la actualidad (artículo 175.4) se ha mantenido el principio de que “fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona”. Principio que modificó —sin alterar el texto del citado artículo 175.4— la disposición adicional tercera de la ley a que nos estamos refiriendo (Ley 21/1987), estableciendo que “Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”. Fijémonos en que esta disposición adicional exige que se trata de una pareja heterosexual. Se refiere “al hombre y la mujer integrantes de una pareja”, no a los “miembros de una pareja” sin más, con lo cual encajarían las parejas homosexuales de gays o lesbianas. Se ha criticado esta solución por estimarse que es discriminatoria y atenta contra el principio de igualdad ante la ley del artículo 14 de la Constitución. Para otros —véase, por todos, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral Navarra 6/2000 que, como ya hemos visto, sí permite la adopción conjunta en este supuesto— esta forma de adopción por homosexuales podría contravenir el artículo 39.2 de la Constitución, que establece como principio rector de la política social la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación. Leemos en dicho recurso que “el interés del menor debiera prevalecer sobre el derecho de los cónyuges homosexuales a adoptar, en la medida en que este modelo de familia se aleja del modelo dominante de naturaleza heterosexual, sea o no matrimonial, pero en el que, de acuerdo con el orden biológico natural, los hijos requieren un padre y una

madre, o un padre o una madre, pero no dos padres o dos madres. El interés del menor adoptado exige que su nueva familia de adopción no le provoque necesariamente un conflicto con otros niños y esto es lo que sucede, a juicio de la Asociación Española de Pediatría, en este nuevo modelo familiar con dos padres o dos madres, con un padre o una madre de sexo distinto al correspondiente a su rol, todo lo cual generaría en el niño frustración y agresividad y un entorno vital claramente perjudicial para el armónico desarrollo de la personalidad y adaptación del niño”.

**8) Ley 35/1988, de 28 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida**, que permite tanto a la pareja matrimonial, como a la no matrimonial, e incluso a la madre sin pareja, la utilización de los medios de fecundación asistida contemplados en la misma (cfr. artículo 6, que establece que “toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar”). Recordemos que en esta ley se regula la denominada reproducción asistida homóloga (cuando los gametos proceden de los cónyuges o convivientes) y la reproducción asistida heteróloga (cuando uno de los gametos o ambos proceden de un tercero), garantizando la ley en este último supuesto el anonimato del donante y prohibiendo la revelación de su identidad salvo que ésta sea indispensable para salvar la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes penales (artículo 5.5). En el caso de reproducción asistida homóloga se presupone que su utilización ha sido realizada con pleno conocimiento (consentimiento presunto) del marido o del conviviente de la madre. Por el contrario, en la heteróloga, para poder atribuir la paternidad al marido o al conviviente es indispensable que éste haya prestado su consentimiento. En esta línea el artículo 8.2 de la ley, refiriéndose al conviviente –“consentimiento prestado por varón no casado”–, establece que el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil (del reconocimiento de la paternidad). Por algún sector de la doctrina se entiende que el consentimiento prestado por el marido imposibilita expresamente la impugnación de la paternidad (artículo 8.1), mientras que no sucede lo mismo respecto del prestado por el conviviente, al guardar silencio la ley. CANTERO NÚÑEZ opina –creo que con mayor fundamento– que la misma regla debe ser aplicada en los dos supuestos, no sólo por la doctrina de los actos propios, sino también porque el artículo 9.4 sólo permite la revocación del consentimiento en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas de reproducción asistida, lo que es lo mismo que decir que en un

momento posterior el consentimiento no puede ser revocado y que el conviviente no casado, nacido el hijo, tampoco podrá impugnar su paternidad.

Tratándose de inseminación “post mortem” el artículo 9, apartados 2 y 3, permite, tanto al marido como al varón no unido por vínculo matrimonial, la posibilidad de consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer o compañera. Tratándose de parejas no casadas, este consentimiento valdrá como título para iniciar el expediente del citado artículo 49 de la Ley del Registro Civil.

**9) R.D. 1088/1989, de 8 de septiembre,** por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a todos los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes (artículo 1); asistencia que tendrá idéntica extensión, contenido y régimen que la prevista en el Régimen General de la misma (artículo 2).

**10) L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales,** que en su artículo 1.2 establece que “para que sean de aplicación las disposiciones de la presente ley, será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes que de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos”.

**11) Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.** En su artículo 12.4 se confiere el derecho a continuar en el arrendamiento, cuando el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, al cónyuge conviviente y “en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia”.

El artículo 16.1.b) reconoce en favor del conviviente, y en iguales circunstancias, el derecho a subrogarse en el contrato en caso de muerte del arrendatario.

En el artículo 24.1 se atribuye al arrendatario, previa notificación escrita al arrendador, la facultad de realizar en la vivienda las obras que sean necesarias para adecuar ésta a su condición de minusválido o a la de su cónyuge o de la persona que conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o a la de

los familiares que con él convivan.

Y la Disposición Transitoria Segunda, B),7, en la que, refiriéndose a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, los derechos reconocidos en los apartados 4 y 5 de la propia transitoria (derecho de subrogación en el lugar del arrendatario fallecido, de los artículos 24.1 y 58 de la L.A.U. de 1964), serán también de aplicación respecto de la persona que hubiera venido conviviendo, etc. etc. etc..

**12) R.D. 266/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Objeción de Conciencia y Prestación Social Sustitutiva** que, en su artículo 28.4, al regular las prórrogas por sostenimiento familiar, considera miembros de la unidad familiar al cónyuge o a la persona unida por análoga relación de afectividad.

**13) Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para facilitar el acceso físico a las viviendas y para eliminar las barreras arquitectónicas que supongan una dificultad para los discapacitados**, que su artículo 2.2 equipara al cónyuge con “la persona que conviva con el titular de forma permanente en análoga relación de afectividad con independencia de su orientación sexual”.

**14) L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.** Encontramos:

-Artículo 23. Incluye como circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado “cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad”. Es la denominada “circunstancia mixta de parentesco”, cuando no creemos que entre los convivientes pueda hablarse de parentesco. Carca que es uno, por cuanto hasta la ya citada vigésimo segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española define el parentesco como “vínculo de consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a ésta”,

-Artículo 153, que tipifica el delito de malos tratos (pena de prisión de seis meses a tres años) respecto del que habitualmente ejerza violencia física “sobre su cónyuge o persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente”,

-Artículo 424, en el delito de cohecho la convivencia marital se toma en consideración para reducir la pena del conviviente que en causa criminal seguida contra su compañero trata de sobornar a la autoridad o funcionario público,

-Artículo 443, que sanciona con la pena de prisión de uno a dos años de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, a la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad... tenga pretensiones pendientes de resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior,

-Artículo 444, que castiga con la pena de prisión de uno o cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, al funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitare sexualmente al cónyuge de persona que tenga bajo un guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad,

-Artículo 454, en el que se exime de las penas impuestas a los encubridores a los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, y

-Artículo 617.2, en el que, en materia de faltas contra las personas, se aumenta la pena cuando los golpeados o maltratados de obra sean el cónyuge o persona con quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad.

**15) Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de delitos violentos y contra la libertad sexual**, que al establecer un sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas, reconoce la cualidad de víctimas indirectas en el caso de muerte al cónyuge del fallecido, si no estuviere separado legalmente, “o a la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia” (artículo 2.3 a) y que, en el caso de concurrir el cónyuge o el conviviente con hijos del fallecido divide la cantidad entre unos y otros por mitad (artículo 2.4. a).

**16) R.D. Ley 13/1996, de 20 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por la inundación en el término municipal de Biescas (Huesca)**, en el que se incluye como beneficiario a título de víctimas indirectas, en el caso de muerte, al conviviente heterosexual que reúna los requisitos de la ley precedente.

**17) R.D. 1211/1997, de 18 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de ayuda y resarcimiento a las víctimas de delitos del terrorismo**, que en en su artículo 7.2 a) considera titulares del derecho de

resarcimiento al conviviente, incluso homosexual, en los mismos términos de la citada ley 35/1995, y

**18) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.** Duda la doctrina en si la convivencia de hecho puede entenderse o no incluida entre las causas que permiten tachar los testigos propuestos por la parte contraria, por cuanto el artículo 377.1.1ª alude a “ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro el cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado o de su abogado o procurador o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo”. Es inteligente –y por eso la compartimos– la postura de CANTERO NÚÑEZ, quien considera que en rigor “no se podría entender aquí incluido el conviviente ya que a éste no le liga «vínculo» alguno con su compañero, que es sobre lo que se predica la analogía. Sin embargo, la interpretación correctora –sigue diciendo– debe imponerse. De no admitirse esta interpretación, se podría lograr el mismo resultado por concurrencia de «amistad íntima», al amparo de la causa cuarta del mismo artículo”.

B) Afirmaciones de carácter general contenidas en las Sentencias del Tribunal Constitucional.

Es posible –aunque poco probable– que alguno de los presentes se haya sorprendido por la extensa enumeración precedente; es, sin embargo, evidente que estos derechos y facultades reconocidos a los miembros de la pareja no constituyen una verdadera y propia regulación legislativa sistemática u orgánica, por lo que continuamos estando en la situación expresada en la rúbrica: “sin Derecho”.

Para completar el examen de la cuestión vamos a acudir a la vía jurisprudencial limitándonos en este apartado a las Sentencias del Tribunal Constitucional, sin que ello suponga menosprecio alguno a las emanadas del Tribunal Supremo –de las que nos ocuparemos más adelante–, de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, Audiencias y Juzgados de Instancia y escogiendo desde 1992 las que hemos considerado más interesantes por los principios/criterios de carácter general en ellas contenidos.

Empezamos con la **Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre** recaída en la cuestión de inconstitucionalidad 1419/1988, planteada por la Magistratura número 1 de Álava contra el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social y la disposición adicional décima, 2, de la ley 30/1981, de 7 de julio –ya examinada–, por oposición a los artículos 10, 14 y 39 de la Constitución. Fallo: desestimatorio.- Las circunstancias del caso fueron las siguientes. La demandante en el proceso originario, tras el fallecimiento en 1987 de su compañero, con el que había convivido más de 40 años, solicitó

pensión de viudedad, que le fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, por no existir vínculo matrimonial con el causante y no tener legalizada la situación. La solicitante había contraído matrimonio en 1939 con otra persona que, según se dice, había desaparecido durante la guerra civil. Interpuesta reclamación previa contra la anterior denegación, fue desestimada por dicho Instituto por no tener la solicitante la condición de viuda, según se requiere para ser pensionista de viudedad por el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social y porque el fallecimiento del causante no se produjo con anterioridad a la ley 30/1981, habiendo podido, por tanto, llevar a cabo la regularización de su situación, de conformidad con lo previsto la disposición adicional décima, 2, de dicha ley.- Interpuesta por la interesada demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Magistratura de Trabajo número 1 de Álava, tras los trámites pertinentes, dictó el 29 de julio de 1988 Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al abrigar dudas acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 160 de la L.G.S.S. (en cuanto se refiere exclusivamente al viudo-viuda) y la disposición adicional décima, 2, de la ley 30/1981 (en cuanto que el reconocimiento de los derechos a que alude se condicionan a que el fallecimiento del compañero/compañera hubiera acaecido con anterioridad a la vigencia de dicha ley), con relación al artículo 14 de la Constitución Española, que prohíbe la desigualdad de trato, en este caso derivada de la inexistencia de vínculo conyugal; con el artículo 39 C.E., que ampara a la familia no matrimonial; y, por último, en relación con la artículo 10 C.E., que al consagrar como fundamento del orden político “el libre desarrollo de la personalidad”, parece implicar como de difícil sostenimiento la exigencia de vínculo matrimonial.

Tras recordar que el propio Tribunal Constitucional ya tiene declarado, de un lado que para poder ser titular del derecho a la pensión de viudedad se requiere que el beneficiario de la misma hubiera contraído legítimo matrimonio con el (o la) causante (Sentencias 177/1985, 27/1986 y 270/1988); y, de otro, que la Ley 30/1981 no ha creado una nueva pensión distinta a la de viudedad, sino que se ha limitado a añadir a la causa de pedir existente (el vínculo matrimonial) una nueva basada en la convivencia extramatrimonial, sólo en aquellas uniones estables que tuvieran su causa en la imposibilidad de contraer matrimonio por inexistencia del divorcio, entra en el examen de los preceptos constitucionales invocados, considerando:

-Que debe excluirse de entrada el contraste aislado del artículo 160 L.G.S.S. con el artículo 10 de la Constitución, pues el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido ni coartado por que al supérstite de una unión de hecho la ley no le reconozca una pensión de viudedad. Si podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o reprimir la convivencia “more uxorio”,



-Que tampoco cabe establecer un contraste aislado entre los preceptos legales cuestionados y el artículo 39 C.E. Pues, sin necesidad de interrogarse ahora acerca de si “la protección social, económica y jurídica de la familia” a que este precepto se refiere podría alcanzar tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio, es claro que dicho precepto no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todo los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 C.E. aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (artículo 32.1 C.E.), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan convivir “more uxorio”, y

-Que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida (Auto T.C. n° 671/1985, de 9 de noviembre, de inadmisión del recurso de amparo 291/1985), y ello también respecto de las pensiones de viudedad, precisando, a éste propósito, que la actual regulación de tales pensiones no vulnera lo dispuesto en el artículo 14 C.E. Es claro que en la Constitución Española el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (artículo 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho “more uxorio”, que ni es una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera “ope legis” en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia. Es cierto también que el legislador podría extender a las uniones estables de hecho los beneficios de la pensión de viudedad, pero el que en la actualidad no lo haya hecho así no lesiona en sí mismo el artículo 14 C.E. ni tampoco en su conexión con el artículo 39.1 del propio texto constitucional.

La conclusión alcanzada no se altera por el hecho de que en otros supuestos muy distintos al de la pensión de viudedad el legislador haya equiparado al cónyuge la “análoga relación de afectividad”. Tales supuestos

–afirma la Sentencia– no admiten comparación con el que ahora nos ocupa, todo lo más son indicativos de que las relaciones permanentes de afectividad análogas a la matrimonial comienzan a ser atendidas en determinados y peculiares casos y dotadas de ciertos efectos por el ordenamiento jurídico.

El fallo desestimatorio cuenta con dos votos particulares. El del Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra (que coincidiendo con el fallo muestra su discrepancia con la afirmación de que las denominadas uniones conyugales de hecho carecen de protección constitucional) y el del Magistrado Excmo. Sr. D. Luis López Guerra (para quien los artículos debatidos vulneran los mandatos del artículo 14, en relación con la artículo 41 C.E.).

Esta decisión de declarar que el artículo 160 de la L.G.S.S. –así como la disposición adicional décima, 2, de la ley 30/1981– no se opone a lo dispuesto en nuestra Constitución ha sido reiterada por las siguientes Sentencias del propio T.C.: n°s: 29,30, 31, 35, 38, 77/1991, 29/1992 y 66/1994. En esta última se añade una cuestión más. Alegaba la demandante de amparo que quien con ella convivía maritalmente profesaba una ideología anarquista que, aunque no era contraria a la familia, si lo era a formalizar la relación afectiva estable entre hombre y mujer, centro de la misma, a través de una institución eclesiástica o de la propia Administración; para deducir de ello que la exigencia en su situación del vínculo matrimonial como requisito imprescindible para acceder a la pensión de viudedad supone atentar a su libertad ideológica y, con ello, al artículo 16.1 C.E. A este razonamiento se opone el T.C. alegando que, aún admitiendo las subsunción de la libertad negativa a contraer matrimonio –artículo 32.1 C.E.– en el artículo 16.1, es claro que el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica “no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo de fallecimiento de una de las partes de las uniones de hecho (Auto T.C. 156/1987), toda vez que el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido o coartado porque la ley no reconozca al supérstite de una unión de hecho una pensión de viudedad, pues, en definitiva, como alega el Ministerio Fiscal, aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ellas y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio (S.T.C 20/1990), ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados por el Estado para la concesión de una prestación económica ni a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos”. No cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer el vínculo matrimonial.

El artículo 174.1 del Texto Refundido de la L.G.S.S., en la redacción vigente que le ha dado el artículo 32.uno, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, continúa manteniendo la necesidad de la existencia de vínculo matrimonial para que se reconozca el derecho a la pensión de viudedad.

**Sentencia 222/1922, de 11 de diciembre.** Cuestión de inconstitucionalidad 1797/1990, planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Fuengirola sobre supuesta inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la L.A.U., texto refundido de 24 diciembre de 1964, en relación con los artículos 14 y 39 de la Constitución: el Tribunal estima la cuestión y declara que dicho precepto es inconstitucional en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación “mortis causa” a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido.

Consideraciones generales:

-La regla preconstitucional del mentado artículo 58.1 de la anterior L.A.U. ha de ser interpretada como introductora de un beneficio legal que halla su fundamento en la norma de la Constitución según la cual “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia” (artículo 39.1),

-En el concepto constitucional de “familia” entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras precisiones constitucionales (artículo 18.1), con la orientación de la legislación post-constitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal (Sentencias 45/1989, 192 y 200/1991) y, en definitiva, con la acepción normalizada y arraigada en nuestra cultura de la voz “familia”, en cuyo concepto entra, por consiguiente, también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia,

-Ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el artículo 39.1 C.E. hubiera de entenderse referido, en términos exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio. No es así, sin embargo. Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (artículos 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro Estado (artículos 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. Del propio artículo 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias

matrimoniales y no matrimoniales, diferenciación que tampoco fue afirmada en la ya vista Sentencia 184/1990,

-Que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos “realidades equivalentes” es algo, por otra parte, que ya dejó dicho este Tribunal, reiterando su anterior doctrina de general aplicación, en la repetida Sentencia 184/1990 y confirmada con posterioridad en las, también invocadas, 29,30, 31, 35, 38 y 77/todas de 1991.

A esta Sentencia se formularon dos votos particulares por considerar que el artículo 58.1 de la L.A.U. de 1964 no es contrario a la Constitución. El del Magistrado Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo [no ser contrario al artículo 14 C.E. y apartarse por completo, sin declarar expresamente la razones, de la doctrina reiteradamente sentada por el propio Tribunal –Sentencia 184/1990–. Afirmando, asimismo, que no corresponde al T.C., en su función de legislador negativo, llevar a cabo esa extensión, “ex Constitutione”, en favor del supérstite que había convivido “more uxorio”; situación libremente elegida y querida por ellos (artículo 10.1 C.E.) y sin que nada los hubiera impedido, en su día, contraer matrimonio] y el del Magistrado Excmo. Sr. D. José Gabaldón López (para quien, para llegar a la conclusión de que el precepto cuestionado es contrario al artículo 14 C.E., habría de darse una perfecta identidad entre matrimonio y convivencia extramatrimonial. Identidad inexistente por cuanto la unión de hecho “more uxorio” no es ni siquiera una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento).

El mismo criterio de inconstitucionalidad del repetido artículo 58.1 de la L.A.U. de 1964 se mantuvo por el T.C. en sus Sentencias 6 y 47/1993. Ya expusimos en su momento como la actual Ley de Arrendamientos Urbanos ha cambiado de criterio en su artículo 16.1. b), reconociendo en favor del conviviente el derecho a subrogarse en el contrato en caso de muerte del arrendatario.

**Auto 321/1996, de 8 de noviembre**, inadmitiendo el amparo solicitado (recurso de amparo número 4304/1995). Hechos: el propietario de una vivienda presenta demanda de desahucio por precario contra la recurrente en amparo, que se opuso a la demanda alegando la excepción de inadecuación del procedimiento dada la existencia de una cuestión compleja consistente en una relación de convivencia “more uxorio” entre los litigantes. El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Las Palmas dictó sentencia estimatoria de la demanda, declarando haber lugar al desahucio. Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado por Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas.- La demandante de amparo alega tres motivos para la estimación de su recurso: a) En primer lugar,

considera vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 C.E.), por haber sido condenada a desalojar su domicilio en virtud de sentencia recaída en un proceso en el que no pudo ejercitar su defensa con las debidas garantías. Basa este reproche en que, habiendo alegado como título justificativo de su permanencia en el inmueble su convivencia “more uxorio” con el demandante, nos encontramos ante una cuestión compleja, cuya resolución no puede tener lugar dentro del cauce procedimental del juicio de desahucio por precario (procedimiento sumario), sino que ha de hacerse en un declarativo ordinario.- b) En segundo lugar, entiende que la sentencia impugnada de la Audiencia vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 C.E.), al apartarse de las soluciones propiciadas para casos idénticos por otras Audiencias (por ejemplo la Sentencia de 9/6/1993 de la Audiencia Provincial de Barcelona y la de 15/6 también de 1993, de la de Madrid).- c) Por último, la demandante de amparo considera vulnerado el derecho fundamental a la igualdad (artículo 14 C.E.) por haberse producido una discriminación en razón a su estado civil (unión de hecho que describe/define como “una convivencia «more uxorio» continuada en el tiempo bajo un mismo techo con medios y recursos en común, con asunción por ambas partes de todos los deberes matrimoniales, incluido el de fidelidad, y pública, manifiesta, patente y monogámica”). A su entender, acreditada la existencia de una relación cuasi-marital entre los litigantes falta uno de los presupuestos esenciales de la institución del precario, ya que en ningún caso puede hablarse de una carencia de título de la hoy recurrente en amparo para permanecer en la vivienda en disputa.

El T.C. mantiene:

-Que la primera de las vulneraciones denunciadas (indefensión) carece de fundamento. La existencia de juicios sumarios, como puede ser el de desahucio, no es de por sí contraria a la prohibición constitucional de indefensión, precisamente porque lo que caracteriza a los juicios sumarios es que no cierran la posibilidad de discusión del fondo del asunto en toda su plenitud en un posterior juicio declarativo ordinario (Sentencias del Tribunal Constitucional 60/1983 y 187/1990),

-Respecto de la posible discriminación entre uniones matrimoniales y de hecho en relación con la aplicación del juicio de desahucio por precario, lo primero que hay que advertir es que tal discriminación, caso de existir, no se encontraría en la ley, que se limita a prever en el artículo 1.565.3º LEC (en su anterior redacción) la procedencia del desahucio en situaciones de precario sin hacer distinción alguna por la condición personal del precarista, por lo que hay que entender que la queja se refiere a una posible discriminación en la aplicación de la ley. Y en este caso debería haberse

probado, lo que no se ha hecho, que la Audiencia de Las Palmas hubiera adoptado alguna decisión anterior en que hubiera rechazado el desahucio por precario en un supuesto análogo al presente, con la sola diferencia de tratarse de una unión matrimonial y no de hecho. Estima el T.C. que la Audiencia tomó una decisión muy ajustada a las circunstancias del caso concreto y no basada en la simple existencia de una unión de hecho, en la que incluso se planteó la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 96.3 C.c.,

-Y en orden a la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 C.E.), por la existencia de sentencias contradictorias con la impugnada procedentes de otras Audiencias, es doctrina reiterada del Alto Tribunal que este principio a lo que se opone es a que un mismo órgano judicial cambie de criterio de manera inmotivada en la resolución de supuestos sustancialmente iguales, pero que tal principio no es aplicable cuando las decisiones contradictorias entre sí proceden, como en este caso, de órganos judiciales distintos (Sentencias 146/1990, 134/1991 y 119/1994 del T.C., entre otras).

**Sentencia 47/2001, de 15 de febrero**, en la que se deniega el amparo solicitado por los cónyuges—que habiéndose acogido expresamente a la modalidad de “declaración conjunta”, regulada en el hoy derogado artículo 87, apartado 2, de la ley 18/1991, 6 de junio, del IRPF, constituyeron una unidad familiar integrada, la primera de ellas, por el esposo y un hijo, y la segunda, por la esposa y otro hijo— contra Sentencias de las Secciones Octava y Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por las que se desestiman los recursos interpuestos contra sendas liquidaciones provisionales en concepto de IRPF de los ejercicios 1994 y 1993.- Alegaron los demandantes de amparo —en lo que más nos interesa en la materia que examinamos— la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad ante la ley —artículo 14 C.E.—. Si de acuerdo con las sentencias impugnadas los matrimonios con hijos no pueden constituir la modalidad de unidad familiar del citado artículo 87.2, ésta es una opción a la que sí pueden acogerse las parejas que conviven “more uxorio”, lo que se traduciría en la práctica en un trato fiscal más favorable para estas últimas que, no sólo carece de justificación razonable, sino que además contradice los artículos 32.1 y 39 C.E.- Según el Alto Tribunal son dos las situaciones en las que la ley permite la declaración conjunta: La primera engloba los supuestos en los que existe un vínculo matrimonial, con independencia de que los cónyuges tengan o no hijos menores a su cargo; la segunda, abarca los supuestos de las familias monoparentales, esto es, las formadas por el padre o la madre con sus hijos, con independencia de que éstos hayan sido adoptados, sean el fruto de una anterior relación

matrimonial o hayan sido concebido fuera del matrimonio. Lo que está más claro es que no permite que cada cónyuge pueda constituir una unidad familiar de las recogidas en el artículo 87.2, con uno de los hijos menores no emancipados, escindiendo así artificialmente en dos, no sólo la “unidad familiar” tal y como está configurada legalmente en el artículo 87, sino incluso, de algún modo, la propia familia; y que el precepto de que se trata no pretende regular a efectos del IRPF la situación de las parejas de hecho –en su apartado 1 reclama la existencia de vínculo matrimonial, y en el 2 sólo toma en consideración las relaciones paterno-filiales–.

C) Criterios utilizados por el T.S. en los supuestos de inexistencia de norma aplicable. En llegado este momento todos –ustedes y este charlatán– se encuentran en situación límite, de ahí que en gran síntesis vamos a intentar resumir los más importantes Sentencias del Tribunal Supremo.

1) **Sentencia de 11 de diciembre de 1992.** No admite que entre la actora y el demandado existiera, durante los seis años de su convivencia en unión extramatrimonial, una sociedad universal de ganancias, entre otras, por las siguientes razones: a) La sociedad requiere el consentimiento, claro e inequívoco, de los contratantes, el cual en cierta manera, se identifica con el tradicional requisito de la “affectio societatis”. b) La existencia de este consentimiento no es una inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial, ya que puede suceder que quienes la formen prefieran mantener su independencia económica. No es posible entender que la reclamación económica pueda encontrar fundamento en la aplicación de la artículo 1902 C.c., ni tampoco en la aplicación por analogía de lo dispuesto en el artículo 97 C.c. (pensión en caso de separación o divorcio). Sí se admite la existencia de un enriquecimiento sin causa, que según reiterada doctrina jurisprudencial (vide Sentencia 31-marzo-1992) exige: aumento del patrimonio del enriquecido; correlativo empobrecimiento del actor; falta de causa que justifique el enriquecimiento; e inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. Requisitos que se cumplen en el caso. No se halla justificado el enriquecimiento del demandado –dice el Tribunal– porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones –en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc– en la forma que está probado lo vino realizando la actora.

2) **Sentencia de 18 de febrero de 1993 (116/1993).** Reitera el criterio sustentado en sentencias de la misma Sala de lo civil –Sentencias de 21 de octubre de 1992 y la precedente de 11 de diciembre del mismo año– de la imposible aplicación a las uniones “more uxorio” de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aún reconociéndose sin

limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y la susceptibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la ley, no cabe por eso equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución –afirmaciones que toma de la ya expuesta Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre–.

De ahí que para solucionar problemas la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir en estos casos a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que patenten la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal.

Se hace, por tanto, preciso no sólo la “*affectio societatis*” –elemento indispensable para que pueda entenderse que existió la voluntad de crear una sociedad civil, que por sus características resulta obligado calificar de irregular– sino también la puesta en común de dinero, bienes o industria, por aplicación del artículo 1665 C.c..

3) **Sentencia de 22 de julio de 1993.** Reconoce que las uniones de hecho o “*more uxorio*” constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida, bien que con evidente resistencia, por los Tribunales tanto de la jurisdicción ordinaria como constitucional (Sentencias del T.S. de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992 y 18 de febrero de 1993; y del T.C. de 11 de diciembre de 1992 y 18 de enero y 8 de febrero de 1993). Admisión obligada por el artículo 39.1 del texto constitucional.

Teniendo en cuenta que si bien la exégesis de los preceptos legales debe realizarse hoy con criterios inspirados no sólo en principios históricos, lógicos y sistemáticos, sino también socio-políticos, no es de olvidar en un Estado de Derecho otro esencial postulado que por afectar, al menos en principio, a toda la Comunidad Social debe imperar: el de la seguridad jurídica, consecuencia de lo cual: 1º Las uniones matrimoniales y las “*more uxorio*” no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes (Sentencia del Tribunal Supremo de 11-12-1992); 2º No serán aplicables a esas uniones normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras, a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía.

El juego de la analogía radica en la similitud (“*semejanza*”, según el artículo 4º C.c. ) entre el supuesto que ante el órgano judicial –o intérprete– se presenta, carente de regulación legal, y aquél al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o “*identidad de razón*”, cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve



implícita la idea del uso razonable del Derecho (vide Sentencia del T.S. de 12-diciembre-1980).

Rechaza esta Sentencia la aplicación analógica a las uniones de hecho de los artículos 1396 y siguientes del Código civil, por cuanto esa semejanza no puede admitirse, desde el momento que el examen analógico-comparativo de las mismas y las uniones matrimoniales nos ofrecen unas considerables diferencias; así, mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil, las segundas no, lo que da lugar a que respecto de estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, tal acontece por ejemplo con la creación del “status iuris” casado/a que tampoco es de aplicación a las uniones “more uxorio”, y lo mismo acontece con los requisitos que la disolución de las matrimoniales requiere y no juegan para las de puro hecho.

Además, en contra de dicha aplicación analógica ha de tenerse en cuenta que lo pregonado en el artículo 14 C.E., es que la igualdad que en el mismo se establece exige que todos aquellos respecto de los cuales se reclama se encuentren en la misma situación, sin que pueda establecerse diferencia alguna por razón de las personas o circunstancias que no estén presentes en la norma (Sentencias del T.C. de 12 de julio de 1988 y 142/1998), igualdad que no se da en el presente caso.

Consiguientemente, la aplicación analógica a estas uniones de las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico-matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y constitutivos de las mismas. La solución contraria –aplicación de la analogía– podría implicar o acaso incluso conducir a una auténtica creación judicial del Derecho en materia de dichos regímenes económicos, lo cual no autoriza el artículo 1 C.c. en general y su ordinal 6º en particular.

Rechaza también esta Sentencia –referida al caso concreto– la existencia de una sociedad civil irregular del artículo 1669 C.c. (por cuanto para su existencia resultan imprescindibles los pactos “inter partes”) y la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto (por no darse ninguno de los requisitos que para la estimación de dicha figura señala la doctrina de esta Sala).

**4) Sentencia de 27 de mayo de 1994 (536/1994).** Rechaza, una vez más, la aplicación analógica de las normas matrimoniales, porque no se da identidad de razón con una institución como la matrimonial de la que, además, no quisieron participar.- Que estemos ante un hecho social innegable, no comporta que haya que extender los efectos de la institución del matrimonio por aplicación del artículo 3 C.c., que hace referencia la realidad social del tiempo en que las leyes han de ser aplicadas, pues no se

trata de interpretar una ley –que es el campo de aplicación del artículo 3 C.c.–.

Y se inclina por buscar solución a las cuestiones económicas que puedan surgir por la vía de los pactos societarios o de otro carácter contractual y hasta la aplicación –si se dieran los requisitos– de la acción de reclamación de cantidades en base a la prestación de servicios, gestión de negocios o el enriquecimiento sin causa.

5) **Sentencia de 11 de noviembre de 1994 (894/1994).** Reitera la imposible aplicación a las uniones de hecho o “more uxorio” de la normas reguladoras de la sociedad de gananciales, por no tratarse de uniones equivalentes a la matrimoniales. Por lo cual, la doctrina jurisprudencial ha tenido que acudir en estos casos a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que patenticen la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal.

6) **Sentencia de 20 de noviembre de 1994 (948/1994).** La Sentencia recurrida partió de la base de que las uniones de hecho no tienen el carácter de uniones conyugales, no quedando por ello equiparadas legalmente al matrimonio, razón por la que se desestima la demanda en la que la mujer insta, tras la finalización de la unión, que se le atribuya el uso del domicilio en que convivieron y se le conceda una pensión mensual por cargas familiares, en la que no entran las relativas a los hijos habidos por ser todos mayores y ajenos al caso.

La Sala falla desestimando el recurso y manteniendo que la protección social y jurídica de la familia a que se refiere la artículo 39.1 C.E. no permite aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho, aunque esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que las uniones de hecho, máxime las de larga duración, pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación, bien por la aportación a la creación de un patrimonio o con apoyo en el enriquecimiento injusto o en algún otro precepto incluso aplicable por analogía, para lo cual han de citarse los concretos preceptos con los que la analogía se da –lo que no se hizo en el recurso–. (Vide la Sentencia de 22 de julio de 1993).

También se desestiman otras cuestiones por no haber sido planteadas en los escritos fundamentales del pleito (responsabilidad extracontractual, el artículo 1901 C.c. relativo al cuasi-contrato de cobro de lo indebido) y estar vedado hacerlo en casación.

7) **Sentencia de 24 de noviembre de 1994 (1075/1994).** Una vez más: no es posible aplicar a las uniones “more uxorio” las normas reguladoras del régimen legal de la sociedad de gananciales, pues aun reconociéndose la

libertad para crear aquellas uniones libres, no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras.

Y este mismo razonamiento es también extensible a la inaplicación de las normas reguladoras del régimen de separación de bienes –lo que había hecho la Audiencia–, pues quien de tal forma se unieron pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Debe respetarse la decisión personal, libremente tomada, de unirse, prescindiendo del vínculo legal del matrimonio, y declarar que tales uniones son instituciones sustancialmente distintas, en cuanto a la generación de derechos y deberes interpersonales y patrimoniales.

Ciertamente, que habrá supuestos en los que se producirán consecuencias económicas, a los que habrá que procurar adecuada y justa solución y que será posible, cuando se acredite que hubo “*affectio societatis*”, por las vías de la analogía con la sociedad o la comunidad de bienes, o cuando se acredite el incremento patrimonial de uno por el esfuerzo del otro, que se busque el equilibrio por la vía del enriquecimiento injusto, etc..

**8) Sentencia de 30 de diciembre de 1994 (1181/1994).** Tras reproducir los argumentos contenidos en la ya examinada Sentencia de 22 de julio de 1993, sobre la imposibilidad de aplicar por analogía las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico-matrimoniales a las uniones de hecho, añade que la inexistencia de regulación legal de éstas “no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al respeto del libre albedrío, al libre albedrío o facultad del hombre para pronunciarse o gobernarse en uno u otro sentido, como ser libre que es y, como tal, titular de derechos subjetivos que le autorizan a hacer lo que le place, dentro del poder concreto que el ordenamiento jurídico y la Constitución le conceden, de tal manera que someter su voluntad al establecer una situación de “*facto*” a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica, puede constituir un ataque frontal a su libertad”.

No hay, pues, laguna de ley, sino respecto al libre albedrío, al derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contraer matrimonio. Si se aplicase la analogía habrían de imponerse a los litigantes los mismos derechos y deberes que a la institución matrimonial impone la ley, en detrimento de la libertad de la pareja, uno de cuyos miembros se acuerda de aquella institución que no quiso asumir cuando la convivencia hace crisis.

El Juzgado, cuya sentencia se confirma, ya advirtió que “los efectos solicitados en la demanda, propios de la nulidad, separación o divorcio del

matrimonio no son aplicables a una convivencia extramatrimonial, lo que no significa, sin embargo, que esas situaciones carezcan de toda protección jurídica, pues si a consecuencia de tal relación de convivencia se han producido efectos patrimoniales o una parte se considera perjudicada por el cese de esa convivencia puede solicitar al amparo de otros preceptos la protección que considere merecer”.

En esta importante Sentencia el Supremo deja claro que “tampoco resulta baladí recordar que, aunque la legislación sobre matrimonio y familia pueda variar en un momento dado, en la actual concreción jurídica no cabe alegar el artículo 39 de la Constitución para reclamar la protección jurídica de la familia creada al amparo de una unión de hecho, pues dicho artículo se encuentra enmarcado en el Título I, Capítulo Tercero, y el artículo 53.3 establece que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”, lo que implica una reserva de ley que no cabe violentar mediante la analogía.

**9) Sentencia de 18 de marzo de 1995 (229/1995).** Rechaza la aplicación a estas uniones “more uxorio” de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales y, siguiendo la doctrina jurisprudencial de acudir en cada caso a los pactos expresos o tácitos (“facta concludentia”) existentes entre los interesados, considera que la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como si de un matrimonio se tratara, y durante el cual ambos ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjuntamente e individualmente pero para la sociedad que esa convivencia y trabajo en común había consolidado, se está declarando la existencia entre ellos de una sociedad civil irregular de carácter universal que, de acuerdo con el artículo 1629, párrafo segundo, C.c., habrá de regirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (artículos 392 y siguientes), por lo que, se califiquen tales relaciones de comunidad normal de bienes o de copropiedad por cuotas –como hace la sentencia recurrida–, o de sociedad civil irregular, el régimen jurídico aplicable es el mismo.

**10) Sentencia de 16 de diciembre de 1996 (nº 1085/1996).** Hechos probados: convivencia de la demandante con el ahora recurrente que se prolonga por espacio de unos tres años y en la que se integran los tres hijos que aquélla tuvo de su precedente matrimonio disuelto. Esta convivencia se mantuvo en el domicilio que el demandado estableció en la calle... y creó una auténtica comunidad de intereses económicos, a más de naturales vínculos afectivos y de un claro reconocimiento social, de todo lo cual se derivó un estado de hecho semejante al generado por una unión matrimonial. La

actora convino en mantener tal convivencia ante la certidumbre de que habría de alcanzar el refrendo legal, mediante celebración del matrimonio civil con el demandado y así se promovió e incoó el oportuno expediente previo, en el que llegó a hacerse concreto señalamiento para el acto de la ceremonia. La aceptación de esta forma de convivencia llevó a la demandante a resolver el contrato de arrendamiento que venía disfrutando de otra vivienda, donde residía en unión de sus tres aludidos hijos y en la que aceptaba un número reducido de huéspedes que representaban para ella unos fluctuantes ingresos económicos. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, condenándose al varón a abonar a la actora una cierta cantidad y conceder a ésta el uso de un automóvil –por un año– y el de la vivienda por dos años. En apelación esta sentencia fue revocada parcialmente en cuanto a la cantidad a satisfacer en concepto de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de promesa matrimonial, confirmando sus restantes pronunciamientos.

El Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso interpuesto, proclama:

-Que nos hallamos ante una convivencia al modo matrimonial de una pareja heterosexual matizada por la promesa de matrimonio que, aunque fuera el motivo determinante de la convivencia, refleja un hecho jurídicamente diferenciado al que no se pueden anudar las consecuencias jurídicas del hecho de la convivencia. En efecto, la realidad social de nuestro tiempo, ofrece ejemplos abundantes de la generalización en la práctica de este tipo de convivencias, carentes todavía de tratamiento unitario, aunque no faltan referencias legales y más jurisprudenciales. No constituyen matrimonios informales consolidados por el Derecho, como fue el matrimonio por uso del Derecho Romano o el matrimonio “a yuras” del Derecho castellano, que fue aceptado por la Iglesia hasta el Concilio de Trento. Ni tampoco deben confundirse con matrimonios de segundo orden o sucedáneos del mismo. En realidad suponen en unos casos alternativa al matrimonio, y en otros una preparación al matrimonio que se contempla como culminación de la satisfactoria convivencia. Nota común es la exclusión, por regla general, de las normas legales del matrimonio, para disciplinar estas situaciones, ya que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras. No obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros,

-Que los daños y perjuicios que se reclaman en ejercicio de una acción de resarcimiento por convivencia al modo uxorio, en la que intervino promesa de matrimonio, tienen su origen en la imprevisión de ambos convivientes que

debieron establecer con claridad los derechos y deberes recíprocos, aun en caso de ruptura, aunque nunca para el supuesto de no celebración del matrimonio que constituye, según el artículo 42 C.c., cláusula nula,

-Que el daño moral causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal (se invocaba el artículo 43 C.c.). Sí lo son los demás conforme al artículo 1902 C.c. (culpa extra-contractual),

-Que el enriquecimiento injusto tampoco es argumento que pueda servir de soporte al pronunciamiento relativo al uso de la vivienda, sino el desamparo en que quedó la actora como consecuencia del fracaso y ruptura de su convivencia con el demandado. No cabe, tampoco en este orden, apoyarse en el artículo 43 C.c., pues tal interpretación supondría forzar los límites del expresado precepto, cuya “ratio” no presupone la convivencia como un hecho anticipado al matrimonio, sino que la contempla implícitamente como un hecho futuro, y

-Que admite una aplicación analógica de la disciplina matrimonial, en cuanto algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación, y sobre todo investigando la “ratio normativa”, a la convivencia “more uxorio”. Recuerda la doctrina de la Sala mantenida en la ya examinada Sentencia de 22 de julio de 1993 y con ella rechaza la aplicación analógica de los regímenes económicos-matrimoniales, pero llega a solución contraria respecto del uso de la vivienda familiar, reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privaticidad), al tiempo que, cuando existen hijos, es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. La aplicación del artículo 96 C.c., párrafo tercero, integrado con el artículo 4º.1, justifica una solución como la adoptada por ambas sentencias de instancia.

11) **Sentencia de 4 de marzo de 1997.** Mantiene, una vez más, la doctrina jurisprudencial de la no aplicación analógica de las normas relativas a los regímenes económico-matrimoniales (Sentencias de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992; 18 febrero y 22 de julio de 1993; y 27 de mayo de 1994) y rechaza la infracción del principio general del derecho “da mihi factum daba tibi ius”, o “iura novit curia”, invocado por el recurrente ya que, según su tesis, acreditada la unión libre no matrimonial, se debió proceder a su encaje dentro de una institución jurídica. El motivo se desestima. Aparte de que los aforismos que se citan son simplemente eso, meros aforismos o reglas que compendian en muy pocas palabras la totalidad de una regulación

jurídica, o si se quiere, son resúmenes escuetos de la misma, pero no “un principio general del Derecho”, la recurrente olvida que los órganos judiciales están vinculados a la ley por la Constitución (artículo 117) sin que se admita que puedan crear Derecho. Por tanto, es obvio que la regulación, con carácter general, de las uniones extramatrimoniales en modo alguno les compete, si es que fuera necesario regularlas. Mucho menos pueden quebrantar la ley, con el pretexto de integrar el ordenamiento jurídico, como lo sería aplicar el régimen económico-matrimonial y los derechos del cónyuge viudo a quien no es tal cónyuge por su propia y libre decisión.

12) **Sentencia de 4 de abril de 1997 (número 272/1997)**. En la síntesis jurisprudencial, mantenida en su Fundamento Jurídico Cuarto, recoge la Sentencia de 21 de octubre de 1992, según la cual la normativa reguladora de los regímenes económico-matrimoniales (Título III del libro IV del C.c.) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre por el mero hecho del surgimiento de la misma, sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias del caso, pueda predicarse la aplicabilidad (no por “analogía legis”, que aquí no se da, sino por “analogía iuris”) de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio, regula el citado Título del C.c., siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial (“more uxorio”), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por su “facta concludentia” (aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o alguno de los bienes adquiridos –a título oneroso– durante la duración de la unión de hecho.

En el caso concreto –adquisición de una vivienda escriturada a nombre de la mujer, cuando en el documento privado previo (no citado en la escritura) lo estaba a nombre del varón y aportación por éste de parte del precio– el Tribunal Supremo, tras considerar aplicable analógicamente las normas del régimen de gananciales en los supuestos en que no existan elementos derivados de la propia conducta de los convivientes determinante de su exclusión, reconoce la titularidad exclusiva derivada de la escritura, si bien con la obligación de reintegrar al actor la aportación económica efectuada para la adquisición, entendiendo que esta unión de hecho funcionaba con un sistema afín a la separación de bienes .

13) **Sentencia de 29 octubre de 1997 (905/1997)**. En las uniones de hecho cuando cesa con carácter definitivo la convivencia familiar surge la necesidad de la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, ya los que se debe aplicar, sin duda, el régimen que establecen los artículos 392 y siguientes del Código civil.

14) **Sentencia de 10 de marzo de 1998 (212/1998)**. Novedosa sentencia que inicia un cambio jurisprudencial. La recurrente estimaba aplicable la norma que establece el artículo 96 C.c., respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar para las crisis matrimonial, a un supuesto de convivencia “more uxorio”.

Reconoce la Sala que este tipo de convivencias no están reguladas legalmente, ni tampoco prohibidas por el Derecho: son ajurídicas, pero no antijurídicas; carecen de normativa, pero producen o pueden producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo –hoy por hoy inexistente– sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica. Idea en la que ha incidido el T.C. en toda la sentencias en que ha reconocido al conviviente la subrogación “mortis causa” en caso de fallecimiento del arrendatario con el que mantenía una convivencia “more uxorio” bajo el régimen de la derogada L.A.U. (Sentencias 222/1992, de 11 de diciembre; 6/1994, de 18 de enero y 47/1993, de 8 de febrero).

En este caso tratábase de una convivencia “more uxorio”, en la que una vivienda y una plaza de aparcamiento habían sido adquiridas por mitad y “pro indiviso” por los convivientes, y en la que la recurrente contrae una grave enfermedad, y continúa, por pacto entre ambos, en su uso tras la ruptura.

Se trata, pues, de una situación de trascendencia jurídica derivada de una situación de hecho no regulada por ley, ni desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1.C.c. y matiza su apartado 4. Y el principio general no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (artículo 10, dignidad de la persona; artículo 14, igualdad; artículo 39, protección a la familia), de



normas de Derecho privado (artículo 96 C.c.) y la nueva L.A.U. (Ley 29/1994, de 24 de noviembre; artículo 16.1.b), de las Sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas y de las mismas de esta Sala.

Se estiman los tres motivos del recurso por cuanto la Sentencia de instancia ha inaplicado incorrectamente el artículo 96 C.c. y la doctrina jurisprudencial, pero no porque sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de ésta y de los demás normas citadas, principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado.

**15) Sentencia de 27 de mayo de 1998 (número 504/1998).** Del hecho de que exista una convivencia “more uxorio” no se puede deducir sin más la voluntad de constituir un patrimonio común; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserve su total independencia frente al otro; que no quieren contraer las obligaciones recíprocas, personales y patrimoniales, que nacen del matrimonio. Naturalmente que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 C.c.; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patenten que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes.

**16) Sentencia 4 de junio de 1998 (550/1998).** Las uniones libres, aún careciendo de precisa normativa, no por esto son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, y nuestra realidad legislativa ha afrontado el problema sólo fragmentariamente, sin pronunciarse por una prohibición total. Sobre esta cuestión la jurisprudencia de la Sala se ha manifestado en el sentido de que en materia de uniones “more uxorio” no es posible aplicar las normas reguladoras del régimen legal de gananciales, pues aun reconociendo la libertad para crear aquellas uniones libres, no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras (Sentencias del 21 octubre y 11 de diciembre de 1992; 18 de febrero de 1993 y 27 mayo y 24 de noviembre de 1994). La aludida falta de equiparación no puede entenderse en términos de absoluta incompatibilidad, pues descendiendo al campo constitucional, aunque la Constitución no las prevé, tampoco la rechaza explícitamente y así se desprende del artículo 32 en relación con el 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho, y, por otro lado, una de las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de fecha 7 de marzo de 1988, está orientada para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que vivan juntas, como parejas no casadas, no puedan tenerse como nulos por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones.

Habiéndose probado que en la unión “more uxorio” de este caso concreto –de la que incluso nacieron dos hijas–, ambas partes acordaron someter el patrimonio adquirido por ambos, con sus frutos y sus rentas, al régimen de la sociedad legal de gananciales, es fundamento suficiente para que el Tribunal “a quo”, en línea coincidente con el criterio del juez de instancia, concediera a Doña... la percepción de una indemnización mensual por el factor desestabilizador que la supuso la cesación de la convivencia. Si bien, no en concepto de pensión compensatoria por la vía del artículo 97 C.c., al no existir matrimonio.

17) **Sentencia de 23 de julio de 1998 (790/1998).** No cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial (“more uxorio”), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes. La comunidad sólo surgirá si quienes decidan unir sus vidas tienen el propósito de formar un patrimonio común con sus bienes. De la existencia de una actividad económica conjunta con aportación del esfuerzo personal de ambos, deriva la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal con los bienes pertenecientes a ambos.

18) **Sentencia de 1 de junio de 1999.** A diferencia de toda la demás citadas, ésta es de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección 6ª). Este recurso –que fue estimado– lo interpuso la interesada contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por la que se desestimaba el interpuesto contra la denegación a la recurrente por el Ministerio del Interior de la petición de indemnización a su favor por el fallecimiento en acto terrorista de un funcionario policial con el que convivía desde hace más de cinco años, sin que entre ellos existiera vínculo matrimonial.

La Sentencia recurrida se fundaba en el texto del artículo 2 del R.D. 336/1986, de 24 de enero, según el cual sólo puede tener acceso a la indemnización por razón del fallecimiento, en acto terrorista de la víctima, el conviviente no cónyuge en el supuesto de que exista descendencia común, y en que el tratamiento diferenciado que contempla el R.D. entre convivientes con vínculo matrimonial y sin él no constituye discriminación contraria al artículo 14 C.E. de acuerdo con la doctrina sentada por el T.C. en su Sentencia de 15 de noviembre de 1990, según la cual el legislador dispone de un margen de configuración para la extensión o no de la pensión de viudedad a las uniones de hecho. La recurrente interpone casación en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, por infracción del artículo 14 C.E. y de la jurisprudencia aplicable. Aduciendo que ha evolucionado la jurisprudencia constitucional y la conciencia social y, en suma, que se impone una interpretación analógica de conformidad con el artículo 4.1 C.c. para salvar

el hecho de que el artículo 2 del R.D. transgrede el artículo 14 C.E., pues la pareja estable, a la que se niega la equiparación al cónyuge, forma unidad familiar a efecto del artículo 39 C.E.

Considera el Supremo que el supuesto de hecho contemplado en el presente proceso no puede considerarse idéntico al resuelto por el T.C. respecto al artículo 160 L.G.S.S. (hoy artículo 174 de su Texto Refundido), en sus Sentencias 65 y 134/1987 y 97/1990: a) Porque no se trata propiamente de la fijación de una prestación o ayuda de carácter social, sino que el propósito de la indemnización es resarcitorio de los daños morales y perjuicios patrimoniales derivados del daño corporal originado por el acto terrorista (vide artículo 1º del R.D. 336/1986) y b) porque los principios que formula la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, de medidas contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas o rebeldes, no contienen disposición que pueda entenderse como la autorización de una especial distinción entre cónyuges y convivientes de hecho; distinción que no tiene, por tanto, su origen en la ley, sino en una norma de carácter reglamentario.

Basándose en la primera de las premisas, el Tribunal Supremo no considera justificada la distinción cuando se trata de atender al resarcimiento de los daños morales y perjuicios pecuniarios, dimanantes del fallecimiento de una persona. Los daños morales originados por un acontecimiento de esta naturaleza no consisten sino en el dolor y el sufrimiento que causa la muerte de una persona próxima con la que se convive y a la que se permanece ligada por razones de afecto sólo valorables en el ámbito de la relación humana, y para determinar si aquéllas existen no puede utilizarse como criterio discriminador sin incurrir en iniquidad la existencia o no de un vínculo matrimonial formalizado con arreglo al Derecho, puesto que las situaciones consolidadas de convivencia en condiciones de afectividad análoga al matrimonio en nada desmerecen, frente a los supuestos caracterizados por la existencia de un vínculo conyugal, en lo que hace al dolor que origina la pérdida de la persona querida.

Desde la segunda de las perspectivas consideradas –que el origen de la distinción se encuentra no en la ley, sino en una norma de carácter reglamentario– y en virtud del principio de subordinación de los reglamentos a la ley, es evidente que aquéllos no pueden introducir distinciones no autorizadas por la norma legal. Al carecer, por tanto, el Real Decreto de la pertinente habilitación legal, su artículo 2 debe ser interpretado analógicamente, entendiéndose que en la referencia al cónyuge figura incluido por asimilación el conviviente de hecho (interpretación que encuentra su punto de apoyo en el artículo 6 de la L.O.P.J., potestad de inaplicar los reglamentos ilegales). Este criterio de asimilación ya ha sido recogido en el artículo 7 del ya visto R.D. 1211/1997, de 18 de junio, por el que se aprueba el Reglamento

de Ayudas y Resarcimiento a las Víctimas del Delitos del Terrorismo.

Contra esta Sentencia se formuló voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, al que se adhirieron los Magistrados Excmos. Sres. don Francisco José Hernando Santiago y don Pedro Antonio Mateos García, por disentir del criterio de la mayoría, sobre la base de que arranca de una premisa equivocada: la de que las prestaciones establecidas por la L.O. 9/1984 constituyen, en lugar de ayudas públicas, indemnizaciones resarcitorias.

**19) Sentencia de 6 junio de 2000.** También de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª). Se resuelve en esta sentencia la cuestión de si el matrimonio y la unión estable de hecho son equiparables para apreciar la existencia de una razón de reagrupación familiar a los efectos de determinar la concurrencia de circunstancias excepcionales que determinen la procedencia de otorgar la exención de visado de residencia. Por razones temporales era de aplicación el artículo 12.4 de la L.O. 7/1985 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que establecía que “El Ministerio del Interior podrá autorizar la entrada, tránsito o permanencia en territorio español a los extranjeros con documentación defectuosa o incluso sin ella, o que no hubieren entrado por los puestos habilitados a tal efecto, siempre que medie causa suficiente”. Y el artículo 54 del R.D. 1119/1986, en desarrollo de este precepto, disponía que “Las autoridades gubernativas podrán eximir a un extranjero de la obligación de visado, si existiesen razones excepcionales que justifiquen tal dispensa”. La Sala, de acuerdo con los principios establecidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre –que aceptó la subrogación en el arrendamiento durante la vigencia de la L.A.U. anterior– y la dictada por ella misma el 1 de junio de 1999 –a la que acabamos de referirnos–, entendió que la voluntad de mantener o restaurar la agrupación familiar de la pareja estable constituye una causa suficiente o circunstancia excepcional que justifica la exención del visado de residencia para quien acredita hallarse en tales circunstancias y ello aunque el citado Reglamento de ejecución de la L.O. 7/1985 no asimile al cónyuge de un español o extranjero residente en España al conviviente de hecho a estos efectos.

En su Fundamento de Derecho Octavo la misma Sentencia reconoce que la nueva Ley de Extranjería –L.O. 4/2000, de 11 de enero– tampoco asimila en su artículo 17 la situación del conviviente de hecho estable con el cónyuge del residente, entre los parientes a los que el extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para reagruparse con él y que su inclusión en el nuevo apartado e), relativo a “cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia a España por razones humanitarias”, aún

apareciendo como razonable, exige, cuando menos, un esfuerzo interpretativo. Por lo demás, y por no poderse plantear la cuestión por ser aplicable el derecho anterior, se limita a dejar la cuestión en el aire (“El rango legal de la disposición ahora considerada ofrece una nueva perspectiva para la consideración del problema”). Añadamos que este apartado e) ha desaparecido tras la nueva redacción dada a la Ley de Extranjería por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, y que el problema tampoco se resuelve en el artículo 41.1 del Reglamento, cuyo texto fue aprobado por el R.D. 864/2001, de 20 de julio.

20) **Sentencia de 27 de marzo de 2001 (327/2001)**. De nuevo Sala de lo Civil. Reconoce la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto –como ya había mantenido el Supremo en las citadas Sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 20 de octubre de 1994–, considerando que el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc. Doctrina jurisprudencial que ha encontrado eco en las legislaciones autonómicas (y cita las leyes catalana, aragonesa y navarra), por lo que los tribunales, en situaciones de laguna legislativa como la presente, no deben contribuir a hacer más vulnerable el principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 C.E.

Se reitera, asimismo, la aplicación de la “analogía iuris” para colmar lagunas legales de acuerdo con el principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado y conforme a la examinada Sentencia de 10 de marzo de 1998 en la que se reconoció el uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de garaje. Uso que en este caso concreto por haberse vendido el domicilio familiar –a pesar de haber sido requerido el conviviente masculino por el Juzgado de Primera Instancia para que no efectuara actos de disposición sobre el mismo–, se sustituye por una condena al demandado a pagar una determinada cantidad que prudentemente se calcula en concepto de alquiler por el uso de dos años de una vivienda adecuada a sus necesidades y a las de los hijos que conviven con la recurrente.

Y “en llegado este momento” hemos de poner punto final a esta charla. Me parece que ha quedado claro que en las Comunidades Autónomas donde no hay regulación específica sobre el tema, las uniones “more uxorio” son una realidad ajurídica no prohibida por el Derecho, pero tampoco regulada por éste, salvo algunos aspectos parciales que hemos enumerado. Esta situación de anomía se está resolviendo caso a caso por los Tribunales, a los que paradójicamente acuden para defender sus pretensiones los que, en

principio, prescindieron del Derecho. A todos aquellos que usando de su libertad, deciden asumir este modo de convivencia debe recordárseles que más vale prevenir que curar. O dicho de otro modo: que deben pactar, pactar y pactar. No pensar sólo en el hoy, sino también en la mañana. Lo que ahora es o puede ser amor, puede convertirse en odio y en caso de ruptura, si no hay pactos previos relativos al destino de los bienes adquiridos durante, a pensiones, a indemnizaciones, al uso del domicilio familiar, cada uno tirará egoístamente para su lado y será el órgano jurisdiccional, quien guiado por la habilidad u obligado por la falta de ella del letrado de turno, deberá decidir según las pruebas aportadas, ya que nunca debemos olvidar que probar –así me lo enseñó el profesor GUASP en el viejo San Bernardo a finales de los 40– es convencer psicológicamente al juez de la verdad de lo que se afirma o se niega.

Gracias a todos por su presencia, asistencia y paciencia. Mil gracias y con ellas el más sincero y profundo reconocimiento de este que lo “és”, Eduardo/Martínez-Piñeiro... Caramés.

# **“CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS DERECHOS DEL CIUDADANO, DEL ADMINISTRADO Y DEL CONTRIBUYENTE**

**ILMO. SR. D. TOMÁS MIR DE LA FUENTE**

Académico de número

## **SUMARIO:**

I. EL ARTÍCULO 35 DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE.  
II. LA POSIBILIDAD DE IDENTIFICAR LAS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS BAJO CUYA RESPONSABILIDAD SE TRAMITEN LOS PROCEDIMIENTOS. A) Del ciudadano o del administrado interesado. B) Del administrado presunto responsable de infracción. C) Del contribuyente. III. EL DERECHO DE FORMULAR ALEGACIONES Y DE APORTAR DOCUMENTOS EN CUALQUIER FASE DEL PROCEDIMIENTO ANTERIOR AL TRAMITE DE AUDIENCIA. A) Del ciudadano o del administrado interesado. B) Del contribuyente. IV. EL DERECHO DE NO PRESENTAR LOS DOCUMENTOS YA APORTADOS A LA ADMINISTRACIÓN ACTUANTE. A) Del ciudadano o del administrado interesado. B) Del contribuyente. V. EL DERECHO DE OBTENER INFORMACIÓN Y ORIENTACIÓN SOBRE LOS CONDICIONAMIENTOS JURÍDICOS Y TÉCNICOS QUE LAS DISPOSICIONES VIGENTES IMPONGAN A LOS PROYECTOS QUE SE PROPONGAN ABORDAR. A) Del ciudadano. B) Del contribuyente. VI. CONSIDERACIÓN FINAL. VII. NOTAS.

## **I. EL ARTÍCULO 35 DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE**

La Exposición de Motivos de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dice que su Título IV, bajo el epígrafe “De la actividad de las Administraciones Públicas”, “contiene una trascendente formulación de los derechos de los ciudadanos en los procedimientos administrativos, además de los que les reconocen la Constitución y Leyes”.

Sin duda quiere referirse al artículo 35 (rubricado “Derechos de los ciudadanos” y del que se ha dicho<sup>(1)</sup> que es una “tabla de derechos hinchada de viento”), en el que se enumeran, en una lista de diez apartados, los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas, a los que añade “cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las Leyes”.

De todos esos derechos nos interesan sólo algunos. Que son los que, para la Exposición de Motivos, “cabe destacar como innovaciones significativas: la posibilidad de identificar a las autoridades y funcionarios bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos –rompiendo la tradicional opacidad de la Administración–, el derecho de formular alegaciones y de aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, el de no presentar los ya aportados a la Administración actuante, y el de obtener información y orientación sobre los condicionamientos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos que se propongan abordar”.

## **II. LA POSIBILIDAD DE IDENTIFICAR A LAS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS BAJO CUYA RESPONSABILIDAD SE TRAMITEN LOS PROCEDIMIENTOS**

### **A) DEL CIUDADANO O DEL ADMINISTRADO INTERESADO**

Dispone el artículo 35 b), que los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones públicas, tienen el derecho “a identificar a las autoridades



y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos”.

Derecho que, según la Exposición de Motivos, se complementa ahora con la posibilidad de solicitar la exigencia de responsabilidad por las anomalías en la tramitación, refiriéndose a la posibilidad, contemplada en el artículo 97.2, de los interesados, de alegar, en todo momento, los defectos de tramitación, y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto, que podrá dar lugar, si hubiera razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria. Así como la responsabilidad de las autoridades y demás personal a su servicio a que se refiere el artículo 145.2. Razón por la que el artículo 35 mismo de la Ley, en su apartado j), declara el derecho a exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente.

En un primer momento, pudo parecer que la respuesta instrumental, para hacer posible la identificación, fue la Resolución de 3 de febrero de 1992<sup>(2)</sup> de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se define el sistema de identificación común del personal al servicio de la Administración General del Estado, sin que realmente así fuera. Sino que ha tenido que esperarse al Real Decreto 208/1996 de 9 de febrero, que regula los servicios de información administrativa y atención al público, para completar la proclamación del derecho, retóricamente llamado a romper la opacidad, en este caso de la Administración General del Estado, disponiendo su artículo 3.3 que la información particular (que es la concerniente al estado o contenido de los procedimientos en tramitación y a la identificación de las autoridades y personal al servicio de la Administración General del Estado y de las entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la misma bajo cuya responsabilidad se tramiten) “será aportada por las unidades de gestión de la Administración General del Estado”, y, después de haber dicho que esta información sólo podrá ser facilitada a las personas que tengan la condición de interesados en cada procedimiento o a sus representantes legales, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre. Lo que no es mucho más de lo que disponía el artículo 41, según el que los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos serán responsables directos de su tramitación aunque, de los arts 42.3, 79.2 y 83.3, se pueda deducir, al hablar de responsabilidad disciplinaria, que no afectará al titular del órgano competente para resolver, si es una autoridad, y no un funcionario.

Para asegurar una respuesta ágil y puntual a los interesados, dispone el artículo 3.3 del Real Decreto 208/96, que podrán estar dotadas las unidades de gestión de las oportunas conexiones con las unidades y oficinas de información administrativa que colaborarán con ellas cuando así se establezca.

La reducción del derecho a los interesados en el procedimiento se justifica en la frecuente propensión al abuso que en forma de presión psicológica personal hacia el funcionario, a veces, se produce, siendo crecientes los casos de ciudadanos que exacerban las visitas, llamadas y aún escritos, en tono en ocasiones poco amistoso, a los funcionarios que, con mayor o menor acierto, creen haber identificado como responsables directos de la tramitación del procedimiento en que se piensan.

Aunque la norma no se refiere al autor de la resolución que ponga fin al procedimiento no parece pueda excluirse de la identificación, porque el procedimiento, como un acto mas, aunque el mas importante, incluye su resolución u otra forma de terminación. Por algo el Real Decreto 1465/99 de 17 de septiembre, sobre producción documental y material impreso de la Administración General del Estado exige la expresión de la denominación completa del cargo o puesto de trabajo del titular del órgano competente para emitirlo, así como el nombre y apellidos de la persona que lo formaliza.

Lo que no se precisa en el Real Decreto 208/1996 de 9 de febrero es la forma de reaccionar ante la no identificación del responsable de la tramitación. Mas difícil que la articulada en la Ley Jurisdiccional arts 48.7, 109. la) y 112a), cuando, conocido el órgano que ha de remitir el expediente o ejecutar la sentencia, no lo hace y procede imponerle multa coercitiva a la “autoridad o empleado responsable” no, sin haberlo identificado, pues la responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de que se repercuta, es sólo posible por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración o de recurso contra el acto definitivo resolutorio. Aunque siempre quepa la formulación de queja en el Libro de la oficina de registro de la Unidad directamente afectada u otra, como en el del Departamento o entidad de Derecho Público vinculada o dependiente, a que se refieren los artículos 16 y 19 del Real Decreto 208/96 de 9 de febrero.

## **B) DEL ADMINISTRADO PRESUNTO RESPONSABLE DE INFRACCIÓN**

En el procedimiento sancionador el derecho a identificar tiene plena aplicación, por virtud del artículo 135 de la Ley 30/90 de 26 de noviembre que, al presunto responsable, le respeta “los derechos reconocidos en el artículo 35”, y una especificidad, como la de que, sin perjuicio de que,

merced a la transparencia del procedimiento, que supone, en los términos del artículo 3 del Reglamento de 4 de agosto de 1993, el permanente acceso permitiría poder conocer la identidad del instructor y de la autoridad competente para imponer la sanción, tiene expresamente reconocido el derecho a “ser notificado de la identidad” de los mismos.

El artículo 13.1e) y d) del Reglamento de 4 de agosto de 1993 dispone que la iniciación de los procedimientos sancionadores se formalizarán con un contenido mínimo, que incluye al “Instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación” y del “órgano competente para la resolución del expediente”.

Derecho, en cualquier caso, que estaba proclamado en el artículo 135.1 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo, al disponer que, en la misma providencia en que se acuerde la incoación, se nombrará un Instructor y, en su caso, un Secretario, lo que se notificará al sujeto a expediente. Cuyo fundamento no se encuentra tanto, en hacer posible la queja, como la recusación.

### **C) DEL CONTRIBUYENTE**

Este derecho de “ciudadano” (que, en realidad, como refleja el artículo 3.1 del Real Decreto 208/96 de 9 de febrero, es sólo del interesado), lo es también del “contribuyente” (entendiéndose por tal, según el artículo 1.3, no sólo éste sino los restantes sujetos pasivos, los retenedores, obligados a ingresar en cuenta, responsables, sucesores en la deuda tributaria, representantes legales voluntarios y obligados a suministrar información o prestar colaboración a la Administración Tributaria) cuyos derechos la Ley 1/98 de 26 de febrero de “Derechos y Garantías de los Contribuyentes”, según su Exposición de Motivos II, ha reforzado entre otras formas, incorporando al ordenamiento tributario el conjunto de derechos básicos del ciudadano reconocidos en la Ley 30/92 de 26 de noviembre.

El artículo 3 e), como “derecho general” del contribuyente, proclama el derecho a conocer la identidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración Tributaria bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos de gestión tributaria en los que tenga la condición de interesado. Y el artículo 15, como derecho en los procedimientos tributarios, dispone que los contribuyentes podrán conocer la identidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración Tributaria bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos de gestión tributaria en los que tengan la condición de interesados.

Al ser tributario, por oposición al de resolución de reclamaciones

económico-administrativas, en el procedimiento de gestión, tanto para la liquidación como para la recaudación, la identificación afecta a las autoridades y personal de la Administración tributaria responsable de ellos, incluso de las actuaciones de comprobación e investigación y liquidación llevadas a cabo por la inspección de Tributos.

Por la conexión de este derecho con la responsabilidad, de cuya exigencia, a diferencia del artículo 35 j) de la Ley 30/92, no se hace, en el llamado Estatuto de los Contribuyentes, alusión expresa, se puede afirmar:

a) Que dicho derecho permite una queja no sólo por la lenta tramitación imputada al funcionario responsable (como hace el artículo 64.2 del Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas) sino también por un defectuoso expediente o tramitación improcedente.

b) Que el procedimiento para hacer efectivas las quejas y reclamaciones por dichas faltas o análogas lo estableció la Resolución de 14 de febrero de 1997 del Secretario de Estado del Ministerio de Economía y Hacienda, aplicándose supletoriamente el Real Decreto 208/96 de 9 de febrero.

### **III. EL DERECHO DE FORMULAR ALEGACIONES Y DE APORTAR DOCUMENTOS EN CUALQUIER FASE DEL PROCEDIMIENTO ANTERIOR AL TRAMITE DE AUDIENCIA**

#### **A) DEL CIUDADANO O DEL ADMINISTRADO INTERESADO**

El artículo 35 e) dispone que los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen el derecho “a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución”.

Derecho de los ciudadanos que reafirma, con otras palabras, para los interesados (a quienes realmente se refiere solamente), el artículo 79.1 cuando dispone que los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

Con lo que, entre uno y otro artículo, se viene a reproducir, casi

literalmente, el artículo 83 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo, según el que los interesados podrán en cualquier momento del procedimiento y siempre con anterioridad al trámite de audiencia, aducir alegaciones que serán tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

Por esto, y porque la pretendida innovación tenía, en cuanto a las alegaciones, treinta y cuatro años de historia, la proclamación del derecho del interesado como del ciudadano, ha pasado sin pena ni gloria. Remitiéndose los comentaristas al de la norma precedente.<sup>(4)</sup>

Las alegaciones a que se refiere el precepto pueden ser, si el procedimiento se inicia a instancia suya, de las llamadas de introducción (a las que se refería la Exposición de Motivos de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo, como alegaciones aducidas por el interesado en su escrito inicial y que tienen cabida en los hechos y razones del artículo 70.1 b) de la Ley 30/92), porque la iniciación es una fase del procedimiento, aunque piense sobre todo, en las de fijación, ya en la fase de instrucción, anteriores al trámite de audiencia, o, en las que, en los procedimientos iniciados de oficio, como el sancionador –en el que el artículo 135 de la Ley 30/92 le reconoce al presunto responsable, expresamente, los demás derechos reconocidos por el artículo 35, y, en cualquier caso, el de formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes, lo que se traduce, en la expresa norma del artículo 3.2 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de 4 de agosto de 1993 (según el que “con anterioridad al trámite de audiencia, los interesados podrán formular alegaciones y aportar los documentos que estimen convenientes”), que, el artículo 16, respeta, distinguiendo tales alegaciones de las de descargo, sobre el contenido de la iniciación del procedimiento, de que habla el artículo 12.2– le convenga hacer. Conveniencia que, atendido el impulso de oficio y la práctica por el órgano que tramita el procedimiento (sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos) de los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba formularse la resolución, ha de ser mayor, en los procedimientos iniciados de oficio, que en los iniciados a solicitud de persona interesada, sobre todo si son sancionadores, o de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, puesto que las alegaciones se dirigen a llevar al procedimiento algún dato útil para conocer el fondo del asunto que, en el mismo debate, se refiere a hechos o a normas.

El precepto del artículo 35e) no piensa en el procedimiento de revisión en

vía de recurso, en el que no hay, en principio, audiencia ni propuesta de resolución, y en el que, según el artículo 112.1, los interesados pueden formular alegaciones y presentar documentos sólo si se les ponen de manifiesto hechos o documentos no recogidos en el expediente originario.

Tanto si se produce, en vía de recurso administrativo, este trámite de audiencia (en cuyo caso lo habrá de hacer el recurrente en el escrito de recurso o después, pero antes de la puesta de manifiesto de los hechos nuevos y documentos no recogidos en el expediente originario) como si no (en cuyo caso lo habrá de hacer el recurrente antes de que recaiga la resolución, dando lugar, sin duda, a su traslado a los demás interesados, por lo mismo que se les ha de dar traslado del recurso), ha de poder el recurrente formular mas las alegaciones y presentar documentos, en un momento posterior a la interposición. Otra cosa es que no puedan ser, o puedan no ser, tenidas en cuenta en la resolución tales alegaciones y documentos cuando, habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones del procedimiento en que se produjo el acto impugnado, no lo haya hecho, como resulta del artículo 112.1, que, en su referencia a la posibilidad de haberlos aportado (que no se da si, en el procedimiento, no se abrió periodo de prueba, como procede hacer sino se tienen por ciertos los alegados por el interesado), sugiere una interpretación restrictiva que permita se tengan en cuenta.

Tener en cuenta las alegaciones y documentos, en la propuesta de resolución, de que hablan los artículos 35 e) y 79.1, o en la resolución a que se refiere el 112.1, no significa estimar las pretensiones del interesado o tener por ciertas las alegaciones, sino tenerlas por hechas sin que haya que citarlas o justificar su relevancia o irrelevancia para la decisión, sino plantean “cuestiones” en el sentido del artículo 89.3 de la Ley, de temas implícita o explícitamente, o dudas sobre la legitimidad del acto recurrido en los aspectos en que incide la pretensión actora.

Define el precepto de sorprendente, ampliándolo, al referirse a los documentos, a caso porque éste sólo tuvo en cuenta, en la iniciación a instancia del interesado, los documentos preceptivos, no olvidándose de que, en el artículo 70.4, permite a los solicitantes acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos de modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta.

En cualquier caso, en la medida de que los hechos relevantes para la decisión del procedimiento (y lo pueden ser los que se aleguen por el interesado, para fundar sus pretensiones o rechazar los que de terminaron la iniciación de oficio), pueden acreditarse, según el artículo 80 de la Ley 30/92, por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, como es la prueba documental, y, en evitación de que, por no tener la Administración

por ciertos los hechos alegados el instructor, como previene el artículo 80.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, acuerde la apertura de un periodo de prueba, en la que el interesado de la proponerla, estando a su disposición, es evidente que ha de poderlos apartar el interesado. Como puede hacerlo, incluso, al evacuar el trámite de audiencia, arregladamente al artículo 84.2, que, con la máxima aptitud, se refiere a “los documentos y justificaciones que estime pertinentes”.

Tanto el artículo 35 e) como el 79.1 imponen una excepción al principio del artículo 76.1 y 3 sobre el plazo para el cumplimiento de los trámites por el interesado y decaimiento en el derecho al trámite, cuyo fundamento está en la interdicción de la indefensión y en pronunciamientos judiciales como la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1990, que dijo que, si la presentación de documentos es consecuencia de un previo requerimiento de la Administración, habrán de ser admitidos y tenidas en cuenta, siempre que se presenten antes del trámite de audiencia, aunque sea una vez transcurrido el plazo fijado en el requerimiento.

## **B) DEL CONTRIBUYENTE**

Este derecho del “ciudadano” lo disfruta también el “contribuyente”, quien, por lo que se dispone en la Ley 1/98 de 26 de febrero:

a) Tiene, en los términos del artículo 3k), sobre derechos “generales”, el derecho a formular alegaciones y a aportar documentos que serán tenidas en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

b) Puede, según el artículo 21, en cualquier momento del procedimiento de gestión tributaria anterior al trámite de audiencia o, en su caso, a la redacción de la propuesta de resolución, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, que serán tenidas en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

La referencia temporal alternativa al trámite de audiencia o, en su caso, a la redacción de la propuesta de resolución, que puede suponer una ampliación (porque, salvo en el supuesto de los procedimientos sancionadores –artículo 18.1 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionada de 4 de agosto de 1993– en los demás el trámite de audiencia es anterior a la propuesta de resolución), se debe a la posibilidad de que no exista el trámite de audiencia, del artículo 84.4 de la Ley 30/92, que no tuvo en cuenta el artículo 35 y que se contempla en el artículo 22.2 de la Ley 1/98, o a la de que, en el futuro, se admita en otros supuestos distintos de los ahora previstos de falta de trámite de audiencia<sup>(5)</sup>.

El legislador distingue el derecho a formular alegaciones antes del trámite de audiencia y el derecho a este trámite, con vista del expediente y alegaciones, con un criterio temporal. Pues mientras el interesado –incluso antes de conocer el expediente– ya puede ir aportando escritos y documentos, su derecho de defensa se despliega de forma fundamental con las alegaciones que presenta tras la vista.

Con ello se aparta del régimen de la Ley 30/92 y se facilita al interesado que reproduzca o innove sus alegaciones de forma reiterada hasta el momento de la propuesta de resolución<sup>(6)</sup>.

## **IV. EL DERECHO DE NO PRESENTAR LOS DOCUMENTOS YA APORTADOS A LA ADMINISTRACIÓN ACTUANTE**

### **A) DEL CIUDADANO O EL ADMINISTRADO INTERESADO**

El artículo 35 f) de la Ley 30/92 de 26 de noviembre dispone que los ciudadanos tienen, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, derecho “a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante”.

El primero de los objetos de este derecho presupone la existencia de normas que exijan la presentación de documentos, lo que permite hablar, como hace el artículo 71.1, de documentos preceptivos. Como son, por referirnos a la propia Ley 30/92 de 26 de noviembre, los que acreditan la representación de los que, en nombre del interesado, formulan solicitudes, entablan recursos, desisten de acciones o renuncian a derechos, cuando no se la otorgue en la comparecencia personal o apud acta, a que se refiere el artículo 32.3, o el pago de los tributos que haya que satisfacer en el momento de presentación de solicitudes y escritos a la Administración Pública, mediante giro postal o telegráfico, transferencia dirigida a la oficina pública correspondiente o por otros medios, a que se refiere el artículo 38.6. Y se corresponde con el derecho del artículo 35 e) de aportar documentos en cualquier momento.

Realmente no opera como acción sino no como excepción, siendo mas que derecho a no presentar, derecho a rehusar requerimientos en tal sentido, como el que contempla el artículo 71.1, de acompañar los documentos preceptivos. En este sentido el artículo 17 de la Ley 1/98 de 26 de febrero de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, dice que los contribuyentes



pueden rebasar la presentación de documentos que no resulten exigidos por la normativa aplicable.

No parece posible configurar la inecesaria de la presentación de determinados documentos como un derecho previo y autónomo al procedimiento, sino como liberación de una carga, al ser una consecuencia de la estructura y naturaleza del derecho que se ejercite o del tipo de procedimiento de que se trate.

Si, desde el punto de vista formal, se pueden conocer los documentos de necesaria aportación, para la admisibilidad de una solicitud, no sucede lo mismo, desde perspectiva del fondo, con lo que el concepto de documento necesario o exigible es relativo, sobre todo si se consigna una amplia posibilidad de subsanar y apartar documentos antes del trámite de audiencia.

El segundo de los objetos de este derecho, relativo a los documentos en poder de la Administración actuante, debería de poder operar tanto respecto de los preceptivos, como de los potestativos, que interese sean tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución, invocándolos, antes del trámite de audiencia, o evacuándolo. Y, razonablemente, el ejercicio de este derecho ha de tener la carga, cuando el interesado presente la solicitud a que deben acompañarse los preceptivos, o se realice el trámite de alegaciones y aportación, de facilitar los datos que hagan posible su identificación, primero, y su obtención e incorporación en original o copia autorizada, después. Razón por la que, las normas reguladoras de los distintos procedimientos dictados en cumplimiento de la Disposición Adicional 3ª de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, para adecuarlos a ella, han determinado el alcance del derecho, precisando los supuestos en los cuales los interesados no se hallan obligados a aportarlos. Como es el caso del Real Decreto 1778/94 de 5 de agosto sobre procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, que, al amparo de la habilitación contenida en la Disposición Final de la Ley, en su artículo 2, dispuso que, cuando los documentos exigidos a los interesado por la normativa aplicable ya estuvieran en poder de cualquier órgano de la Administración actuante, el solicitante podrá acogerse a lo establecido en el apartado f) del artículo 35 de la Ley 30/92 “siempre que haga constar la fecha y el órgano o dependencia en que fueron presentados o, en su caso, emitidos, y, cuando no hayan transcurrido mas de 5 años desde la finalización del procedimiento a que correspondan”, y que, “en los supuestos de imposibilidad material de obtener el documento, debidamente justificada en el expediente, el órgano competente podrá requerir al solicitante su presentación o, en su defecto, la acreditación por otros medios de los requisitos a que se refiere el documento, con anterioridad a la propuesta de resolución”.

La Disposición Final citada autoriza al Consejo de Ministros a dictar cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo de la Ley sean necesarias y en particular para las que se refieran a la efectividad material y temporal del derecho reconocido en el artículo 35 f). Lo que evidencia, al menos, la importancia de la innovación y la insuficiencia de la regulación legal, que obliga, en cada caso, a consultar las normas aplicables al procedimiento<sup>(7)</sup>, por mas que, por innecesaria, se haya suprimido la referencia del texto de la Disposición, por virtud de la Ley 4/99 de 13 de enero, otorgando, según su Exposición de Motivos, eficacia directa al derecho reconocido en el artículo 35 f).

Por Administración actuante hay que entender la que la que se relacione con el ciudadano, en cada caso. Que actúa por imperativo del artículo 3.4, con personalidad jurídica única, y puede ser la General del Estado, la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas, cada una de las entidades que integran la Administración Local y cada una de las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculada o dependiente de cualquiera de las Administraciones Públicas. Lo que hace que, en los procedimientos integrados o complejos (expropiación forzosa o concentración parcelaria) y en los bifásicos (de elaboración de planes generales de ordenación urbana), en que actúan varias, los documentos en poder de cada una sean distintos, y sólo a los de cada una, afecta la exoneración.

Una interpretación restrictiva del concepto de Administración actuante la propician paradójicamente, razones de seguridad jurídica y protección del administado, en cuanto alcance a la presentación de documentos preceptivos, si es que lo que se busca no es sólo aliviar la carga de presentar documentos sino también de facilitar su tramitación. Este fin, sin duda, preponderante en los procedimientos que se inician a instancia del interesado (excepto que opere excepcionalmente el silencio administrativo positivo), pero no en los iniciados de oficio (sobre todo en los sancionadores o “no susceptibles de producir efectos favorables” del artículo 43.4 de la Ley 30/92, anterior a su reforma, o “no declaratorios de derechos y de gravamen” del 105.1, anterior a su reforma o “de gravamen o desfavorables”, posterior a la modificación), favorece, incluso dentro de la propia Administración, renunciar al derecho, o reducirlo al complejo orgánico relacionado con el órgano ante quien se sigue el procedimiento.

El precepto es realmente innovador, y, aunque no es trascendental, es significativo porque, aunque la práctica inmemorial, inspirada en la norma del artículo 504 la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la designación de los archivos, o lugar en que se encuentre el original, hizo posible que, de hecho, no se hubieran de presentar<sup>(8)</sup>, el reconocimiento expreso es plausible<sup>(9)</sup>.

## **B) DEL CONTRIBUYENTE**

Estos derechos del “ciudadano” lo son también del “contribuyente” por cuanto:

a) El artículo 3 g) de la Ley 1/98 de 26 de febrero de Derechos y Garantías de los Contribuyentes dispone que constituye derecho general de éstos el de no aportar los documentos ya presentados y que se encuentren en poder de la Administración actuante.

b) El artículo 17 dispone que los contribuyentes pueden rehusar la presentación de documentos que no resulten exigidos por la normativa aplicable al procedimiento de gestión tributaria. Asimismo, tienen derecho a no aportar aquellos documentos ya presentados por ellos mismos y que se encuentren en poder de la Administración actuante. Dicha Administración podrá, en todo caso, requerir al interesado la ratificación de aquellos datos específicos, propios o de terceros, previamente apartados, contenidos en dichos documentos.

El precepto constituye una modulación restrictiva, que implica una obligación de ratificación a cargo del contribuyente, que se justifica en el contenido declarativo de los documentos en que piensa, y reduce su objeto a los ya presentados por el contribuyente, que se encuentre en poder de la Administración actuante, y opera en el procedimiento de gestión tributaria, que incluye el de inspección, pero no el de resolución de las reclamaciones económico-administrativas<sup>(10)</sup>, al que, por mas que sus órganos no sean Administración Tributaria actuante, y se relacionen con los reclamantes, cabe aplicar la norma equivalente del artículo 35 f) de la Ley 30/92.

## **V. EL DERECHO DE OBTENER INFORMACIÓN Y ORIENTACIÓN SOBRE LOS CONDICIONAMIENTOS JURÍDICOS Y TÉCNICOS QUE LAS DISPOSICIONES VIGENTES IMPONGAN A LOS PROYECTOS QUE SE PROPONGAN ABORDAR**

### **A) DEL CIUDADANO**

El artículo 35 g) de la Ley 30/92 de 26 de noviembre dispone que los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen derecho “a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos y técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos,

actuaciones o solicitudes que se propongan realizar”.

Este derecho que, a diferencia de los hasta ahora comentados, no es del ciudadano interesado en un procedimiento administrativo, sino del ciudadano en situación de “pre-interesado”<sup>(11)</sup>, tiene un precedente próximo en el artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sobre la función informativa “al público”, acerca de los fines, competencia y funcionamiento de los distintos órganos y servicios mediante oficinas de información, publicaciones ilustrativas sobre tramitación de expedientes, diagramas de procedimiento, organigramas, indicación sobre localización de dependencia y horarios de trabajo y cualquier otro medio adecuado. Al mismo, junto con los derechos del artículo 35 a) y b), se refiere, para regularlos y desarrollarlos, el Real Decreto 208/96 de 9 de febrero, que, en su artículo 2.1, incluye dentro la información administrativa general, que se facilitará obligatoriamente a los ciudadanos, sin exigir para ello acreditación alguna (distinguiéndola de la información particular, reservada a los interesados en cada procedimiento, y de la función de atención al ciudadano, que, comprende, según el artículo 4 b), la de orientación e información, cuya finalidad es la de ofrecer aclaraciones y ayudas de índole práctica que los ciudadanos requieren sobre procedimientos, trámites, requisitos y documentación para los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar)<sup>(12)</sup>.

Siendo el objeto de este derecho a la información administrativa general mas limitado que el contenido de la función de atención al ciudadano, y la principal cuestión que plantea su ejercicio, la de la vinculación y responsabilidad por causa del contenido de la facilitada, sobre el particular de “los condicionamientos jurídico y técnicos” de los proyectos, hay que convenir que, en la línea de las normas de desarrollo del precedente del artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo<sup>(13)</sup>, no resulta vinculación, porque, respecto de la función de atención personalizada, y dentro de ella la de orientación e información del artículo 4 b) del Real Decreto 208/96 de 9 de febrero, se afirma que “esta forma de facilitar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos, en ningún caso podrá entrañar una interpretación normativa, a la que se refiere el artículo 37.10 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni consideración jurídica o económica, sino una simple determinación de conceptos, información de opciones legales o colaboración en la cumplimentación de impresos o solicitudes”. No vinculación que no puede evitar que, si causa lesión, pueda determinar responsabilidad patrimonial.

En todo caso, de lo expuesto resulta que las funciones de orientación e información administrativa no pueden ir mas allá del significado de tales términos, ni sustituir las que corresponden a los profesionales colegiados que

tienen a su cargo la defensa o gestión de los intereses de sus clientes ante las Administraciones Públicas.

## **B) DEL CONTRIBUYENTE**

Este derecho del ciudadano, “pre-interesado”, lo tiene, de alguna manera y con matices, el contribuyente.

Dispone el artículo 3 de la Ley 1/98 de 26 de febrero de Derecho y Garantías de los contribuyentes, que constituyen derechos generales de los constituyentes los siguientes:

“a) Derecho a ser informado y asistido por la Administración Tributaria en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias acerca del contenido y alcance de las mismas”.

En el Capítulo II, rubricado “Información y asistencia en el cumplimiento de las obligaciones tributarias”, su artículo 5, sobre información y asistencia, dispone que la Administración Tributaria deberá prestar a los contribuyentes la necesaria asistencia e información acerca de sus derechos, y que esta actividad se instrumentará, entre otras, a través de las siguientes actuaciones: publicación de textos actualizados de las normas tributarias<sup>(14)</sup>, remisión de comunicaciones<sup>(15)</sup>, contestación a consultas tributarias<sup>(16)</sup> y adopción de acuerdos previstos de valoración<sup>(17)</sup>. También que, en los términos establecidos en las leyes, quedarán exentos de responsabilidad por infracción tributaria los contribuyentes que adecúen su actuación a los criterios manifestados por la Administración tributaria competente en las publicaciones, comunicaciones y contestaciones a consultas.

Hemos dicho, de alguna manera y con matices, porque según los arts. 28 y 126 de la Ley General Tributaria, no se es contribuyente sin obligación tributaria, antes de cuyo nacimiento por la realización del hecho imponible del tributo, no se es sujeto pasivo, y, aunque, a sus efectos, la Ley entiende no sólo los restantes sujetos pasivos, retenedores, obligados a ingresar a cuenta, responsables, sucesores con la deuda tributaria, representantes legales o voluntarios y obligados a suministrar información o prestar colaboración a la Administración tributaria, la existencia de una obligación tributaria, o de otra clase, hace que se tenga un interés, que falta en el supuesto del artículo 35 g) de la Ley 30/92, lo determina que el contenido del derecho sea más amplio y más explícitas las correspondientes obligaciones informativas de la Administración tributaria relacionadas con él.

Obsérvese que, tras la proclamación en el artículo 3 a) del derecho a ser informado y asistido acerca del contenido y alcance de sus obligaciones, el

artículo 5.1 (como su precedente del artículo 96.3 de la Ley General Tributaria, modificado por la Ley 25/95 de 20 de julio):

a) Reconoce el deber de la Administración tributaria de prestar a los contribuyentes la necesaria asistencia e información acerca de sus derechos (y obligaciones, decía el precedente).

b) Enumera las actuaciones a través de las que se instrumenta la prestación de asistencia e información, como son:

1) Las que luego desarrolla en los arts 6, 7, 8 y 9 –de publicación de textos actualizados de las normas tributarias (y de las contestaciones de consultas mas importantes, de las que se beneficiaran los “ciudadanos”, aunque no sean “contribuyentes” a informar o asistir), de remisión de comunicaciones destinadas a informar sobre la tributación de determinados sectores, actividades o fuentes de renta (de las que se beneficiarán sus destinatarios, determinados individual o colectivamente, a través de las entidades, instituciones y organismos representativos a que se refieren los artículos 96.1 y 107. 3 de la Ley General Tributaria), de información sobre criterios administrativos de aplicación de las normas, facilitadas por las oficinas abiertas al público (a las que, aunque no sea contribuyente, tendrá sin duda acceso) y de la facilitación de la consulta de las bases informatizadas donde se contienen tales criterios (accesibles a cualquiera, por lo mismo), de contestación por escrito de consultas tributarias, con carácter vinculante o no (que el artículo 107.1 de la Ley General Tributaria limita a “los sujetos pasivos o, en su caso, obligados tributarios que han de expresar, con claridad y la extensión necesaria, los antecedentes y circunstancias del caso, las dudas que suscite la normativa aplicable y los demás datos y elementos que puedan contribuir a la formación de juicio por parte de la Administración tributaria”) y de adopción de acuerdos previos de valoración, a efectos fiscales, de rentas productos, bienes, gastos y demás elementos del hecho imponible (a solicitud del contribuyente, antes de la realización del hecho imponible).

2) Y otras actuaciones, que caben en la referencia a “entre otras”, como las que, respecto del derecho mas específico “a ser informado de los valores de los bienes inmuebles que vayan a ser objeto de adquisición o transmisión”, a que se refiere el artículo 3m), contempla y desarrolla el artículo 25 (como derecho en el procedimiento tributario)<sup>(18)</sup>, o, respecto del derecho “a ser informado, al inicio de las actuaciones de comprobación e investigación llevadas a cabo por la Inspección de los Tributos, acerca de la naturaleza y alcance de las mismas, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones”, a que se refiere el artículo 3m), las que reitera el artículo 27<sup>(19)</sup>

Lo que mas se parece al ciudadano que se propone acordar un proyecto

y quiere tener información y orientación sobre los condicionamientos jurídicos y técnicos que las disposiciones vigentes impongan no es el sujeto pasivo, contribuyente o sustituto del contribuyente, ni el obligado tributario del artículo 107.1 de la Ley General Tributaria, que consulta, sino:

a) La persona o entidad residente y no residente que consulta, con carácter previo a la realización de la inversión en activos empresariales en España del artículo 107.4 a) de la Ley General Tributaria.

b) Los peticionarios de la consulta del artículo 107.4 b) y c) de la Ley General Tributaria. Que, aunque, en los términos del Real Decreto 404/97 de 21 de marzo, no la deban hacer antes de realizar la actividad a que se refiere (como realizar inversiones que puedan dar derecho al disfrute de incentivos fiscales de carácter temporal o coyuntural, o realizar operaciones intracomunitarias con personas o entidades de los distintos Estados miembros de la Unión Europea) para que la contestación sea vinculante para la Administración tributaria, si la hacen, de acuerdo con la Disposición Adicional 1ª, se contestarán, por los procedimientos habituales, aunque sin efecto vinculante.

c) Los peticionarios de la consulta del artículo 104.4 d) de la Ley y 5 del Real Decreto, que se refieren, sin distinción, ni precisión temporal, a las personas y entidades que las formulen sobre la interpretación y aplicación en España de las disposiciones de carácter fiscal contenidas en un Convenio para evitar la doble imposición internacional que les resulte de aplicación.

d) Los peticionarios del artículo 104.5 a) de la Ley y 6 del Real Decreto, que se refieren al empresario, delegados de personal, comités de empresa y representantes sindicales en relación con la implantación y modificación de sistemas de previsión social que afecten a la totalidad del personal laboral de la empresa, y los expedientes de regulación de empleo que den lugar a despidos colectivos.

e) Los peticionarios del artículo 104.5 b) de la Ley y 7 del Real Decreto, que se refieren a las entidades de crédito y seguros, sobre contratación de activos financieros y seguros de vida ofrecidos con carácter masivo a través de contratos de adhesión.

En todos estos casos, sea o no vinculante la contestación y por lo dicho, de acuerdo con el artículo 5.2 de la Ley 1/98 y 107.2 de la Ley General Tributaria los contribuyentes y obligados tributarios que adecuen su actuación a ella quedarán exentos o no incurrirán en responsabilidad por infracción tributaria.

También se aparece al ciudadano del artículo 35 g) de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, porque se parece al contribuyente que adecua su actuación a

los criterios manifestados por la Administración al prestar la asistencia e información del artículo 5.1 de la Ley 1/98, el contemplado en el artículo 107.3 de la Ley General Tributaria, que se refiere a las consultas (que no impiden y son compatibles con las comunicaciones del artículo 7 de la Ley 1/98 sobre tributación de determinados sectores, actividades o fuentes de renta) de los colegios profesionales, Cámaras oficiales, Organizaciones patronales, Sindicatos, Asociaciones de consumidores, empresariales y profesionales, sobre cuestiones que afecten a la generalidad de sus miembros o asociados) y el obligado tributario que cumple sus obligaciones tributarias de acuerdo con la contestación.

Igualmente se relaciona con el ciudadano del artículo 35 g) de la Ley 30/92 el contribuyente de los artículos 3 m), 9 y 25 de la Ley 1/98, por referirse a un ciudadano, que, antes de la realización del hecho imponible, pide información sobre la base imponible.

Destaca del conjunto:

a) Que el artículo 9 (que desarrolla los arts 3 a) y 5.1, en cuanto a la adopción de acuerdos previos de valoración, como actuación a través de la que se instrumentaliza la prestación de asistencia e información al contribuyente sobre sus derechos y del derecho de éste a ser informado y asistido acerca del alcance y contenido de sus obligaciones tributarias) no se refiere, como los 3 m) y 25, a los valores de los bienes inmuebles que hayan de ser objeto de adquisición o transmisión, sino a las rentas, productos, bienes, gastos y demás elementos de hecho imponible.

b) Que el mismo artículo 9 admite la posibilidad de la determinación a efectos fiscales de su valoración con carácter previo y vinculante cuando las leyes o reglamentos propios de cada tributo así lo prevean. Como lo hacía ya el artículo 16.2 de la Ley 43/95 de 27 de diciembre del Impuesto sobre Sociedades y los 16 a 28 de su Reglamento, en relación con operaciones efectuadas con personas o entidades vinculadas.

c) Que, aunque hable el repetido artículo de carácter previo y vinculante, y en su n° 4, se reafirme, a continuación, en el 5, la obligación de la Administración de aplicar los valores expresados en el acuerdo, cesa cuando “se modifique la legislación o varíen significativamente las circunstancias económicas que fundamentaron su valoración” y a los 3 años, que es su “plazo máximo de vigencia”.

d) Que, si, como consecuencia de la modificación de la legislación o las circunstancias económicas, en el curso del plazo de 3 años, se desvincula la Administración y procede a la comprobación, la actuación conforme al acuerdo, por parte del solicitante, una vez realizado el hecho imponible, a



pesar del silencio del artículo 5.2, ha de estar exenta de responsabilidad.

e) Que, necesitada la solicitud del acompañamiento de una propuesta de valoración formulada por el contribuyente, futuro o no, la falta de contestación, en el plazo en cada caso establecido en la ley o reglamento propio de cada tributo, implica la aceptación de los valores propuestos.

A este respecto el artículo 22.6 del Reglamento del Impuesto de Sociedades de 14 de abril de 1997 establece un plazo de 6 meses y su transcurso sin resolución se entiende desestimatorio de la propuesta de valoración del sujeto pasivo.

d) Que, en el caso concreto del contribuyente que solicite la información a que tiene derecho, en virtud del artículo 3 m), sobre el valor de los bienes inmuebles que vayan a ser objeto de adquisición o transmisión, y que se regula en el artículo 25, como derecho en el procedimiento tributario, del “interesado”, se disponga que la información no impedirá la posterior comprobación administrativa, pero, cuando el contribuyente haya seguido los criterios manifestado por la Administración tributaria (la competente, frecuentemente la Autonómica, por la cesión del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del sobre Sucesiones y Donaciones, por lo que la norma se refiere a “cada Administración tributaria” y los inmuebles “situados en el territorio de su competencia”) no incurrirá en ningún tipo de responsabilidad.

De hecho, algunas Comunidades Autónomas<sup>(20)</sup> lo venían haciendo en relación con los Impuestos de Sucesiones y Donaciones y de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, sin que se sepa muy bien cual es la utilidad práctica de este derecho, si las facultades comprobadoras de la Administración no se alteran, ni se comprenda por qué sólo se refiere a la adquisición y transmisión, y no a otras operaciones como las segregaciones o declaraciones de obra nueva y divisiones de propiedad horizontal, que originan el hecho imponible del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Para la Administración del Estado, en el aspecto procedimental, la Instrucción 9/98 de 1 de abril del Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria establece:

a) Un registro, accesible, en los términos del artículo 18 de la Ley<sup>(21)</sup>, al que se incorporarán todas las valoraciones efectuadas por los órganos dependientes de cada Delegación Especial.

b) La necesidad de que la valoración registral se pida expresando la referencia catastral y acompañando la documentación acreditativa de que la titularidad del bien corresponde al solicitando o, en su caso, de la

autorización de éste.

c) La valoración la realizará el Gabinete Técnico y de Valoraciones y una vez efectuada se incorporará a la Base de Datos Nacional, haciendo constar su fecha, los tributos en relación con los que surte efectos y la motivación, en la que consten los datos que el contribuyente haya aportado, señalando si se han tomado en consideración.

Para la Administración Autonómica, hay que estar a sus disposiciones, disponiendo la Instrucción que, cuando se reciban solicitudes de valoración a efectos tributos cuya gestión corresponda aquéllos, se remitirán a éstos para la misma.

## **VI. CONSIDERACIÓN FINAL**

Aunque la valoración del artículo 35 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre debe hacerse a la vista de sus once apartados, la que pueden merecer los cuatro que nos han ocupado, no es tan buena como la se expresa en la Exposición de Motivos, porque, como se ha visto, la significativas innovaciones no lo son tanto, y la trascendencia de la formulación de los derechos de los ciudadanos en los procedimientos administrativos que, más que en el hecho de producirse, se ha de buscar en su contenido, es menor.

El contenido de los derechos de nuestra atención, siendo importante, no destaca sobre los demás, y no se corresponde con la rúbrica del artículo, pues, mas que del ciudadano en sus relaciones con las Administraciones Públicas, es del interesado en el procedimiento administrativo de quien se habla.

Aunque, precisamente, por esto (y porque la Ley regula, al tiempo que el régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, cuya bases corresponde al Estado establecer, garantizando a los administrados en todo caso un tratamiento común ante ellas, el procedimiento administrativo común, de aplicación a todas las Administraciones Públicas), en buena medida dicho contenido resulta de la propia Ley, que en la regulación del procedimiento llena la declaración o reconocimiento del derecho, siquiera, por su materia y rango de las normas que, en su día, los regularon, sean reglamentarias y resultantes del desarrollo autorizado por la Disposición Final de la Ley y referidas a la Administración General del Estado.

Innovador o no, dicho contenido configura derechos o facultades de interés para el administrado, cuya proclamación, incluyéndola en una relación, es positiva y plausible.

Sobre la base de la plasmación de estos derechos y los demás del artículo 35 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, los contribuyentes han visto, en la forma que se ha expuesto, su traslación a la Ley 1/98 de 26 de febrero de Derechos y Garantías de los contribuyentes, llamada por algunos Estatuto del Contribuyente, que hay que ver como un avance<sup>(22)</sup>, y cuya Exposición de Motivos afirma, que incorpora al ordenamiento tributario el conjunto de derechos básicos del ciudadano reconocidos en la Ley 30/92 de 26 de noviembre, reforzando los derechos del contribuyente, lo que, en cuanto se refiere a los que hemos comentado, es relativamente cierto.

(1) Vid. Francisco GONZÁLEZ NAVARRO en “Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común” I pág. 622, para quien decir que estamos ante una tabla de derechos con contenido de viento, es casi un alarde de moderación en la crítica.

(2) Vid. Francisco GONZÁLEZ NAVARRO en “Comentarios...” loc. cit. pág 639 y ss. para quien la norma sin duda bien intencionada parece hecha con propósito de divertir al lector del BOE, constituyendo una refrescante nota de humor en la casi siempre árida prosa oficial, que sólo ha sido superada por el apócrifo Capitán Pantaleón Pantoja, el eficaz organizador del Servicio de Visitadores para guarniciones, puestos de fronteras y afines, que fue creado para atender la implacables exigencias viriles de los efectivos personales del Ejército peruano destacados en la Amazonia, de la obra de Mario Vargas Llosa, Pantaleón y los visitadores.

Vid. Fernando GARRIDO FALLA en “Régimen Jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (un estudio de la Ley 30/92)” pág 82, que elogia la innovación que “entra a saco en una materia que, hasta ahora, podía considerarse tabú”, pues dice –en armonía con la exposición de Motivos, que pronostica romperá la tradicional opacidad de la Administración– que cualquiera que tenga trato frecuente con la Administración sabe del hermetismo con que estas cuestiones se han tratado y vienen tratando en las Administraciones Públicas.

Vid. Manuel RIVERO GONZÁLEZ, en “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo” AA.VV. Aranzadi pág. 206, que –distinguiendo el derecho de identificación del personal al servicio de la unidades administrativas con las que se relacione el ciudadano directamente, en forma física o personal o en forma verbal telefónica (considerando de aplicación al primero, que mas que un derecho es el reflejo del deber de facilitar el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, a que se refiere el artículo 35 i) de la Ley), del derecho del interesado a identificar al funcionario o autoridad a cuyo cargo se encuentre el procedimiento– cree que la Resolución de 3 de febrero de 1993 establece reglas sobre identificación del personal y hasta de las locales y mesas, “rayanas en lo rocambolesco”, como la de la distancia –especificada incluso en centímetros– desde la que han de ser visibles. Lo que ha hecho que haya quien, como Francisco González Navarro. loc cit I pág. 644 haya hablado de la “resolución del metro veinte”.

(3) Vid. Vicente FENELLÓS PUIGCERVER “Consideraciones acerca del Proyecto de Estatuto del contribuyente”, Impuestos n° 12 Segunda Quincena junio 1997, págs., 87 y 88.

(4) Vid. Francisco GONZALEZ NAVARRO, en “Comentarios a la Ley...” loc. cit. I pág. 622.

(5) Vid. María Asunción SALVO TAMBO en “Los derechos y garantías en los procedimientos tributarios. La prescripción”, Estudios de Derecho Judicial n° 9 Escuela Judicial. págs. 89 y 90.

(6) Vid. Vicente FENELLÓS PUIGCERVER en “Consideraciones acerca del Proyecto de Estatuto del Contribuyente” II Impuestos n° 21 Primera Quincena noviembre 1997 págs. 69 a 70.

(7) La Resolución de 27 de noviembre de 1997 de la Secretaria de Estado para la Administración Pública, acordó la publicación de la relación de procedimientos de la Administración General del Estado, que se hizo en el BOE n° 295 de 10 de diciembre de 1997.

Después de haber publicado ya una primera relación en el BOE n° 87 de 10 de abril de 1996, en virtud de Resolución de 20 de marzo de 1996.

(8) Vid. Francisco GONZÁLEZ NAVARRO en “Comentarios a la Ley...” loc cit I pág 622, dice no tener noticia de que se haya negado nunca, en general, tal derecho.

(9) Vid. Francisco GONZÁLEZ NAVARRO en “Comentarios a la Ley 4/99 de 13 de enero de modificación de la Ley 30/92” pág. 581 que dice que nadie puede negar la importancia que tiene el reconocimiento de este derecho.

(10) El artículo 6.4 distingue la Administración tributaria de los Tribunales Económico-Administrativos.

Para la aplicación directa de los derechos del artículo 35 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre Vid. Ricardo HUESCA BOADILLA, en “Los recursos y las reclamaciones económico-administrativas tras la nueva Ley 1/98, de 26 de febrero, de Derecho y Garantías de los Contribuyentes”. Impuestos n° 19.octubre.1998. págs. 100 y ss.

(11) Vid. Fernando GARRIDO FALLA en “Régimen Jurídico y procedimiento...” loc. cit. pág 82.

(12) Vid. Fernando GARRIDO FALLA, loc. cit. que dice que el único inconveniente de este importante derecho es el de que la orientación sea defectuosa, particularmente –obviando el caso de mala fe, que no suele ser frecuente– por insuficiente formación jurídica del funcionario que aconseja.

(13) La Orden de 22 de octubre de 1958 disponía que los informes que se emitan por las Oficinas de información tendrán exclusivamente carácter ilustrativo e informativo para quienes

lo soliciten. En consecuencia: 1°.- Tales informes no originarán derechos ni expectativas de derechos a favor de los solicitantes ni terceros, ni podrán lesionar derechos o intereses legítimos de los interesados u otras personas. 2°.- No ofrecerán vinculación alguna con el procedimiento a que se refieran, y en este sentido no podrá ser invocada la información a efectos de interrupción o paralización de plazos, caducidad, prescripción, ni servirá de instrumento de notificación en el expediente a que haga referencia.

Y el Reglamento de 17 de septiembre de 1961 del Ministerio de la Gobernación dispuso que las informaciones que faciliten las Oficinas a que se refiere el artículo anterior no podrán consistir en interpretaciones o consideraciones de carácter jurídico, y, por otra parte, ni vinculan a la Administración ni originarán derechos ni expectativas de derecho a favor de los solicitantes o de terceros, ni lesionarán derechos o intereses legítimos.

(14) El artículo 6, sobre publicaciones, dispone:

1. El Ministerio de Economía y Hacienda acordará y ordenará la publicación en el primer trimestre de cada ejercicio de los textos actualizados de las Leyes y Reales Decretos en materia tributaria en los que se hayan producido variaciones respecto de los textos vigentes en el ejercicio precedente. Así mismo ordenará la publicación en igual plazo y forma de una relación de todas las disposiciones tributarias que se hayan aprobado en dicho ejercicio.

2.- También publicará periódicamente por los procedimientos que en cada caso resulten adecuados las contestaciones a consultas y las resoluciones económico-administrativas de mayor trascendencia y repercusión.

3.- La Administración Central y las Administraciones Autonómicas podrán regular mediante convenios la publicación, además de en castellano, en las demás lenguas declaradas oficiales en los Estatutos de Autonomía.

4.- La Administración tributaria y los Tribunales Económicos-Administrativos deberán suministrar, a petición de los interesados, el texto íntegro de consultas o resoluciones concretas, con supresión en ellas de toda referencia a los datos que permitan la identificación de las personas a los que se refiere.

(15).- El artículo 7, sobre comunicaciones, dispone que la Administración tributaria informará a los contribuyentes de los criterios administrativos existentes para la aplicación de la normativa tributaria a través de las oficinas de información abiertas al público, facilitará la consulta a las bases informatizadas donde se contienen dichos criterios y remitirá comunicaciones destinadas a informar sobre la tributación de determinados sectores, actividades o fuentes de renta.

(16).- El artículo 8, sobre consultas tributarias, dispone:

1.- Los contribuyentes podrán formular a la Administración tributaria consultas debidamente documentadas respecto al régimen, la clasificación o calificación tributaria que en cada caso les corresponda. La Administración tributaria deberá contestar por escrito las consultas así formuladas.

2.- Dicha contestación tendrá carácter vinculante para la Administración tributaria en la forma y en los supuestos previstos en la Ley General Tributaria y en las leyes propias de cada tributo. En este supuesto el plazo máximo para contestar por escrito las consultas será de seis meses.

(17).- El artículo 9, sobre acuerdo previos de valoración, dispone:

1.- Los contribuyentes podrán solicitar a la Administración tributaria, cuando las leyes o reglamentos propios de cada tributo así lo prevean, que determine con carácter previo y vinculante la valoración a efectos fiscales de rentas, productos bienes, bienes y demás elementos del hecho imponible.

2.- La solicitud deberá presentarse por escrito antes de la realización del hecho imponible o, en su caso, en los plazos que establezca la normativa de cada tributo y tendrá que acompañarse de una propuesta de valoración formulada por el contribuyente.

3.- La Administración tributaria podrá comprobar los elementos de hecho y las circunstancias declaradas por el contribuyente.

4.- La valoración de la Administración tributaria se emitirá por escrito, con indicación de su carácter vinculante, del supuesto de hecho al que se refiere y del impuesto al que se aplica, de acuerdo con el procedimiento y en los plazos fijados en la normativa propia de cada tributo. La falta de contestación de la Administración tributaria en los plazos indicados implicará la aceptación de los valores propuestos por el contribuyente.

5.- Salvo en el supuesto de que se modifique la legislación o que varíen significativamente las circunstancias económicas que fundamentaron su valoración, la Administración tributaria está obligada a aplicar al contribuyente los valores expresados en el acuerdo.

6.- El acuerdo tendrá un plazo máximo de vigencia de tres años, salvo que en la normativa que lo establezca se prevea otra cosa.

7.- Los contribuyentes no podrán interponer recurso alguno contra los acuerdos regulados en este precepto, sin perjuicio de que puedan hacerlo contra las liquidaciones que pudieran dictarse ulteriormente.

(18).- Vid. Emilio PUJALTE CLARIANA “La jurisprudencia y la Ley 1/98 de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los contribuyentes” Estudios de Derecho Judicial Escuela Judicial. pág. 231, que dice que este artículo no es mas que una “vacuna” contra las consecuencias de la desafortunada (e inconstitucional) norma que introdujo la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989, pareciendo como si el legislador hubiera sentido remordimiento de conciencia y quisiera poner en manos del contribuyente un mecanismo –mas bien propio de la picaresca española– con el que poder evitar la injustas consecuencias de la norma.

Para Vicente FENELLÓS PUIGSERVER, loc. cit. Impuestos n° 21 pág. 71, presumiblemente la mens legislatoris a la hora de introducir este precepto ha recapacitado sobre la desoladora imagen que ha ofrecido la Administración tributaria en los procedimientos de comprobación inmobiliaria cuyos defectos –harto conocidos por todo el mundo– han llevado al

bloqueo administrativo y judicial.

(19) Vid. Vicente FENELLÓS PUIGSERVER “Consideraciones acerca del Proyecto...” Impuestos n° 21 pág 79, para quien nada aporta y se limita a reiterar previsiones ya contenidas en el artículo 30.1 y 4 del Reglamento General de Inspección.

(20) Vid. Carmen BOTELLA GARCÍA-LASTRA “La Ley 1/98, de 26 de febrero de Derechos y Garantía de los contribuyentes desde el punto de vista de la Hacienda Pública” Estudios de Derecho Judicial n° 9 Escuela Judicial, pág. 194.

(21) En el marco previsto en el apartado anterior los contribuyentes pueden acceder a los registros y documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud en los que el solicitante haya intervenido.

(22) Vid. José Manuel TEJERIZO LÓPEZ “La Ley 1/98, de 26 de febrero, como un avance en los derechos y garantías de los contribuyentes ante la Hacienda Pública (algunas consideraciones generales sobre la nueva Ley)”. Estudios de Derecho Judicial n° 9 Escuela Judicial. págs. 13 a 48, para quien hubiera bastado con que el legislador confirmara lo que la jurisprudencia había ya declarado: que en el ordenamiento tributario se aplican íntegramente los derechos reconocidos con carácter general en la Ley de 26 de noviembre de 1992. Haciéndose eco de la realidad de una amplia reticencia doctrinal sobre su necesidad existiendo la Ley General Tributaria y reconociéndole a ésta la propia Exposición de Motivos su condición de eje vertebrador del ordenamiento tributario.

Sobre la integración posible en la Ley General Tributaria Vid. Carmen BOTELLA GARCÍA-LASTRA “La incidencia de la integración en la Ley General Tributaria de la Ley 1/98, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes. Crónica Tributaria n° 96/00 págs. 11 y ss.





# **“EN TORNO A LOS FENÓMENOS INTER-NORMATIVOS: EN ESPECIAL, EN EL ÁMBITO SUCESORIO”**

**ILMO. SR. D. JOSÉ CERDÁ GIMENO**

Notario

## **SUMARIO:**

- PALABRAS INICIALES.
- I. APROXIMACIÓN AL TEMA DEL DISCURSO.
- II. LA TÉCNICA DEL ANÁLISIS.
- III. LA TÉCNICA DE LA COMPARACIÓN.
- IV. LA INCIDENCIA DE TALES FENÓMENOS EN EL ÁMBITO SUCESORIO.
- V. PALABRAS FINALES.

## • PALABRAS INICIALES.

### 0.1.1. Actitud del dicente.

Unas palabras previas por mi parte parecen en este momento necesarias. Palabras de agradecimiento, de sentimiento, de respeto... palabras que otros juristas ilustres pronunciaron antes que yo, palabras insuperablemente expuestas –con ocasión de un acto similar– por J. M<sup>a</sup> CASTÁN VÁZQUEZ como sigue:

“Al ingresar don Felipe Sánchez Román en una de las Reales Academias, el 21 de mayo de 1905, afirmaba: “Creo poseer el alto concepto que merecen estos Centros de superior cultura nacional; es muy grande el respeto, rayano en la veneración, que siempre me inspiraron y la admiración que siento por sus doctos miembros”; observaba después que “hay, sin duda, en esto del ingreso en las Reales Academias de la Nación algo semejante al voto religioso”, y con humildad calificaba en su caso de “inmerecido” el honor que su recepción le otorgaba.

.-...= Pero si Sánchez Román, con ser quien era, se suponía indigno de su ingreso en una Academia, con mayor razón yo he de advertir la desproporción que en mi caso existe entre el honor recibido y los méritos que debieran justificarlo; sin insistir en ella, pues es obvia, me limito a expresar mi profundo agradecimiento a todos los miembros de la Corporación que con tanta generosidad me reciben.”<sup>1</sup> (Hasta aquí la cita exacta de las palabras del Sr. Castán Vázquez).

[Agradecimiento por mi parte que hago extensivo a los Sres. Académicos encargados de la lectura de mi texto y a de la CONTESTACIÓN al mismo].

Es esta actitud del dicente la que se va a intentar mantener a lo largo de este discurso, complementada con una mínima aclaración justificativa acerca del tema escogido y de la metodología utilizada.

### 0.1.2. Presentación del tema del discurso, en general.

Resumidamente dicho, la presentación del tema propuesto intenta dar respuesta a una serie de cuestiones o interrogantes acerca del mismo,

cuales son las referentes al nombre, a la cosa en sí, al concepto, a su aspecto estructural, a sus efectos, etc. En este sentido, me voy a tomar la licencia de presentar a ustedes una especie de balizas orientativas para que los futuros ‘operadores jurídicos’ o intérpretes puedan actuar. Es de suponer que todo ello pueda resultar a ustedes –en buena parte, juristas prácticos sometidos a la diaria y difícil tarea de adaptar las normas jurídicas al complejo caso concreto– de algún interés y utilidad.

Iniciaré ahora, resumidamente, mis alusiones a los modos del pensar científico como sigue:

- **Modo retórico:**

Descriptivamente expuesto, SEXTO EMPÍRICO<sup>2</sup> atribuye a ZENÓN la imagen según la cual, él mismo, para distinguir la DIALÉCTICA de la RETÓRICA

“cerró la mano, abriéndola después, nuevamente”

En el sentido discursivo, considerado el argumento aristotélico de la demostración o persuasión, este Discurso se va a componer de varias partes: un exordio o introducción, una exposición o narración que nos presente los distintos problemas –narración ajustada a las necesidades de los buenos juristas prácticos y a la realidad, respondiendo a la verosimilitud de los supuestos de hecho–, una argumentación [oscilante entre la mera posibilidad –el “*an faciendum*”– y los hechos reales –el “*an fecerit*”–, o, de otro modo, entre el “SI ES POSIBLE” y el “SI SE HA HECHO” o “SI HA SUCEDIDO”] y un epílogo (ideas concluyentes).

- **Modo filosófico (*stricto sensu*).**

Aquí la actitud del dicente resulta un tanto dubitativa, tratando de hallar un equilibrio entre dos ideas absolutamente contrapuestas de dos grandes maestros, a saber:

- La idea nihilista.

“De lo que no se puede hablar hay que callar”

(LUDWIG WITTGENSTEIN).<sup>3</sup>

- La idea posibilista.

“Atrévete a saber –*Sapere Aude*–“

(E. KANT)<sup>4</sup>.

### • *Modo de las Ciencias experimentales.*

Los modernos especialistas de la FÍSICA “cuántica” sostienen la esencial *interdependencia* entre lo observado y el observador, hasta el punto que si varía la persona del observador variará también la concreta realidad observada (DAVID BÖHM, GEORGES CHARPAK, FRITJOF CAPRA, ILYA PRIGOGINE)<sup>5</sup>.

*Mutatis mutandis* este punto de vista significa que si mi observación subjetiva del tema aquí analizado refleja lo por mí observado, una vez cambiado el observador —el dicente— cambiará la perspectiva y cambiará también lo observado.

## 0.2. PRESENTACIÓN DEL TEMA EN ESPECIAL, CONFORME A LOS MODOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO.

Es fundamental, en mi opinión, tomar como *punto de partida* la observación de Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE, en el sentido siguiente

“Para una determinada realidad, cada nivel responde a un tipo de averiguación acerca de esa misma realidad. Ese tipo de averiguación entraña una perspectiva que se hace responsable a cada pregunta diversa sobre lo real. **Por tanto, hay tantos métodos de investigación como preguntas de que la realidad sea susceptible de suscitar:** el ‘qué’ sea algo; el ‘cómo’ llegue a ser algo; el ‘porqué’ hay algo; el ‘quién’ está implicado en algo, etc.”<sup>6</sup>.

Todas estas consideraciones apuntan a la *finalidad* obvia del discurso: pretende tener un sentido práctico<sup>7</sup> y elaborar una guía fiable e instrumental para la praxis en la que se ven sumergidos tantos hombres buenos que, en su condición de *juristas prácticos*, se encuentran con complejísimos problemas de difícil solución, eluden las disputas, buscan la concordia y tienden a encontrar lo que es bueno y conveniente para su cliente.

## 0.3. METODOLOGÍA UTILIZADA.

Una vez más, he de referirme al pensamiento *tópico (problemático)*, sugerido en su día por L. DÍEZ PICAZO como tipo de argumentación adecuado para la resolución de las vacilaciones suscitadas por las que denominó “*res dubiae*”.<sup>8</sup>

Ese pensamiento *problemático* era el subyacente en el planteamiento personal mío ante determinados temas o materias, planteamiento que

intentaba efectuarse desde una perspectiva *helénica* (aporética) y no *rabínica* (dogmática)<sup>9</sup>: todo lo cual conducía a que, ante un concreto tema o materia, el autor que suscribe dejara puertas o caminos *abiertos* a posibles investigaciones de futuros estudiosos y no pretendiera dejar el asunto concluso para siempre. Ese pensamiento *problemático* es el que, en definitiva, ha guiado al dicente en la elección del tema analizado y en la catalogación de problemas y de respuestas posibles.

## I. APROXIMACIÓN AL TEMA DEL DISCURSO.

### • Distinciones previas.

#### A. ZONAS.

##### a. ZONAS “MOSTRENCAS”.

Es obligada la referencia a la actitud de algunos de nuestros grandes maestros cuando aluden a la ubicación de un concreto tema jurídico en una zona de doble cobertura. Se trata de la ubicación de un tema jurídico en la intersección de diferentes esferas o ámbitos normativos (sociología, filosofía, teoría general del derecho, derecho privado, derecho público...), en lo que cabría llamar zona de nadie o “mostrenca”<sup>10</sup>. De donde resulta que esa *intersección* facilita quizás el poco interés o atención de la doctrina respectiva de cada uno de los sectores o ámbitos normativos afectados.

Se había referido a dichas zonas el profesor J.L. VILLAR PALASÍ, al que me remito.<sup>11</sup>

Temática ésta aquí analizada que pertenece y se ubica plenamente en una zona de amplia cobertura afectada por diferentes sectores normativos. Solamente por esta *ubicación* ya estaría justificado su estudio.

##### b. ZONAS DE INDETERMINACIÓN.

1. Base de partida de la exposición subsiguiente es la constatación obvia de una serie de *conceptos o términos jurídicos* que *per se* no son exclusivos de una concreta rama del Derecho y que afloran en la determinación práctica del Derecho: y, muy en especial, en la referencia específica a **los supuestos de hecho o fenómenos internormativos**.

Esa proliferación de conceptos jurídicos obligan al *juez* a realizar una

específica *labor de concreción* al supuesto de hecho litigioso ante el mismo planteado. La misma labor de concreción –denominada “elaboración práctica del Derecho” por el maestro J. CASTÁN TOBEÑAS<sup>12</sup>– es común en su raíz o esencia tanto a la sentencia como al consejo cautelar del abogado, o a su dictamen, o a la emisión de un dictamen fiscal, o a una calificación notarial o registral.<sup>13</sup>

2. Esa abundancia de conceptos jurídicos y la consiguiente *nota de indeterminación* obliga a una reflexión y una alusión previa acerca de la *estructura* de los conceptos jurídicos en general –y de los aquí aludidos, en especial– y acerca de la *función concreta* que cumplen en la norma aplicable al caso. De todo ello se ha ocupado con notoria solvencia y brillantez F. SAINZ MORENO y a su cuidada exposición remito, en especial a los límites de certeza positiva y de certeza negativa del concepto [el *núcleo*, *Begriffskern*, o zona de certeza, y el *halo*, *Begriffshof*, o zona de duda, distinción que toma de HECK].<sup>14</sup>

Importante es, por otra parte, ampliar la perspectiva que para la doctrina moderna ofrecen los conceptos jurídicos más arriba aludidos, tomada desde el punto de vista del *contenido* de la proposición normativa. En tal sentido, se habla por los autores franceses de “notions floues”, “règles souples”, “notions à contenu variable”<sup>15</sup>, denominaciones éstas que parecen atentan contra el principio de seguridad jurídica provocando conflictos resultantes de la ambigüedad y de la indeterminación de las normas... La regla de derecho acostumbra a ser *rígida*, por lo cual, el legislador respectivo puede introducir deliberadamente en el texto de la norma esas nociones de contenido variable o indeterminado para dejar que posteriormente el juez proceda con cuidado a su *determinación* en el caso concreto litigioso, lo que deja a los jueces una libertad mayor de apreciación y de flexibilidad.

Todo lo cual está apuntando, en mi opinión, a una reconsideración de *los juicios de valor* [en definitiva, los VALORES o criterios axiológicos] para que la motivación de las decisiones judiciales sean tomadas de forma coherente.

### c. ZONAS DE INSEGURIDAD.

1. Rigurosamente expuesto, el dato fáctico de *la pluralidad* de sistemas normativos es el verdadero *leit motiv* justificativo de la elección del tema [*nomen*] de mi discurso.

2. Al fenómeno de la pluralidad de sistemas normativos como *dato fáctico* se han referido con agudeza notables juristas modernos. Así, entre otros, J. CARBONNIER<sup>16</sup> y A.J. ARNAUD<sup>17</sup>, a cuyas cuidadas exposiciones remito aquí.

## B. PASOS (ASPECTOS) EN EL ITER EXPOSITIVO.

### 1. *Modo simbólico.*

Al aplicar a nuestro tema el *modo simbólico* se procede por mi parte a la reducción de los símbolos a los del camino y del pescado cocinado y a la identificación de la alegoría simbólica con la masa fenomenológica internormativa de la malla o red intertextual en sus variados aspectos. A la selva simbólica y a la jungla léxica consiguiente se refirió con maestría U. ECO –tanto en sentido amplio como en sentido estricto–<sup>18</sup>.

### 2. *Modo escultórico.*

A la simbología escultórica cabe aludir cuando se habla de *representaciones plásticas* de sectores normativos de un sistema jurídico, diferenciando entre *bloques* compactos y concretos de sectores normativos [v. gr., las hipotecas] y la imagen de las esculturas minimalistas (los ‘*móviles*’ de A. CALDER) prototípica de los sistemas [v. gr., el Derecho Internacional Privado] cuya armonía deriva del equilibrio de formas en perpetuo movimiento.<sup>19</sup>

### 3. *Modo geométrico.*

El camino puede también ser recorrido a través de imágenes geométricas –unidas o no a las gráficas de las estructuras *matemáticas*, a las que aludiré–, bien en forma de círculos *concéntricos* –cada uno contiene a otro u otros en su interior, v.gr., ‘conflictos internormativos’, ‘derecho sucesorio’– o *excéntricos*, bien tangentes bien secantes o en intersección –v.gr. ‘conflictos internormativos’, ‘técnicas de interpretación’, etc.–.

### 4. *Modo matemático-algebraico.*

Aludo aquí a la presentación gráfica de la problemática subyacente en nuestro tema a través de la *teoría de los conjuntos* y de la moderna *matemática de las estructuras*. [Con mayor detalle, en los ANEXOS al texto amplio escrito de este discurso]

### 5. *Modo descriptivo tópic.*

La presentación de nuestro tema se efectúa imaginando varios *grupos* (círculos, fases, perfiles, vertientes), que cabe reconducir a tres puntos básicos: fenómenos internormativos en general, técnicas de investigación (interpretación), incidencia especial en el ámbito sucesorio.

## C. RECURSOS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL DISCURSO.

### 1. Niveles descriptivos.

En este lugar he procedido a efectuar un desenvolvimiento del modelo *lógico-jurídico*, de entre los varios niveles descriptivos que en su día exponía el profesor J.L. VILLAR PALASÍ.

### 2. Función de la doctrina jurídica.

#### a. En sentido genérico.

Ha sido el magisterio del profesor J. CASTÁN TOBEÑAS el que puso de manifiesto la importancia de **la doctrina científica**, a la que denominó jurisprudencia “teórica”.

Importantísima es toda la parte que el maestro J. CASTÁN TOBEÑAS dedica a la elaboración notarial del Derecho, poniendo de relieve allí que corresponde a **la función notarial** la concreción de las reglas indeterminadas (máximas de experiencia y ‘standards’ jurídicos).

#### b. En sentido específico.

Tomando como base la dicción de E. BETTI considera J.B. VALLET DE GOYTISOLO que la interpretación jurídica [**Doctrina jurídica**] es la especie más importante del género denominado “interpretación en función normativa”.<sup>20</sup>

Tras repasar las argumentaciones de CASALS COLLDECARRERA y de FIGA FAURA [en síntesis, las teorías acerca de: en el principio fue la norma, en el principio fue el problema, en el principio fue el caos], entiende VALLET que “en el principio es el ‘circulo hermenéutico de la *precomprensión*”.<sup>21</sup>

#### c. Modelo valorable aquí adoptado.

A la importancia e influencia de *la literatura jurídica* [DOCTRINA JURÍDICA] se ha referido con su habitual precisión y erudición J.M<sup>a</sup> CASTÁN VÁZQUEZ al decir que:

“La importancia de la literatura jurídica es un hecho antiguo general. Aunque no se considere la doctrina como fuente del Derecho habrá que reconocerla al menos, como lo hace Reale, un papel muy relevante en el desarrollo de la experiencia jurídica. Lo admirable de la ciencia jurídica a este respecto, según ha observado Capograssi, es que ha sido ella misma la que ha elaborado la teoría de las fuentes del Derecho y ella misma la que se ha excluido voluntariamente del número de las fuentes, porque se considera la más libre de todas ellas



y podría, en consecuencia, ser la más arbitraria. Pero la doctrina sigue siendo necesaria al Derecho –que no podemos centrar sólo en la ley–, como siguen siendo necesarios los juristas y así nos lo recordaba en uno de sus últimos trabajos el maestro Garrigues.”<sup>22</sup>

## D. REDUCCIÓN DEL CAMPO DE ANÁLISIS.

### 1. *Extensión posible del análisis.*

Hay que partir, en mi opinión, del *presupuesto fundamental* de que entre nosotros, en nuestra comunidad insular, debido a los conocidos influjos del turismo y de la inmigración, de una parte, y de la superposición de nacionalidades y de residentes de otra regionalidad civil, de otra parte, se suelen producir una serie de problemas y de supuestos litigiosos a cuya ardua temática y difícil solución se enfrentan nuestros buenos juristas prácticos.

A esa aludida *posibilidad* de conflictos –‘status coniecturae’– me refería anteriormente [el “an faciendum”] y usualmente la posibilidad coincide con la probabilidad cierta de unos hechos concretos.

Como *ejemplos* palmarios de esa posibilidad, presento en el texto ampliado de este DISCURSO una rápida enumeración de supuestos fácticos que pueden dar lugar –que suelen dar lugar– a fenómenos internormativos. Parece posible adelantar la abundancia de ellos en todos los ámbitos normativos.

A los ejemplos referidos, tomados de la práctica real habitual entre nosotros –siempre *circumscriba al ámbito del derecho privado*, en el que el dicente se inscribe–, podrían quizá añadirse otros muchos tomados del **campo del derecho público**: v. gr., la acumulación de normativas sobre una concreta materia, a la que ha dedicado su atención el profesor J.L. VILLAR PALASÍ, adonde remito<sup>23</sup>. Ejemplos varios de nuestra actual situación social circundante, a mi parecer, pueden ser los de la confluencia de diversas normativas [supraestatales, estatales, autonómicas, insulares, municipales] en una serie de materias.

Mucho me temo, y es opinión personal, que ese “si es posible” –el “an faciendum”– no es meramente teórico o utópico, sino que muchos casos concretos, vinculados a alguno o varios de los supuestos aludidos, se han producido efectivamente –el “an fecerit”– y de alguno de ellos puedo dar fe.

Ahora bien, esa posibilidad y esa no determinada cantidad de supuestos litigiosos aludidos originarían una desmesurada extensión del *análisis* de los conflictos internormativos a ellos vinculados. Por consiguiente, en la exposición del discurso se va a prescindir prácticamente de la casi totalidad

de los ámbitos privatísticos referidos [y por supuesto, de los del Derecho Público], dejando *la incidencia del tema* reducida estrictamente al campo del Derecho Sucesorio.

**[En la exposición que subsigue presento las dos técnicas aplicables a mi juicio: la del análisis y la de la comparación].**

## **II.- LA TÉCNICA DEL ANÁLISIS.-**

### **1. DELIMITACIÓN DE ESTOS FENÓMENOS.**

Recordaba años atrás el profesor J. CARBONNIER<sup>24</sup> el dato *sociológico* de la “internormatividad”: punto de partida de este discurso.

### **2. CONCEPTOS PREVIOS.**

Tomando una escala de referencia –escala tópica, por supuesto– de mayor a menor enjundia de contenido descriptivo, tendremos la *catalogación* de términos jurídicos que subsigue:

- Estructura normativa.
- Sistema jurídico.
- Razón jurídica.
- Principios del sistema.
- Conceptos jurídicos.
- Institución jurídica.
- Norma jurídica.
- Grupos normativos.
- Concurrencia (curso) de normas.
- Colisión de normas.
- Antinomias.
- Lagunas normativas.
- Anomias.

### **3. DISTINCIONES PRECISAS.**

1. A la hora de afrontar este dato sociológico *genérico* de los “fenómenos internormativos” –expresión quizá derivada de lo que ha sido denominado

“inflación de las leyes” por los juristas y de efecto ‘parkinsoniano’ por los sociólogos–, hay que recordar una vez más que fue la necesidad de acabar con la abundancia de leyes diversas lo que había impulsado a JUSTINIANO a dictar su código<sup>25</sup>. Quizás la moderna hipertrofia de leyes de uno y otro signo –supraestatales, estatales, infraestatales–, motivadora a su vez de tantos fenómenos y conflictos internormativos, podría ser atemperada por una senda estricta de empirismo, de vía práctica de no intervención legislativa cada vez que se presente un problema nuevo<sup>26</sup>: en definitiva, dejar al sentido común, *seny natural* bien mediterráneo, de los buenos juristas prácticos, la solución en equidad de los conflictos.

2. Reflejando, sin embargo, en este lugar la traducción a nuestra realidad inmediata circundante de toda esta problemática apuntada, parece conveniente efectuar una serie de *distinciones* que nos permitan ir delimitando lo que son los denominados “fenómenos internormativos”<sup>27</sup> en sentido muy *amplio* –sociológico– y sus derivaciones específicas o en sentido *estricto* –más bien, técnico-jurídico–.

3. Ahora podemos ir descendiendo, en esa imaginaria escala de fenómenos y de términos antes apuntada, como sigue:

- F.I. *versus* CONFLICTOS INTERNORMATIVOS.

Los CONFLICTOS INTERNORMATIVOS en sentido *específico*, técnico-jurídico, se producen dentro de un sistema jurídico básicamente estructurado. A su vez, en el interior del término utilizado cabe la distinción primaria de tales conflictos en atención a su aparición, esto es:

- bien en el TIEMPO: Si es en *diacronía* (con aparición más o menos asidua o frecuente a lo largo de los años)[D° INTERTEMPORAL], o si es en *sincronía* (con aparición súbita en el tiempo presente).

- bien en el ESPACIO: si se deriva de la existencia de una pluralidad de sistemas estatales (conflictos *interestatales*)[D° INTERNACIONAL PRIVADO], o si se deriva de la coexistencia de normas dentro de un sistema estatal (conflictos *intraestatales*)[D° INTERREGIONAL].

- F.I. *versus* COLISIÓN DE NORMAS.

Considerada *en sentido amplio* la noción de COLISIÓN DE NORMAS, puede abarcar los siguientes tipos de ‘conflictos internormativos’:

- COLISIÓN DE SISTEMAS.
- COLISIÓN DE PRINCIPIOS.
- COLISIÓN DE INSTITUCIONES.

- COLISIÓN DE NORMAS, esto es, COLISIÓN DE NORMAS *stricto sensu*: o, de otra modo dicho, ANTINOMIAS.

- F.I. *versus* CONCURSO (CONCURRENCIA) DE NORMAS.

La noción *amplia* de F.I. abarca una multiplicidad de supuestos fácticos, ya apuntada, por J. CARBONNIER. Desde el punto de vista de *la realidad social* la evidencia clara es la de que nos encontramos ante una multiplicidad de sistemas normativos [POLISISTEMIA/PLURALISMO JURÍDICO].<sup>28</sup>

- F.I. *versus* AUSENCIA DE NORMAS [ANOMIA].

De la noción *amplia* de F.I. hay que deslindar claramente la noción también *amplia* de AUSENCIA DE NORMAS (ANOMIA).

Dentro del concepto de ANOMIA parece habrá que diferenciar, a su vez, dos grupos de problemas:

- La ausencia absoluta de norma aplicable: ANOMIA *stricto sensu*.
- La ausencia relativa de norma aplicable: LAGUNA NORMATIVA.

Lo que procede es una labor de los operadores jurídicos consistente en esa delicada tarea de “determinación material” del derecho aplicable, esto es, una típica actividad de INTERPRETACIÓN DE LA NORMA.

#### **4. PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS POSIBLES.**

1. El dato obvio, apuntado, de la multiplicidad de sistemas normativos ya implica una determinada actitud personal en el observador. O, de otro modo, habrá que remitir a las *subjetivas* evaluaciones personales del operador jurídico, en suma, a la que J. ESSER denominó la “**pre-comprensión**” (antes aludida).

2. Iniciando el análisis *en diacronía* y en retrospectiva histórica, seguirán otros aspectos de índole varia, hasta la presentación *sincrónica* estrictamente jurídica.

##### **a. PERSPECTIVA HISTÓRICA.**

La presentación, a modo de introducción general a la problemática, fue efectuada magistralmente por M.F.C. DE SAVIGNY.

##### **b. PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA.**

En un paso más de la investigación desde esta perspectiva, se llega a la

constatación –antes ya anunciada– de la evidencia de *un pluralismo jurídico*, de una multiplicidad de *sistemas jurídicos*<sup>29</sup>. Lo que conlleva que la doctrina proceda a explayarse acerca de las nociones consiguientes –fundamentales– en esta perspectiva: la noción de **estructura**, por un lado; y la noción de **sistema**, por otro.

Tanto una como otra noción han sido objeto de numerosos desenvolvimientos doctrinales y apasionados debates (a los que me refiero en el texto amplio escrito de este discurso).

## •• NOCIÓN DE ESTRUCTURA.

A la noción de “estructura”, *entendida* como ‘el concepto de sistema estructurado en el derecho’ y *realizada* a través de cinco *elementos o notas fundamentales* –cuya presencia o ausencia hará utilizable o inapropiada toda la configuración estructural– se ha referido entre nosotros el profesor J.L. VILLAR PALASÍ, diciendo que estas *cinco notas* son las siguientes:

- “1. Una totalidad de razón.”
- “2. La idea de la auto-regulación.”
- “3. La idea de transformación.”
- “4. La idea de generación de estructuras.”
- “5. La imposibilidad de explicar toda idea de estructura desde dentro.”<sup>30</sup>

## •• NOCIÓN DE SISTEMA.

Hay que tomar como punto de referencia primero la argumentación de J. CARBONNIER:

“La Sociología del derecho ha tomado prestada esta expresión del Derecho Comparado.”

Haciendo un desenvolvimiento de las ideas de J. CARBONNIER considera A.J. ARNAUD diversos supuestos de **polisistemia**: polisistemia disyuntiva, polisistemia sucesiva, polisistemia simultánea. En la polisistemia *disyuntiva* se trata de la hipótesis más simple: *coexistencia* de varios sistemas de derecho juxtapuestos en el espacio, esto es, el problema esencial de la coexistencia de las razones jurídicas de varios sistemas de derecho, problema que puede originar diferentes tipos de investigación (la del jurista, la del sociólogo, la del historiador del derecho, la del internacionalista, la del comparatista...).

- Como resumen final, desde esta perspectiva **sociológica** acerca del tema de nuestro discurso centrada en las ideas o nociones de *estructura* y de *sistema*, cabe decir que **los fenómenos internormativos** pueden ser reducidos a *interacciones fácticas* –‘glissement’– a resolver según el

supuesto concreto dado. De los fenómenos de pluralismo la hipótesis relevante es la de *la polisistemia disyuntiva*, lo que se traduce en nuestro tema en análisis en un supuesto claro de **concurso o concurrencia de sistemas jurídicos**.

### c. PERSPECTIVA ANALÍTICO-ESTRUCTURAL.

Al análisis *estructuralista* del derecho ha dedicado A.J. ARNAUD sugestivas investigaciones, alguna de ellas por mi parte recogidas y citadas en otros lugares, a donde remito<sup>31</sup>. Investigaciones, por otro lado, perfectamente aplicables a nuestro tema en estudio.

### d. PERSPECTIVA MATEMÁTICO-ESTRUCTURAL.

a') Aproximación genérica a la 'Matemática de los Conjuntos'.

1. Las estructuras.

Básicamente se trata en este apartado del punto de vista o perspectiva de **la estructura contemplada bajo un perfil matemático**, perspectiva en su posible aplicación a nuestro tema del discurso.

2. 'Teoría de los conjuntos' [Descrita con mayor detalle en el texto amplio de este DISCURSO].

b') Aplicabilidad al DERECHO de la 'Teoría de los conjuntos'.

1. Posición de VILLAR PALASÍ.

En orden a esa *posibilidad de aplicación* de la precitada 'Teoría de los conjuntos', hace ya algún tiempo fue adelantado entre nosotros por el profesor J.L. VILLAR PALASÍ partiendo del *presupuesto básico* del concepto de "sistema estructurado" en el Derecho.<sup>32</sup>

Para VILLAR PALASÍ

"Un conjunto puede ser definido de dos maneras. Primera, por el conocimiento individual de cada elemento particular, sea por enumeración, si el conjunto es finito, sea por su correspondencia con conjuntos ya conocidos. Segunda, por la enunciación de propiedades restrictivas características de los elementos genéricos del conjunto, dentro de un conjunto más vasto o más amplio: un conjunto cuyos elementos pueden ser de cualquier naturaleza, pero entre las que puede definirse una o más leyes de cooperación.— De estas ideas se deduce una vez más el concepto de *isomorfía*.—...="33

Partiendo de la regla jurídica y de sus sucesivas inserciones en

conjuntos se llega a la estructura total del ordenamiento jurídico.– Este aparece fundamentalmente escindido en Derecho privado y Derecho público, dominado cada uno de estos **conjuntos** por principios generales de naturaleza diferente y de alcance también distinto. Son *conjuntos heteromorfos*...”<sup>34</sup>

### e. PERSPECTIVA JURÍDICA ‘STRICTO SENSU’

Reflejo de las anteriores premisas va a ser el tomar como *dato fáctico* sobreentendido las configuraciones efectuadas en los apartados precedentes.

Ahora habrá que ahondar en la visión *estrictamente jurídica* acerca de alguna de dichas nociones: en especial, sobre las nociones de *sistema*, *norma jurídica* y *colisiones de normas*.

#### 1) POSICIONES DOCTRINALES.

##### •• NOCIÓN DE SISTEMA.

- *Doctrina española*.

1. Buena parte del incremento de importancia de la idea de “sistema” ha sido producto del valor otorgado al término por la doctrina *comparatista*. Y de allí, la importación producida desde el ámbito *civilista* parece indudable. Ha sido, como dije antes, la obra fundamental del maestro D. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, que aquí no puedo sino exponer brevemente en forma resumida, como sigue:

“1. **Noción del sistema jurídico.**– El conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo constituye lo que se llama un sistema. Un sistema jurídico es, así, el conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad.–”<sup>35</sup>

2. En nuestros tiempos recientes la magistral disección –*enmarcada* dentro de una amplia perspectiva de las “experiencias jurídicas”– efectuada por el profesor L. DÍEZ-PICAZO, argumenta como sigue:

“No sé si, **en términos de una teoría matemática de los conjuntos**, éste que a nosotros nos ocupa es un conjunto finito o infinito, por ser numerables o innumerables sus elementos. Es muy probable que *desde un punto de vista estrictamente lógico* el conjunto sea finito y sus elementos numerables, pero me temo que sea como las arenas del mar.–...= Para la finalidad que ahora perseguimos nos basta constatar la *inabarcabilidad* del ordenamiento jurídico.–”

“[Análisis de las reglas o proposiciones jurídicas dentro del ordenamiento jurídico].–...= La ausencia de un sistema completo

dentro del ordenamiento jurídico se demuestra si, en vez de observar... reglas o proposiciones aisladas, trasladamos el centro de gravedad a las instituciones. Ninguna institución me parece per se deducible respecto de otra u otras. Puede presuponerlas o necesitarlas, pero no desprenderse de ellas como una consecuencia necesaria.—...= Con todo ello, me parece que hay que concluir en favor de una *asistematicidad* del ordenamiento jurídico entendido como *unidad*. Hay grupos de *sistemas* –si se quiere: constelaciones de pequeños sistemas– que unas veces se interrelacionan entre sí y otras no.—...=”<sup>36</sup>

## •• NOCIÓN DE NORMA JURÍDICA

- *Doctrina española.*

• L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN. Una exposición impecable del tema de la norma jurídica es la que nos presenta el profesor DÍEZ-PICAZO en el Capítulo IV de su obra citada, dedicado al *análisis* de las normas jurídicas.

Propone seguidamente DÍEZ-PICAZO una *revisión* del concepto tradicional de la norma jurídica, desde un doble punto de vista: *el primero*, la norma jurídica como formulación de un ‘deber-ser’ (debe ser B); *el segundo*, respecto de la posible conexión o enlace entre las normas que formulan un ‘poder’ y las normas que hablan de un ‘deber’ o de ‘estar obligado’. Como conclusión de su análisis, entiende que el esquema de la norma jurídica no es sólo la formulación de un deber-ser, sino también y al mismo tiempo, un pronunciamiento respecto de la posibilidad y de la justificación de una pretensión. Gráficamente, la fórmula no es sólo el tradicional ‘Si es A debe ser B’, sino también ‘Si es A puede ser exigido B’ o ‘Si es A, la formulación de la pretensión de B está justificada’.

## •• COLISIÓN DE NORMAS.

- *Doctrina española.*

• J.L. VILLAR PALASÍ. Además de las referencias puntuales en tema de “interpretación”<sup>37</sup>, su particularísima visión del conjunto normativo ‘Derecho Administrativo’ y su impecable planteamiento metodológico y sistemático le permiten ir como desde arriba hacia abajo en un orden lógico, argumentando acerca de una serie de *puntos*, en la forma que resumo seguidamente<sup>38</sup>:

- Parte del *binomio* unidad-pluralidad de ordenamientos.

- Analiza las *técnicas de conexión* entre ordenamientos en esta forma:

• Para la conexión *entre ordenamientos* utiliza las técnicas siguientes:



- *Recepción o presuposición* [con los puntos de la compatibilidad –coincidencia– o fricción, y de las remisiones (válvulas de escape, conceptos ‘en blanco’, *standards*)].

- *Reenvío, reconocimiento y equiparación*.

• Para la conexión *entre rama diferentes* de un mismo ordenamiento, utiliza idénticas técnicas precitadas. Prevalente la de la *recepción* (o *presuposición*).

- En su brillante descripción del tema de los “Grupos normativos”, tras el análisis del punto de la ‘fisión’ de las normas en Derecho Administrativo y de la consiguiente tarea de reunión de los elementos fisionados en el grupo normativo correspondiente, plantea el tema específico de las posibles *inter-relaciones* entre los componentes de un grupo normativo determinado.

## 2) MI POSICIÓN.

En este conjunto de entremezclados conceptos y cuestiones, que he ido exponiendo con cierta ilusión de claridad, no puedo dejar atrás algunas *ideas mías* precedentes de años pasados en ocasiones de cierto relieve<sup>39</sup> y que parece conservan cierta actualidad. Ideas que reproduzco aquí *mutatis mutandis* en el sentido que sigue.

•• CONFIGURACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA [GENÉRICAMENTE CONSIDERADA]:

La estructura lógico-jurídica de la norma, conforme a la exposición de K. LARENZ, vendría a ser “**Si es S, debe ser P**” [“Si p, entonces q, más p. Por tanto, q”, en la terminología de G. KALINOWSKI: gráficamente, “ $p > q$ ”], correspondiendo **S** al supuesto de hecho y **P** a la consecuencia jurídica. Esta configuración derivada de la ‘lógica jurídica’ nos va a permitir más tarde la correcta ubicación de la norma *sistemáticamente* en un ordenamiento jurídico concreto.

Cabe la posibilidad –ciertamente frecuente– de que *en la proposición jurídica básica* –y más en concreto, *en el supuesto de hecho contemplado*– se inserten una serie de *variables* en función de las coordenadas de tiempo (le denominé ‘factor K’) y de espacio (posible ‘factor E’). Variables denominadas “functores” por los especialistas y cuyas exposición sería muy amplia. Baste considerar la incidencia habitual –máxime en el ámbito *sucesorio*– de posibles factores *subjetivos* (cónyuge, legitimarios, herederos, acreedores), objetivos (actos previos: donaciones, disposición o no ‘mortis causa’, régimen matrimonial, cambios de residencia...) y lógico-formales o *normativos* (normas interestatales, normas intraestatales).

Por consiguiente, muy probablemente la *alteración* de los elementos

integrantes del supuesto de hecho originariamente contemplado lo que va a conducir es a una *superposición o concurrencia de valoraciones o estimativas*. O, de otro modo, se planteará el tema primordial de *cuál sea el valor que deba considerarse preferente o prioritario*.

## •• CONFIGURACIÓN LÓGICO-JURÍDICA DE LOS SUPUESTOS DE COLISIÓN/CONCURRENCIA DE NORMAS:

La estructura lógico-jurídica de la proposición jurídica básica, en uno y otro supuestos, podría ser de este modo, a mi parecer:

- COLISIÓN: “Si es  $S_1 \wedge S_2$ , debe ser P”, [ $\neg p/q$ ’, según KALINOWSKI] [ $S \wedge P$ : intersección de conjuntos, o conjuntos disjuntos, según se expone en la versión amplia de este DISCURSO].

Podría diferenciarse *en el supuesto de hecho*, de modo que la enucleación del mismo comprendiera el dato fáctico de que las normas contradictorias fueren ‘**inter-estatales**’ o ‘**intra-estatales**’. La *consecuencia jurídica*, por consiguiente, variaría también.

- CONCURRENCIA: “Si es  $S_1 \vee S_2$  debe ser P” [ $p \bullet q$ ’, según KALINOWSKI] [ $S \vee P$ : unión de conjuntos, según se expone en el texto amplio del DISCURSO].

Aparentemente, en pura lógica jurídica podrían ser de aplicación idénticas consideraciones que las efectuadas en orden al punto de la COLISIÓN. Lo que ocurre, sin embargo, es que, por principio, en el tema de CONCURRENCIA lo que suele producirse es una superposición de **normas intraestatales**.

Parece, a mi juicio, de evidente aplicación el uso de los criterios en orden a las nociones de contenido indeterminado y variable anteriormente aludidas.

## III.- LA TÉCNICA DE LA COMPARACIÓN.-

### 1. LA TÉCNICA DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA, EN ESPECIAL.

#### · Generalidades.

Intencionadamente propone CARBONNIER que nada mejor, ni más primitivo, que situar los objetos costado a costado para descubrir las

diferencias. Sin embargo, añade, el proceso de comparación de variabilidades requiere que el intérprete se sitúe sucesivamente en los dos planos —*el tiempo y el espacio*— en los que son concebibles las posibles variaciones. Ello le lleva a la contraposición, típicamente del análisis estructural, de las vías de la *diacronía* y de la *sincronía*.<sup>40</sup>

Reflejó en su día Josef ESSER *la importancia* del Derecho comparado en la elaboración de los Principios Jurídicos Generales, así como la similar *importancia futura* de los Principios Jurídicos Generales como base de la comparación *funcional* de las instituciones de derecho privado<sup>41</sup>.

La *tarea de iniciación* a los estudios del Derecho Comparado en España fue debida —como en tantos otros sectores o campos de investigación en nuestro Derecho— a la labor divulgadora del magisterio del profesor J. CASTÁN TOBEÑAS<sup>42</sup>. Entendía el ilustre maestro que

“... Razones de orden interno dan, en nuestra Patria, relevante interés a la comparación jurídica en la esfera del Derecho Civil. La circunstancia de la coexistencia en España de diversas legislaciones”<sup>43</sup>...=...

[*En este momento —con la licencia del Excmo. Sr. Presidente— procedo a un excursus en este discurso, excursus justificado, por lo que seguidamente se dirá.*

*En estos tiempos convulsos, de ideas encontradas y de extrañas actitudes, a mi parecer carentes de base, está circulando la falsa idea de que a D. José Castán Tobeñas no se le puede calificar de “maestro”.*

- Anécdotas escritas: *La de mayor relieve, caracterizadora de la modestia y la bondad del maestro, la contaba en su día J.M<sup>a</sup> CHICO ORTIZ: “... alguien preguntó a CASTÁN porqué no había sido Notario o Registrador, y él contestó ‘porque no me sé el Castán’”.*

- Anécdotas orales: *circulan muchas por mi Valencia natal, aunque irán desapareciendo a medida que fallezcan quienes las protagonizaron. En este lugar presento una **escuchada por mí** durante los ‘Cursos de Doctorado’ de principios del año 1966. Con motivo de apuntarnos a tales ‘Cursos’ unos cuantos notarios recién ingresados en la Corporación, aconteció que nuestros preparadores notarios de Valencia —todos ellos, primeras figuras en el ámbito jurídico-privado— también hicieran tales ‘Cursos’. El Profesorado, de inmejorable recuerdo [V. FAIRÉN GUILLÉN, E. BORRAJO DACRUZ, M. BROSETA PONT (†), L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, A. MIAJA DE LA MUELA, J.M<sup>a</sup> OTS Y CAPDEQUÍ] tenía ante sí a la ‘plana mayor’ del notariado valenciano [MONET ANTÓN, SAPENA TOMÁS, AZPITARTE CAMY, FRAGUAS MASSIP, IRURZUN GOIGOA, etc. etc.] y a los despistados ‘nuevos’ Notarios. Precisamente uno de dichos célebres Catedrá -*

*ticos de enorme prestigio –Don Adolfo Miaja de la Muela– estaba tremendamente feliz en su discurso inicial, por la razón fundamental de que “Todos Ustedes se saben el Castán” –sic– y ello me facilitará la Tarea Doctoral. Entonces, con un cierto apasionamiento, explicó que –con su reingreso en la Universidad, por la Cátedra en Valladolid de “Derecho Internacional Público y Privado”– tuvo la visita de un maestro suyo italiano, al que hubo que atender y corresponder. No había tenido tiempo de preparar la lección del día siguiente –correspondía al sistema del derecho internacional privado español–, de modo que –decía– “tuve que madrugar y apresuradamente tomé el volumen 1º del CASTÁN”. Después de la exposición magistral, –a la que asistió el profesor italiano invitado–, éste le abrazó con entusiasmo diciéndole era un magnífico y insuperable maestro. Resumió Don Adolfo todo ello ante todos nosotros con una modestia ejemplar: “¡yo tan sólo había explicado el Castán!”.*

- Vías expositivas de la articulación comparativa.

#### A) EN DIACRONÍA.

- J. CASTÁN TOBEÑAS.

Acepto en este lugar como *base o punto de partida* de mi enfoque que subsigue algunas de las propuestas del profesor J. CASTÁN TOBEÑAS<sup>44</sup>.

Respecto del Derecho Comparado **como método**, y en cuanto a la *disyuntiva* entre la unificación y la armonización jurídica como *finalidad* del mismo, CASTÁN considera que la unificación legislativa es, por una parte ineficaz y víctima de su fracaso histórico [“la unificación es una tela de Penélope que los juristas tejen de día y los pueblos destejen de noche”, nos dice], y, por otra parte, entraña en sí misma una contradicción esencial. Por lo tanto, considera CASTÁN preferible pensar en fórmulas atenuadas de *aproximación* para así lograr la *armonización* [jurídica] necesaria para atender a los fines prácticos que impongan los comunes intereses de los pueblos.

El esquema práctico de *aproximación jurídica* propuesto por CASTÁN en su día comprende las *fases* siguientes<sup>45</sup>:

- 1ª Fase preliminar o de exploración [posibilidad, forma].
- 2ª Fase de redacción [formulación de proyectos].
- 3ª Fase de la acción [redacción de normas uniformes].

#### • CONTINUADORES

- A. DE FUENMAYOR<sup>46</sup>.

- J.B. VALLET DE GOYTISOLO:

- En su *Conferencia Inaugural* de las *Jornadas* dedicadas al “XXV Aniversario del Fuero Nuevo” celebradas en Pamplona (23-27 Febrero de 1998),

el querido amigo y maestro centró su intervención en una visión panorámica –comparatista, por tanto– de los Derechos Forales titulada “Principios básicos del Derecho Foral”<sup>47</sup>.

- J.L. LACRUZ BERDEJO y F.A. SANCHO REBULLIDA:

La extraordinaria labor docente y académica de uno y otro –lamentablemente, prematuramente desaparecidos– había fructificado en su espléndida obra de conjunto sobre el *Derecho de Sucesiones*, en especial desde la edición **de 1973**, en la cual el tratamiento de las instituciones sucesorias y de los sectores normativos pertinentes se efectuaba con una presentación *sincrónica* de cada uno de los ordenamientos civiles hispánicos<sup>48</sup>.

- J.M<sup>a</sup> CASTÁN VÁZQUEZ:

Es proverbial la admiración filial por la obra ingente de su padre. También es proverbial su dedicación entusiasta a la aplicación práctica de las técnicas *comparativas* en todos los ámbitos, muy en especial respecto de los códigos y legislaciones hispanoamericanas. Como muestra, su espléndido *Discurso de Ingreso* en la R.A.J.L., con el modesto pero muy sugestivo título de “La influencia de la literatura jurídica española en las Codificaciones americanas”.

- El número de autores civilistas españoles que en algún momento han utilizado el método o las técnicas habituales de comparación jurídica va siendo ya ciertamente numeroso. Predominan más en este apartado los nombres de especialistas foralistas, lo que no puede resultar nada extraño.

## B) EN SINCRONÍA.

- *Perspectiva desde el punto de vista externo.*

Tomo como referencia y punto de partida la exposición de un especialista español que ha abordado estas cuestiones con solvencia y brillantez: Sixto SÁNCHEZ LORENZO.

- S. SÁNCHEZ LORENZO.

Tema éste tratado por S. SÁNCHEZ LORENZO bajo la referencia *global* de un posible “Derecho Privado Europeo”, en la que analiza los numerosos *interrogantes* [algunos generales, otros únicos] suscitados al intérprete, tales como:

“¿Existe un Derecho privado europeo?

¿Existen unos principios jurídicos comunes o un pensamiento jurídico común?

¿Es posible y deseable semejante unificación?

¿Tiene la Comunidad Europea competencia para elaborar un sistema de Derecho Privado europeo?

¿Qué técnicas son más aconsejables para alcanzar tal objetivo?

¿Cuál debe ser su ámbito nacional?<sup>49</sup>

Resume el profesor S. SÁNCHEZ LORENZO su exposición con algunas **ideas** en torno a los conceptos de *globalización jurídica* y *totalitarismo* cultural, y añade algunas *alternativas* basadas en el principio de la proporcionalidad [en especial, la posibilidad de otras vías colaterales más realistas sobre la base de un “*multi-track approach*”, y de técnicas de “*soft law*” que promocionan la unificación progresiva sin forzarla].

Al finalizar su reflexión el profesor aludido incide en **un tema esencial** en mi planteamiento de fondo: el de la conveniencia de la ‘desnacionalización’ de la ciencia jurídica **haciendo del Derecho comparado una disciplina central** de las enseñanzas jurídicas en las Facultades de Derecho europeas. En tal sentido, añade, sólo del estudio del Derecho comparado en las Universidades podrá nacer un Derecho común genuinamente cultural.

- *Perspectiva sincrónica desde el punto de vista interno.*

- En general.

De indispensable referencia la obra de los autores siguientes: O. HIERNEIS, X. O’CALLAGHAN MUÑOZ, J.I. FERNÁNDEZ DOMINGO.

## MI POSICIÓN.

Aún a riesgo de ser considerado como reiterativo, quiero dejar expresa constancia de cómo he abordado esta temática con cierto detenimiento y relieve, tanto en el plano ‘horizontal’ como en el ‘vertical’<sup>50</sup>. Por supuesto, todo ello desde un planteamiento básico centrado en el *tema* de la codificación civil española, que es otro tema que el de este discurso, y al que parece debo remitir en este lugar.

## 3. LA ESTRUCTURA DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA.

### 3.1. Posiciones doctrinales.

- *Análisis de tipo genérico.*

- J. CASTÁN TOBEÑAS. Parte el maestro en su conocida obra –fundamental–<sup>51</sup> de que el método comparativo siempre existirá como un matiz del método jurídico en general, pero revistiendo una especial fisonomía.

En cuanto a los *criterios* aplicables en la investigación, considera CASTÁN como convenientes los siguientes: 1º) el punto de vista sociológico-histórico; 2º) el conocimiento de las normas jurídicas; 3º) el de la crítica de la eficacia de las normas jurídicas, unida al criterio de su aplicación social; 4º) el examen de la jurisprudencia de los tribunales (como verdadero órgano de Derecho vivo); 5º) el teleológico o finalista, en orden al examen del conjunto analizado; 6º) el uso de la sistemática y los conceptos del propio Derecho nacional [cita a SARFATTI: “es una exigencia metodológica seguir el camino de lo conocido hacia lo ignorado”].

- A. DE FUENMAYOR. plantea con finura de análisis el tema que denomina “El contraste de las instituciones”, y tal sentido afirma que:

“Pero la tarea, que incluye como indispensable el examen de las normas, no puede detenerse en esta primera y primaria operación. Para que responda a las exigencias de una interpretación profunda, ha de realizar otras dos operaciones: organizar las normas de cada ordenamiento en esas series o conjuntos que los juristas denominan instituciones; y realizar la integración sistemática de estas instituciones, para mostrar su interna articulación en el respectivo ordenamiento. Se trata –por decirlo con otras palabras– de investigar las instituciones y de dibujar las estructuras peculiares de cada uno de los ordenamientos. Sólo después podrá acometerse la verdadera interpretación comparativa.”<sup>52</sup>

### **3.2. Las técnicas posibles de articulación de la comparación jurídica.**

La obvia consideración ya apuntada de T. ASCARELLI de que el presupuesto básico de toda comparación jurídica es la **interpretación** [y, dado que toda interpretación comparativa es fundamentalmente *sistemática*], lleva, a lo que parece, a la evidente conclusión de que *el objeto posible de todo análisis comparativo* viene a ser excesivamente desmesurado y amplio.

En consecuencia, parece, a mi entender, completamente lógico que deba procederse aquí –**dentro del conjunto “derecho privado”**– a la *reducción del análisis* acerca de la materia específica que es objeto del **“derecho sucesorio”**.

### **3.3. El análisis específico de tipo *objetivo* (adecuado a la materia).**

En función de *la materia específica* a la que voluntariamente he reducido mi exposición y análisis –sobre todo, el que subsigue en orden a la **vertiente dinámica**–, parece que de la multiplicidad de técnicas posibles

y apropiadas de comparación jurídica respecto del derecho sucesorio pueden ser aquí de especial relevancia las referidas a los puntos de vista subjetivo, objetivo, formal, causal y procesal [con mayor detalle, en la versión amplia de este DISCURSO].

### 3.4. Diferenciaciones conceptuales.

Recogí en su día en una PONENCIA al Congreso Vasco de 1991 algunas de las relaciones entre sistemas, relaciones inter-normativas, relaciones entre elementos o principios y relaciones entre instituciones. En este lugar parece conveniente reiterar esa diferenciación *previa* a toda labor comparatista y remitir, en consecuencia, a lo entonces dicho y a las citas oportunas.<sup>53</sup>

#### A. COMPARACIÓN ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS.

En cuanto a los *sistemas extraestatales* [o, también, *inter-estatales*], parece que las contraposiciones o temas a comparar pueden ser éstas:

- Sistemas europeos *versus* sistemas extra-europeos.
- Sistemas continentales europeos *versus* sistemas no codificados (o del “common law”).
- Sistemas de la familia del CODE Napoleón *versus* sistemas del grupo germánico (B.G.B. *et alii*).
- Sistemas de inspiración romana *versus* sistemas de origen germánico.

En cuanto a los *sistemas intraestatales*, zona de inseguridad e indeterminación, la contraposición es mucho más amplia ya que hay numerosos criterios distintivos –unos implícitos, otros explícitos–, en los que por el momento no cabe entrar.

#### B. COMPARACIÓN ENTRE PRINCIPIOS.

1. En el específico *ámbito sucesorio* no cabe olvidar el magisterio de R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE que, en su brillante descripción “institucional” del Código Civil, había ido perfilando las contraposiciones ‘derecho romano-derecho germánico’<sup>54</sup>.

2. J. CASTÁN TOBEÑAS. El ilustre maestro de juristas abordó de forma insuperable el tema de *la crisis conceptual del derecho de sucesiones* en un importante trabajo, que aquí solamente cabe apuntar y, en su caso, remitir a sus reflexiones<sup>55</sup>.

3. J.L. LACRUZ BERDEJO y F.A. SANCHO REBULLIDA [de referencia obligada en su obra ya aludida].

4. J.B. VALLET DE GOYTISOLO. En este lugar, aparte de reiterar una



vez más la perfecta disección que VALLET efectúa de los *principios generales* del derecho sucesorio romano, quiero aludir a su elaboración dogmática en torno a los que denomina “**principios básicos**” del **derecho foral**, que anteriormente he referido.

## C. COMPARACIÓN ENTRE INSTITUCIONES.

### 1. POSICIONES DOCTRINALES.

1.1. La compleja y dificultosa tarea comparativa ha sido abordada con énfasis, entusiasmo y éxito por todos los civilistas especialistas en los antiguos ‘derechos forales’ en los respectivos “comentarios” doctrinales a las instituciones peculiares de cada territorio con derecho civil propio.<sup>56</sup>

1.2. L. DÍEZ-PICAZO. Considera que la atribución de ‘sentido’ o de ‘significado’ a los distintos *conceptos jurídicos*, a las *normas jurídicas* –y, en suma, a las *instituciones*– es una función de intermediación que aparece como obra del **intérprete del derecho**. Ha podido así resaltar que “la interpretación opera sobre la realidad, sobre los fenómenos, sobre los sucesos, sobre las sensaciones y sobre una comunicación significativa ya producida”<sup>57</sup>. Para DÍEZ-PICAZO, en suma, “*la interpretación, concebida como operación total de búsqueda del Derecho*, es una operación que *no se produce sólo* en el terreno de la decisión de los casos concretos, la interpretación *es una actividad de perfiles mucho más amplios*.—...= **Una actividad interpretativa se lleva a cabo, también, en la tarea de investigación teórica del Derecho...**”.<sup>58</sup>

### 1.3. Mi posición.

De esta manera, dejando *aparte* el punto relativo a la “combinación” de instituciones, el punto alusivo a la *taxonomía* de instituciones no ofrece ningún problema [A su vez, relacionado con las ideas de la “matemática de los conjuntos” previamente aludidas, aparecerá este punto gráficamente consignado en los ANEXOS en la versión amplia del mismo].

### 2. TAXONOMÍA DE LAS INSTITUCIONES SUCESORIAS.

En consecuencia, parece lógico proceder a esa específica *catalogación* de las instituciones sucesorias, al pretendido objeto de su subsiguiente comparación inter-normativa, en la forma que sigue:

- Sucesión testamentaria.
- Fiducia sucesoria.
- Pactos sucesorios.
- Atribuciones legitimarias.
- Sustituciones hereditarias.

- Sucesión intestada.

[Un tercero y último grupo de problemas, ya aludido, es el que sigue]

## IV.- LA INCIDENCIA DE LOS FENÓMENOS INTERNORMATIVOS EN EL ÁMBITO SUCESORIO.-

### 1. LA DINÁMICA DE LOS FENÓMENOS INTERNORMATIVOS EN EL ÁMBITO SUCESORIO.

**1.1. Reflejando todo ello en el peculiarísimo y complejo campo de nuestro DERECHO SUCESORIO, habrá que tomar como *datos previos* a considerar:**

- *En orden al ANÁLISIS.*

La abundancia de *perspectivas* de examen aplicables a tales supuestos internormativos, de la que cabe resaltar *la estrictamente jurídica* y su traducción en el lenguaje deóntico en la forma ya usual desde K. LARENZ de la “proposición jurídica normativa”, con el posible añadido de las variables [‘functores’] en orden a la aplicación de la proposición básica primordial (“Si es S, debe ser P”).

- *En orden a la COMPARACIÓN.*

1) La influencia decisiva de la doctrina comparatista y, en especial, del profesor J. CASTÁN TOBEÑAS.

2) La variabilidad de *perspectivas* asumibles en la aplicación al DERECHO SUCESORIO, que no agotan los posibles puntos de vista acerca de otros enfoques de nuestro tema.

3) Entre otras posibles *maneras de abordar* el análisis comparativo en la dinámica del Derecho Sucesorio, cabría apuntar las siguientes:

- *Punto de vista estructuralista puro* [A.J. ARNAUD].

- *Punto de vista sistemático* [ASCARELLI, RAVÀ].

- *Punto de vista axiológico*. Esta tarea aludida por RECASENS SICHES la describe perfectamente L. DÍEZ-PICAZO al decir que:

“... para que exista una genuina norma jurídica y para que la norma quede efectivamente implantada como tal, es menester algo más que el deseo, la voluntad o el interés de un grupo social. Es menester algo más que una prescripción o, si se quiere, que un mandato... es preciso que tras ella o bajo ella exista algo más. Y es este algo más lo que la legitima y lo que le da valor. El valor normativo de los textos legales, de las costumbres, de los edictos o de los precedentes, no se encuentra en ellos mismos, sino que es menester que exista **una instancia superior**, que, en definitiva, los legitima: es **una ‘instancia de legitimación’**”.

Por todo ello puede afirmar que “**la razón de validez** del orden jurídico se encuentra en el conjunto de creencias, de las estimativas y de las convicciones del grupo social: las normas que responden a ellas son **legítimas**, pues su legitimidad deriva en definitiva del *consensus*...”<sup>59</sup>

De entre todo ese conjunto de criterios, preferencias, estimativas, creencias... o como llamarse quiera por cada cual, parece –a mi juicio– que deberá primar en todo caso *el valor primordial* del respeto a la dignidad humana [constitucionalmente protegido] y de la instancia última o valor de *la justicia*.

## 2. APLICACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES Y CAMPO DE ANÁLISIS.

En consecuencia, la obvia aplicación de todo este conjunto de “reglas generales” (o previas) al campo de análisis –aquí reducido al DERECHO SUCESORIO– va a suponer que se tenga en cuenta el planteamiento *gené-rico* relativo a las técnicas, principios e instituciones del Derecho Sucesorio –aquí, el español– y, además, el posicionamiento *específico* de cada intérprete/jurista práctico ante el concreto tema ante el mismo debatido.

## 3. LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO CONFLICTUAL EN EL DERECHO SUCESORIO.-

Basado el **Derecho-Sucesorio** en una previa masa o conglomerado de relaciones intersubjetivas jurídicas de todo tipo [reales, obligacionales, familiares...] que inciden en la especificidad de la conexión causal ‘causante (*de cuius*) - heredero/herederos’, puede bien considerarse cómo *los conflictos internormativos* aparecen muy resaltados en este especialísimo ámbito sucesorio.

## **a) CONCEPTOS PREVIOS APLICABLES.**

En páginas precedentes había presentado algunos *conceptos* o *términos* que ya pre-calificaba de contenido ‘variable’ o ‘indeterminado’, conceptos que en este lugar y ámbito sucesorio me limito a recordar por la frecuencia de su aparición, v. gr.:

- Causante extranjero:
  - ¿quid en orden a su nacionalidad?
  - ¿quid en orden a la residencia?
- Noción de domicilio:
  - ¿quid en orden a uno/varios cambios?
- Noción de vecindad civil:
  - ¿quid en orden a uno/varios cambios?
- Estatuto sucesorio:
  - ¿quid en orden a la legislación extranjera?
  - ¿quid en orden a la determinación, accesibilidad y prueba de la misma?
- Disposición ‘mortis causa’:
  - ¿quid respecto a su determinación y contenido?
  - ¿quid caso de inexistencia?
- Atribuciones ‘ex lege’ [‘legítimas’]:
  - ¿quid en orden a su existencia y prueba?
  - ¿quid caso de inexistencia?
- Derechos viduales:
  - ¿quid en orden a la coordinación con el resto de disposiciones sucesorias?
- Régimen económico-matrimonial:
  - ¿quid en orden a su determinación, subsistencia y conexión con el estatuto sucesorio?
- Sucesión intestada:
  - ¿quid en orden a la determinación, prueba y alcance?

Etc. etc.

Incidiendo sobre toda esta serie de ideas predomina la reflexión de que

la *determinación* del derecho aplicable a las relaciones privadas **internacionales** –lo que técnicamente designan los internacionalistas “conflictos de leyes”– contiene en *su núcleo esencial* [DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO] una noción de contenido variable<sup>60</sup>.

### b) TÉCNICAS DE APLICACIÓN POSIBLES.

Una vez más, habrá que proceder a la distinción en dos grupos de *técnicas*: unas, de contraposición o contradicción [*heteromorfias*]; otras, de concurrencia o coincidencia [*homomorfias, simétricas*].

A las técnicas *heteromorfias* se refieren quienes quieren establecer una diferenciación enérgica entre los llamados **conflictos externos** [materia propia del DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO] y los **conflictos internos** [materia propia del DERECHO INTERREGIONAL]. Las reglas propias de los conflictos ‘externos’ se caracterizan, dicen, por su exactitud y su concreción y conocimiento general y universal. En el fondo su contenido provendría de las viejas doctrinas medievales de los “estatuta” con la adición de los modernos sistemas de los TRATADOS entre los Estados.

Respecto de los **conflictos ‘internos’**, el contenido de sus reglas vendría configurado por una absoluta indeterminación, dado el anclaje del sistema en el criterio del estatuto *personal* (la vecindad civil o regionalidad)<sup>61</sup>. A la indeterminación del sistema se une, además, el dato fáctico evidente de los frecuentes *cambios* de vecindad, lo que contribuye a la creación de otro “conflicto móvil” más.

A las técnicas anteriores cabría contraponer las técnicas de la *simetría*, que permiten al intérprete aprovechar el conocimiento de otras técnicas y su posterior aplicación *por partes o sectores* –“dépeçage”, “morcellement”– en determinados supuestos fácticos [v. gr. uniones de hecho].

### c) MULTIPLICIDAD DE SUPUESTOS PREVISIBLES.

El *dato fáctico* obvio de la variabilidad, multiplicidad y especificidad de los supuestos sucesorios que pueden presentarse en cualquiera de nuestros despachos, me exime de ulteriores precisiones.

Obviamente, a mi juicio, habrá que traer aquí aquellas consideraciones precedentes en orden a las *variables* [“functores”] que pueden incidir –modificándola, variando su resultado, etc.– sobre la “proposición jurídica principal”. De entre tales “*functores*” de aplicación, remito a los que siguen:

- Norma de colisión.<sup>62</sup>
- Norma material.

- Calificación [cuestión previa].
  - Domicilio.
  - Vecindad civil.<sup>63</sup>
  - Estatuto sucesorio.
  - Disposición ‘mortis causa’.
- Etc. etc.

#### 4. TIPOLOGÍA DE SUPUESTOS FÁCTICOS.

Procedo a la distinción de los posibles **conflictos** entre los de **orden externo** y los de **orden interno**.

A. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO [Conflictos Internacionales (**conflictos externos**)].

La vigente normativa española procede de la reforma del C.c. operada por la Ley 11/1990 de 15 de octubre (BOE de 18 de Octubre), en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. El texto aplicable vigente es el del **Artículo 9.8**: remitiendo en este lugar a los autorizados comentarios de la doctrina especializada, en especial la de A.L. CALVO CARAVACA.<sup>64</sup>

B. DERECHO INTER-REGIONAL [Conflictos Inter-regionales (**conflictos internos**)].

1. Es conveniente, en cuanto a la *incidencia* de la vecindad civil o regionalidad respecto del ámbito del DERECHO DE SUCESIONES, una re-lectura de lo que he desarrollado en mi obra de comentarios a la Compilación de Baleares de 1.990 y en dicho lugar las observaciones de los profesores R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y C. LASARTE ÁLVAREZ<sup>65</sup>.

2. En el sentir de la doctrina especializada, debe aquí aludirse a las interesantes exposiciones de A.L. CALVO CARAVACA y M.E. ZABALO ESCUDERO, en sus Comentarios respectivos a los **Arts. 9.8 y 16.1 C.c.**<sup>66</sup>.

#### 5. POSICIÓN PERSONAL (RECAPITULATORIA).

- Un posible resumen acerca de la problemática conflictual en el ámbito sucesorio ofrece *perspectivas* de conjunto y de detalle [que he desarrollado ampliamente en el texto extenso de este discurso].

- *Recapitulando*, las posibles *combinaciones*, cabría apuntar una *distinción previa*, en función de que en el momento de fallecer el causante o bien éste tuviere su último domicilio en las **Baleares** o bien el fallecimiento

ocurriere en otro lugar, con aplicación en todo caso de la norma **material** respectiva [esto es, *su ley nacional* pertinente]:

•• **Causante con último domicilio en las Baleares.**

- *Extranjero*:

- *No residente*. Existencia de múltiples sistemas sucesorios. El problema posible es el de las legítimas [de haberlas, en su legislación nacional].

- *Residente*. Si la residencia fuere durante más de diez años, parece habría que reputarlo como “aforado” en las **Baleares**. Caso de existir legítimas en su ley nacional, parece podría darse un problema de *reenvío* [v., con todo, el Art. 12.5 C.c., y los comentarios al mismo]. Tema abierto y discutible.

- *Nacional sujeto al “Derecho Común” (C.c.)*:

- *No residente*. Aplicable el C.c., esto es, **el TÍTULO III (DE LAS SUCESIONES)** del LIBRO III: Arts.657 al 1087 C.c.

- *Residente*. Parece de aplicación lo dicho arriba respecto de los causantes extranjeros residentes, *mutantis mutandis*.

- *Nacional sujeto a una regionalidad (vecindad civil) foral*:

- *No residente*. Aplicable el sistema sucesorio respectivo, conforme a lo expuesto arriba.

[Procede, en mi opinión, la remisión al cuadro inter-normativo que incorporo como ANEXO al presente comentario en el texto amplio escrito de este discurso].

- *Residente*. Parece aplicable lo dicho más arriba respecto de los causantes extranjeros residentes. Lo que ocurre –sobre todo, en tema de *legítimas*–, es que de la aplicación combinada de los Arts. 9.8 y 16.1-regla 2ª C.c. se deduce la *exclusión* (o no procedencia) del “reenvío” en el denominado **ámbito interno**.

La cuestión es si además, en tales supuestos, cabría considerar como *norma de conexión subsidiaria* la residencia habitual [arg. art. 9.10 C.c.].

•• **Causante con último domicilio fuera de las Baleares** [con la *presuposición* de que en el patrimonio relicto figuren bienes raíces o inmuebles sitos en las Baleares].

Una normativa específica para la “condición foral” del causante, que predetermina la aplicación de la correspondiente normativa sucesoria

[foral/autonómica], solamente existe en el territorio de NAVARRA [LEY 148 Fuero Nuevo de 1973] pero no en los restantes ordenamientos sucesorios hispánicos<sup>67</sup>.

En el *específico* supuesto de hecho aquí contemplado, de la conexión de la norma del Art. 9.8 C.c. con los posibles *momentos* del otorgamiento de un acto *mortis causa* [testamento, pacto sucesorio] por el causante o del fallecimiento de éste, resultan las siguientes *combinaciones fácticas*<sup>68</sup> **[en este momento, y por la dificultad de los términos técnicos que utilizo, ruego al auditorio me disculpen si hay dificultad en el seguimiento de la exposición]:**

- OTORGANTE “A”, FALLECIDO “A”.

· *Como otorgante*. Aplicable el Art. 9.8-inciso 2º C.c., esto es: la ley personal y la *lex contractus* [con la salvedad de las legítimas].

· *Como causante*. Aplicable el Art. 9.8 C.c., en conexión con el Art. 10.5 C.c.: la ley personal [con idéntica salvedad respecto de las legítimas].

- NO OTORGANTE “A”, FALLECIDO “A”.

· La norma *material* de su regionalidad corresponde a la ley personal [Art. 9.8.inciso 1º].

- OTORGANTE “A”, FALLECIDO “NO A”.

· *Como otorgante*. Dada su regionalidad en el momento del otorgamiento, aplicable su ley personal [Art. 9.8. inciso 2º C.c.].

- *Como causante*. Tiene la vecindad civil “común”: se aplica el Art. 9.8-inciso 2º C.c.

- OTORGANTE “NO A”, FALLECIDO “A”.

· *Como otorgante*. Su vecindad puede ser: o bien vecindad civil “común”, o bien de otra vecindad foral. En uno y otro caso, aplicable el Art. 9.8. inciso 2º C.c.

· *Como causante*. Su vecindad civil foral implica la aplicación de su ley personal [Art. 9.8. inciso 1º C.c.].

- OTORGANTE “NO A”, FALLECIDO “NO A”.

· *Con vecindad civil “común”*. Aplicable la norma del Art. 9.8-inciso 2º C.c., respecto de la validez, la forma y el contenido del acto *mortis causa*.

· *Con vecindad civil “foral” diferente*. Aplicable la norma del



Art. 9.8-inciso 2º *in fine* C.c., respecto de las legítimas. Plantea la doctrina si caben otras posibles *limitaciones* a la facultad de disponer *mortis causa*, existentes en varios sistemas u ordenamientos civiles “forales”/autonómicos, v. gr.: troncalidad vizcaína, viudedad aragonesa, cuarta vidual, cuartas falcidias y trebeliánica, etc.

## **6. INTERPRETACIÓN EN ORDEN A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS.-**

- MI POSICIÓN.

Intentando aquí un resumen de conjunto, quedaría:

· Para las instituciones sucesorias que implican una declaración de voluntad *mortis causa testamentaria* o *cuasi-testamentaria*: el criterio interpretativo básico es la norma contenida en el Art. 675 C.c.

· Para las instituciones sucesorias que evidencian un acuerdo de voluntades de contenido sucesorio, esto es, un contrato *inter vivos*: el criterio interpretativo básico es el conjunto de principios derivados de los Arts. 1281 a 1289 C.c. en materia de interpretación de los contratos.

[Finalizo ahora con una prometida conclusión, esto es]

## **V.- PALABRAS FINALES.-**

### **1. Argumentos recapitulatorios.**

1.1. Hay que recordar una vez más a CASTÁN TOBEÑAS y su observación precisa de la *comunicabilidad* del Derecho y de la “coincidencia natural” de las distintas legislaciones.

Más complicado resulta hoy en día perfilar ideas en torno a la **dicotomía** apuntada por CASTÁN TOBEÑAS [unificación/armonización], tanto en el caso de los conflictos ‘interregionales’ [inexistencia de una LEY ESTATAL sobre el particular] como en el caso de los conflictos ‘interestatales’ [como ha analizado S. SÁNCHEZ LORENZO, respecto de la UNIÓN EUROPEA].

1.2. A los argumentos precedentes finales hay que unir la referencia en tema de *interpretación jurídica*, a donde concluyen las observaciones tan

distintas de un J. ESSER, ASCARELLI, RAVÀ, FUENMAYOR, SAINZ MORENO y L. DÍEZ PICAZO. En definitiva cabría traducir la labor del interprete jurídico a **la idea simbólica aludida** de trinchar el pescado culinariamente separando las espinas, la cabeza, etc.

1.3. Intencionadamente he dejado para el final el argumento tremendamente *descriptivo* de una especialista en ‘Derecho Comparado’, que pone el acento y énfasis en la actividad renovadora de estas técnicas de la comparación jurídica en el desenvolvimiento moderno de todo Derecho, a saber: el Derecho Comparado tiene y debe tener *una función subversiva* de la realidad.<sup>69</sup>

## 2. Retorno al principio.

Mas la memoria suele ser *circular*, y siempre vuelve a los principios, esto es, en nuestro discurso, a las palabras preliminares precedentes.

Una vez allí dejé dicho *cómo había pensado este tema* en función de los buenos ‘hombres prácticos’ ante los difíciles problemas de hoy en día, *cómo se intentaba por mi parte* desde mi inexperiencia en el tema y desde mi atrevida ignorancia la presentación de algunos criterios seguros o probables de cierta incidencia en cuanto a la ‘predecibilidad’ de los casos litigiosos...

Parece, por tanto, posible afirmar una doble evidencia: una, que quizás no he logrado *lo que al principio me proponía* (esto es, dejar perfectamente acabado el presente discurso)[pero ya decía el *proverbio chino* “quien lo sabe todo, es que está mal informado”]; otra, que tan sólo me he limitado –como dijera SHAKESPEARE por boca del Rey LEAR– a “mostrar las diferencias”.

Reflejaba también al principio aquella proposición famosa de L. WITTGENSTEIN, y en este momento también finalizar mi intervención aludiendo al famoso filósofo y a su célebre “Conferencia sobre la Ética”, en la cual planteaba una extraña metáfora acerca de la historia de MOISÉS y de las TABLAS DE LA LEY<sup>70</sup>. El sentido último del *libro imaginado* por WITTGENSTEIN, libro que se hace polvo al entrar en contacto con la cruda realidad, es la prueba evidente de que ninguno de los millones de libros contiene la VERDAD...

Todo lo cual no va a llevar a otro punto, a otra cuestión. O, de otro modo dicho, ¿quid de toda esta *exposición previa* mía y su conexión con la VERDAD? ¿De nuevo habrá que acudir al recurso a la FÍSICA CUÁNTICA? ¿Cambiará lo observado si cambia el observador?.

### 3. Palabras finales.

Son muy simples, en el sentido de un recurso típicamente *mediterráneo*, al igual que lo era uno de los clásicos griegos:

“HE DICHO,  
HABÉIS OÍDO,  
YA SABÉIS,  
JUZGAD.”

*Muchas gracias.*

\* La exposición que subsigue corresponde a mi DISCURSO DE INGRESO en la “Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares” el 5 de Junio de 2003 y viene a ser una abreviatura o resumen del texto más amplio presentado al efecto, y al cual se refieren las citas bibliográficas y los Anexos indicados.

- 1 v. J.M<sup>a</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, “La influencia de la literatura...”, op. cit., págs. 7-8.
- 2 v. SEXTO EMPÍRICO, “Adv. Math., II.7” [cita en Q. RACIONERO, ‘Introducción’ a la RETÓRICA de ARISTÓTELES, op. cit. pág. 132].
- 3 v. L. WITTGENSTEIN, “Tractatus Logico-philosophicus”, trad. de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Ed. ALIANZA, Impr. LAVEL, Madrid, 1987; trad. introducción y notas de Luis M. Valdés Villanueva, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

Sobre la obra científica de L. WITTGENSTEIN, recomendable la lectura de R. MONK “Ludwig WITTGENSTEIN”, Ed. ANAGRAMA, Barcelona, 1994: v. allí [pág. 155] el probable origen de la frase aquí reseñada.

- 4 v. E. KANT, “Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?”, en KANT, ‘Filosofía de la historia’, ed. del Colegio de México, 1941 [cita en T. ASCARELLI, “Studi di diritto comparato...”, op. cit. pág. 170 y nota 22]:

“La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia, sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella, sin la tutela de otro: *sapere aude!* Ten el valor de sirvete (sic) de tu propia razón: he aquí el lema de la ilustración”.

- 5 De las muchas referencias y citas de *físicos cuánticos*, por supuesto en una presentación un tanto vulgarizada, he escogido **los fragmentos que siguen**, con indicación del lugar de procedencia: el de David BÖHM, en John BRIGGS “Un sabio en busca de diálogo. Entrevista a David Böhm” [en la revista ‘INTEGRAL’, n° 122, Febrero 1990, págs. 72-75]; el de Ilya PRIGOGINE, en José-Julián MORENTE “Ilya Prigogine: una nueva ciencia de la vida” [en la revista ‘ESOTERA’, n° 2, Primavera 1992, págs. 72-77].

Para una visión más amplia y omnicomprendiva de este punto, remito a las ideas de la

polaridad de los contrarios, de los opuestos complementarios y del fenómeno ondulatorio: en Fritjof CAPRA, “Más allá del mundo de los contrarios”, en la revista ‘CIELO Y TIERRA’, [vol. I, n° 1, Primavera, 1982, págs. 56-64].

David Böhm (Entrevista, por John BRIGGS):

P. ‘Hay algo en la física cuántica que sugiere la idea de un todo fundamental en la Naturaleza?’.

R. ... “a principios de este siglo, se observó que el hecho de que un electrón actúe como una onda, o de que una onda actúe como un electrón, depende de las condiciones en las que se realiza el experimento. Es decir, depende de su entorno. Esto contradice la idea mecanicista... Pero resulta que *el electrón es más bien como una persona que se comporta de modo diferente* si se sabe observada.

En los experimentos cuánticos vemos que el observador “es” lo observado. Lo que sabemos del átomo como resultado de nuestro intento por verlo no puede separarse del contexto en el que el átomo existe, que incluye nuestra observación. Esto es, de nuevo, similar a lo que ocurre con gente que se altera cuando se siente observada. El modelo mecánico que ve el mundo como un compuesto de *partes* no funciona a nivel cuántico.-  
“... ”

Ilya Prigogine:

“Cuando el observador mira el mundo microscópico de la materia y la energía, observa que en ese nivel diminuto el pasado y el futuro, es decir, el tiempo, son reversibles. Pero esta observación de un universo microscópico reversible es realizada por un ser macroscópico que es irreversible y lo sabe. El universo reversible –observado– condiciona la existencia irreversible –del observador–; a la vez, la existencia del observador irreversible condiciona el significado de la reversibilidad observada, pues sin el observador no existiría la idea de reversibilidad. Así cerramos el círculo: el observador es lo observado. Y en el fondo lo reversible y lo irreversible son niveles entrelazados.-...=... en cuanto a leyes de la naturaleza, ninguno de los dos (conceptos)(reversibilidad, irreversibilidad) es más fundamental que el otro.-“.

- 6 v. A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, “Filosofía crítica...”, op. cit., págs. 102 (subrayados míos: J.C.G.).
- 7 Muy gráficamente, en L. DÍEZ-PICAZO, “La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1963, pág. 16:  
“En derecho todo aquello que no es susceptible de tener una aplicación práctica carece de valor”.
- 8 v. L. DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, dos volúmenes, Ed. CIVITAS S.A., 4ª edición, Madrid, 1992-1993: en el PREFACIO a la 4ª edición, pág. 31.  
Para una mayor profundización acerca del pensamiento *tópico o problemático*, inevitable la referencia a la obra de Theodor Viehweg: “Tópica y jurisprudencia” (traducción de L. DÍEZ-PICAZO), Ed. TAURUS, Madrid, 1964; y “Tópica y filosofía del derecho” (traducción de J.M. SEÑA y revisión de E. GARZÓN VALDÉS y R. ZIMMERLING), Ed. GEDISA, 1ª edición, Barcelona, 1991, págs. 15 y ss., 99 y ss., 114 y ss., 141 y ss., 150 y ss., 163 y ss., 176 y ss. y 196 y ss.  
Últimamente, acerca de la relación entre la tónica y el pensamiento sistemático, v. la obra de Claus-Wilhelm CANARIS, “El sistema en la jurisprudencia”, op. cit., págs. 153 y ss., en especial págs. 154-159.
- 9 v. en la descripción efectuada por L. DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Ed. TECNOS, 1ª edición, Valencia, 1970, págs. 35-36.

- 10 Me he referido a ello en otros lugares: v., a tal efecto, mi Comunicación a las Jornadas de Derecho Foral en Jaca (1976) titulada “Las Comisiones Compiladoras Forales”. Ahora, en mi libro “Estudios sobre Codificación y Derechos Civiles Territoriales”, cit., págs. 37 y ss.
- 11 v. J.L. VILLAR PALASÍ, *Prólogo* a la obra de R. PAREJO GÁMIR “Protección registral y dominio público”, Ed. R.D.P., Madrid, 1975, pág. V.
- 12 v. J. CASTÁN TOBEÑAS, “Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)”, Ed. I.E. REUS, Madrid, 1947.  
[Una muy interesante aportación de los Hechos Jurídicos y de la Metodología Judicial como prototipo de investigación realista del fenómeno jurídico, recientemente, en A. SÁNCHEZ DE LA TORRE “Experiencia y valoración de los Hechos Jurídicos”, en ANALES de la R.A.J.L., n° 32, Madrid, 2002, págs. 187-213, y en especial los epígrafes III, IV, V, VII y VIII].
- 13 v. J. CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., en nota 12 precedente, págs. 41 y ss. y 204 y ss.  
Para un análisis del pensamiento de J. CASTÁN TOBEÑAS, v. el interesante *DISCURSO* de J.J. PINTÓ RUIZ leído el 21 de Junio de 1999 en su recepción pública como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *titulado* “El afloramiento y la determinación del Derecho según el maestro José Castán Tobeñas”, en esp. epígrafe V, págs. 119 y ss.
- 14 v. F. SAINZ MORENO, “Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa”, op. cit., Cap. II (págs. 67 y ss.), Cap. IV (págs. 121 y ss.), y muy en especial el Cap. VII, págs. 191 a 221.  
[Una aplicación de la terminología citada en orden al Derecho Tributario, recientemente en la interesante comunicación de J.L. PÉREZ DE AYALA al pleno de académicos de NÚMERO de la R.A.J.L. el 24 de Junio de 2002, titulada “Los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Tributario. Su trascendencia”: v. en ANALES de la R.A.J.L., n° 32, Madrid, 2002, págs. 561-581].
- 15 v. el conjunto de estudios, recogido por Ch. PERELMAN y R. VANDER ELST, “Les notions à contenu variable en droit”, op. cit., Bruxelles, 1984, y allí, los estudios de S. RIALS (págs. 39 y ss.), J. GHESTIN (págs. 77 y ss.), J. CARBONNIER (págs. 99 y ss.), F. RIGAUX (págs. 237 y ss.), y la síntesis de Ch. PERELMAN (págs. 363 y ss.).
- 16 v. J. CARBONNIER: “Flexible Droit”, op. cit., págs. 24 y ss.: “Sociologie Juridique”, op. cit., págs. 119 y ss.
- 17 v. A.J. ARNAUD; “Critique de la raison...”, op. cit., págs. 23 y ss. y 279 y ss.
- 18 v. U. ECO, “Semiótica y filosofía del lenguaje”, op. cit., págs. 229 y ss. y 257 y ss.
- 19 v. el desarrollo de esta imagen plástica en F. RIGAUX: “Les notions à contenu variable en droit international privé”, op. cit., págs. 248-249.
- 20 v. J.B. VALLET DE GOYTISOLO, “Panorámica general de la interpretación jurídica”, op. cit., pág. 38 (subrayados míos: J.C.G.). Las posteriores, subsiguientes, citas de J.B. VALLET DE GOYTISOLO van referidas al *DISCURSO* recogido en dicha publicación de la R.A.J.L. de Madrid de 1995.
- 21 v. J.B. VALLET, op. cit., págs. 82 y ss., *en especial* pág. 84.  
Aquí, a mi parecer, habría que vincular este punto con la magistral exposición de Josef ESSER acerca de la “**precomprensión**”, a la que hace ya algún tiempo dediqué algunas consideraciones. En ese sentido, parece, a mi juicio, conveniente reiterar lo expuesto por mi parte en el CAPÍTULO titulado “Notas sobre una concreta jurisprudencia del Tribunal Supremo”, introductorio a mis comentarios sobre sentencias acerca del Derecho de Familia: v. *en mi libro* “Estudios sobre la Jurisprudencia Civil.- Volumen II (Notas a sentencias sobre Derecho de Familia. 1967-1977)”, con PRÓLOGO de D. LUIS

DÍEZ-PICAZO, págs. 17 a 49, *muy en especial* las págs. 36-37.

- 22 v. J.M<sup>a</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, “La influencia de la literatura jurídica española...”, op. cit., págs. 32-35.
- 23 La idea de “grupos normativos”, dentro de la doctrina administrativista, ha sido expuesta por J.L. VILLAR PALASÍ: v. en “Apuntes...”, op. cit., págs. 345 y ss.; en “La interpretación...”, op. cit., págs. 56 y ss.
- 24 Dejó muy bien dicho J. CARBONNIER que “... existe un miedo del neologismo que psicológicamente es un fenómeno maltusiano”: v. en “Tendances actuelles de l’art législatif en France”, en ‘Legal Science Today. Acta Universalis Upsaliensis’, Uppsala, 1978, págs. 23 y ss., *luego en* “Essais sur les lois”, ed. Rép. Défrénois, 1980, págs. 248 y ss. En su versión española, vide “Ensayo sobre las leyes”, op. cit., págs. 240 y ss.
- 25 Así, el Preámbulo a la Novela 60 (“... multitud legum”). Remito aquí a las agudas observaciones al respecto de J. CARBONNIER, en “Essais sur les lois” [*Capítulo “L’inflation des lois”*], en la edición en francés, op. cit., págs. 274 y ss., *en esp. pág. 276 y nota 8*.
- 26 v. en tal sentido, J. CARBONNIER, “L’inflation des lois”, cit. en nota precedente, pág. 277.
- 27 A la abreviatura citada –F.I.– se añade otra: v. por *versus*, para denotar la contraposición obvia con el término con que se le confronta.
- 28 v. J. CARBONNIER, “La renovación del juego de las leyes”, en “Ensayo sobre las leyes”, trad. española, op. cit., págs. 222 y ss.
- 29 v. J. CARBONNIER, “Derecho Flexible”, op. cit., págs. 15 y 24 y ss.
- 30 v. J.L. VILLAR PALASÍ, “La interpretación y...”, op. cit., págs. 42 y ss., y allí las notas 1 a 7, *muy importantes* (resumen mío: J.C.G.). Las referencias ineludibles son aquí a los análisis de la **lógica jurídica** efectuados por Ulrich KLUG, Konrad ZWEIGERT, y Heinz KÖTZ, FUNKE, J. CARCATERRA y J.R. CAPELLA [v., sobre todo, *la nota 7* en pág. 45]: alusión, por lo tanto, a las notas de la incumplitud y de la *indecibilidad del discurso jurídico*.
- De la aplicación al Derecho del Teorema de GÖDEL me ocuparé más adelante, en otro apartado de este epígrafe.
- 31 Por supuesto, fundamental su libro “Essai d’analyse structurale du Code Civil français (La règle du jeu dans la paix bourgeoise)”, op. cit.
- Además, con obvia repercusión en nuestro tema del discurso, su brillante “Critique de la raison juridique”, op. cit., más arriba, en especial págs. 279 y ss.
- 32 v. J.L. VILLAR PALASÍ, “La interpretación...”, op. cit., págs. 41 y ss., en especial, págs. 51 y ss.
- 33 v. J.L. VILLAR PALASÍ, op. cit., pág. 51.
- 34 v. J.L. VILLAR PALASÍ, op. cit., pág. 53.
- 35 v. J. CASTÁN TOBEÑAS, “Los sistemas...”, op. cit., págs. 15 a 26.
- 36 v. L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, “Experiencias jurídicas y teoría del Derecho”, op. cit., Capítulo VIII, págs. 179-196 (resumen y subrayados míos: J.C.G.).
- 37 v. J.L. VILLAR PALASÍ, “La interpretación...”, op. cit., págs. 56 y ss.
- 38 v. J.L. VILLAR PALASÍ, “Apuntes...”, op. cit., págs. 338 y ss., 356 y ss. y 579 y ss. [el resumen y subrayados son míos: J.C.G.].
- 39 Me refiero a *mi CONFERENCIA* en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (16 Febrero 1995) y a *mi Ponencia* en el ‘Cuarto Encuentro de los Abogados de Familia’ titulado “Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad” (Madrid,

14-15 Marzo 1997).

- 40 v. J. CARBONNIER, “Les notions a contenu...”, op. cit., págs. 107-108.
- 41 v. J. ESSER, “Principio y norma...”, op. cit., págs. 37 y ss., 278 y ss. y 415 y ss., en especial 438 y ss.
- 42 Condición de iniciador en los estudios de esta temática que le fue reconocida por la inmensa mayoría de los autores españoles, v. gr.: DE CASTRO, HERNÁNDEZ GIL, FUENMAYOR, BONET RAMÓN, GARCÍA CANTERO, DE LOS MOZOS, PAU PEDRÓN, etc. etc.
- 43 v. J. CASTÁN TOBEÑAS, “Reflexiones sobre el derecho comparado y el método comparativo”, op. cit., pág. 106.
- 44 v. J. CASTÁN TOBEÑAS, “Reflexiones...”, op. cit., págs. 109-110 (en resumen).
- 45 v. A. PAU PEDRÓN, “Los problemas...”, op. cit., pág. 1547. Muy a resaltar el subrayado que hace A. PAU de la sustancial *coincidencia* de las fases propuestas por J. CASTÁN TOBEÑAS en su día con las que hoy mismo la UNIÓN ECONÓMICA EUROPEA ha ido desenvolviendo a través de las instituciones comunitarias.
- 46 v. A. DE FUENMAYOR, “La interpretación comparativa...”, op. cit., págs. 380 a 387, 391 a 393 y 396 a 399.
- 47 v. J.B. VALLET DE GOYTISOLO, “Principios básicos del Derecho Foral”, en el volumen *colectivo* coordinado por R. DOMINGO y M. GALÁN *titulado* “Presente y futuro del Derecho Foral”, Pamplona, 1999, op. cit., págs. 25 a 56, en especial págs. 52 y ss.
- 48 v. J.L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, “Derecho de Sucesiones”, Tomo II, Ed. de Librería BOSCH, Impr. de COMETA S.A. (Zaragoza), Barcelona, 1973.
- 49 v. S. SÁNCHEZ LORENZO, “¿Hacia un Derecho Privado Europeo?”, *Conferencia* pronunciada en la ‘Cátedra Fernando de los Ríos’ de la Universidad de Granada, Enero 2000, op. cit.
- Digno de resaltar es el hecho de que en este punto una importante iniciativa fue la del CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, dedicando el curso anual de 1998 en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo de Santander al tema de la “UNIFICACIÓN JURÍDICA EUROPEA”. El seminario a ello dedicado aparece en el volumen del mismo título, en coedición del Consejo General del Notariado y Editorial CIVITAS, Madrid, 1999. [Últimamente, de reciente aparición y difusión es muy conveniente la visión de la obra de la “Conferencia de los Notariados de la Unión Europea”, titulada “La Europa del Derecho”, Bruselas, 2002 (en edición española, Madrid, 2002)].
- 50 v. *mi Comunicación* a las ‘Jornadas de Tossa de Mar’ (1988), titulada “Unas reflexiones sobre la inacabada tarea codificadora civil”, y *mi Conferencia* en la ‘Academia Matritense del Notariado’ (1988) titulada “Breves reflexiones sobre la insularidad y la temática de la codificación civil”: ambas ahora formando parte de *mi libro* “Estudios sobre Codificación y Derechos Civiles Territoriales”, op. cit., págs. 329 a 371 y 373 a 462.
- 51 v. J. CASTÁN TOBEÑAS, “Reflexiones sobre el derecho comparado...”, op. cit., págs. 85 y ss., en especial págs. 90 y ss. (resumen y subrayados míos: J.C.G.).
- 52 v. A. DE FUENMAYOR, “La interpretación comparativa...”, op. cit., en especial págs. 400-403.
- 53 Las remisiones, por lo tanto, son como sigue:
- Respecto de los sistemas: op. cit., págs. 149 y ss. (notas 10, 18 y 20).
  - Respecto de los principios: op. cit., págs. 149 y ss. (nota 5).
  - Respecto de las normas: op. cit., págs. 149 y ss. (notas 12 y 19).
  - Respecto de las instituciones: op. cit., págs. 149 y ss. (notas 15 y 16).

- 54 v. R.M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “Crítica institucional del Código Civil”, en la R.C.D.I., Año XVI, Septiembre de 1940, n<sup>o</sup> 148, págs. 497 a 515 (resumen y subrayados míos: J.C.G.).
- 55 v. J. CASTÁN TOBEÑAS, “La dogmática de la herencia y su crisis actual”, Ed. del INSTITUTO EDITORIAL REUS, Impr. de Gráficas González, Madrid, 1960 (resumen y subrayados míos: J.C.G.).
- 56 Me refiero de nuevo a los “Comentarios ALBALADEJO”, de espléndido diseño, planteamiento y dirección y no menos espléndida ejecución a cargo de los autores seleccionados por el mismo profesor M. ALBALADEJO GARCÍA. Los nombres son muchos, y quedaron reflejados en páginas anteriores.
- 57 v. L. DÍEZ-PICAZO, “Experiencias jurídicas...”, op. cit., y allí el *Capítulo XII* dedicado a la “Interpretación jurídica”, págs. 235 y ss.  
Una muy reciente versión de la función *práctica* de las instituciones en orden a la **interpretación**, en J.B. VALLET DE GOYTISOLO, “Las instituciones jurídicas: definición...”, op. cit., A.D.C., en epígrafe IV, págs. 45 y ss. y en especial págs. 52 y ss.
- 58 v. L. DÍEZ-PICAZO, op. cit., págs. 244-246 (resumen y subrayados míos: J.C.G.).
- 59 v. L. DÍEZ-PICAZO, “Experiencias jurídicas...”, op. cit., págs. 197 y ss., y 205 y ss.
- 60 v. F. RIGAUX, “Les notions à contenu variable en droit international privé”, en el volumen “Les notions à contenu variable en droit”, op. cit., págs. 237 y ss.
- 61 Sigue conservando interés la PONENCIA de E. PECOURT GARCÍA a las “Primeras Jornadas del ‘Instituto Español de Derecho Foral’”, (Pamplona, 1975), titulada “El nuevo sistema de Derecho Interregional”.
- 62 v., por todos, F.J. GARCI MARTÍN, “Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial”, Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1994.
- 63 Sobre el tema, *in extenso*, v. **mi comentario al TÍTULO I del Libro III**, en “Comentarios a la Compilación de Baleares”, Tomo XXXI, volumen 2<sup>o</sup> A), Ed. Edersa, Madrid, 2002, págs. 224 y ss., y 244 y ss.  
Para una excelente presentación actualizada, v. el volumen de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y N. PÉREZ DE CASTRO, “La vecindad civil”, Ed. LA LEY-ACTUALIDAD, S.A., Madrid, 1996.
- 64 v. A.L. CALVO CARAVACA, “Comentario al Art. 9, apartado 8 del Código Civil”, en la obra “Comentarios...”, cit., Ed. EDERSA, Tomo I, volumen 2<sup>o</sup>, 2<sup>a</sup> edición, Madrid, 1995, págs. 350-387, en especial epígrafes I y III.  
En relación con supuestos específicos en esta materia, pueden verse también los trabajos siguientes:  
- M. SAINZ-LÓPEZ NEGRETE, “El Derecho de Sucesiones inglés. Conflicto entre la ley española y la inglesa”, en ‘Revista Jurídica del Notariado’, n<sup>o</sup> 12, Octubre-Diciembre 1994, págs. 119-156.  
- A. PÉREZ VOITURIEZ, “El reenvío en el Derecho Internacional Privado. Una interpretación actualizada”, en la ‘Revista Jurídica del Notariado’, n<sup>o</sup> 13, Enero-Marzo 1995, págs. 257-337, en especial, 320-325.  
Para el polémico inciso final del artículo comentado remito al interesante trabajo de mi compañero A. CHAVES RIVAS, titulado “El inciso final del n<sup>o</sup> 8 del art. 9 del Código Civil”, publicado como circular de la Comisión de Cultura del Colegio Notarial de Baleares, n<sup>o</sup> 28, 1999.
- 65 v. *los puntos II-A) 2.2.* [y notas 32, 33 y 34] y, **en especial**, en cuanto a la colisión de normativas estatutarias con la LEY DEL ESTADO, el *punto II-A) 2.3.* [y notas 40-41]: todo ello en el volumen segundo-A del Tomo XXXI de mis Comentarios a la Compilación de Baleares, op. cit, págs. 235 y ss.



Para la determinación de la *adquisición* de la vecindad, remito a C. LASARTE ÁLVAREZ [v. *nota 50*: loc. cit.].

- 66 Sobre el tema específico **inter-regional**, remito a la exposición de A.L. CALVO CARAVACA, “Comentarios...”, op. cit., epígrafe IV, págs. 387-391, aquí presentados en forma resumida.

Por otra parte, conveniente la consulta de M.E. ZABALO ESCUDERO, “Comentario al Art. 16 C.c.”, en la obra “Comentarios...”, cit., T. I, vol. 2º, 2ª edición, Madrid, 1995, op. cit., págs. 1259 a 1282.

De una manera especial, interesan aquí las observaciones de la autora en orden a *la determinación de la ley personal* (vecindad civil) [págs. 1270 y ss.] y a *las disposiciones expresamente excluidas* de la solución de los conflictos de leyes internas [págs. 1274 y ss.].

- Para un tema concreto específico, v. la aportación de mi compañero J.Mª ARRIOLA ARANA, “Vecindad civil y nulidad del testamento”, Conferencia el 14 de Diciembre de 1994 en el Ilustre Colegio Notarial de Bilbao, publicada en la ‘Revista Jurídica del Notariado’, nº 13, Enero-Marzo 1995, págs. 9-50.

- 67 Para las observaciones que subsiguen, he tomado como *modelo* de referencia el interes ante comentario de B. RODRÍGUEZ-ROSADO, “Comentario a la LEY 148 del Fuero Nuevo de Navarra”, en “Comentarios...”, cit., Tomo XXXVII, vol. 1º, “Comentario a las Leyes 148 a 252 Fuero Nuevo de Navarra”, Ed. EDERSA, Madrid, 1998, págs. 4-16.

- 68 Abreviadamente, *las referencias* a “aforado” o a “no aforado” las indico, respectivamente, como “A” y “NO A”. Todo ello, en conexión con los *términos* de “otorgante” y “causante”.

- 69 Así, en la profesora de la Universidad de París-I, HORATIA MUIR VAT, “La fonction subversive du droit comparé”, en la ‘Rev. Int. Dr. Comp.’, 2000, págs. 503 y ss.

- 70 v. en D.A. ATTALA, “Las Tablas de la Ley (Artículo sobre WITTGENSTEIN INÉDITO)”, en revista LATERAL, Marzo, 1999, págs. 19-20. *La metáfora* es como sigue:

“Si un día alguien escribiese en un libro las verdades éticas, expresando con palabras claras y comprobables qué es el bien y qué es el mal en un sentido absoluto, ese libro provocaría algo así como una explosión de todos los otros libros, haciéndolos estallar en mil pedazos”.

La descripción de la metáfora y su comentario son muy interesantes, y remito al autor citado.



**DISCURSO DE CONTESTACION  
AL DE INGRESO EN LA ACADEMIA DEL  
EXCMO. SR. D. JOSÉ CERDÁ GIMENO,  
POR PARTE DEL ACADÉMICO  
EXCMO. SR. D. RAIMUNDO CLAR GARAU**

Distinguidos compañeros Académicos, Sras. y Sres.

I.- Cuando nuestro Presidente D. Eduardo Martínez-Piñeiro me encargó la contestación al discurso de ingreso en esta Academia de mi amigo y compañero José Cerdá Gimeno tuve una gran alegría si bien, a la vez, mezclada con una pequeña dosis de recelo por la dificultad que ello podía entrañar; aún no conocía el contenido de su discurso, pero ante la gran categoría intelectual del mismo y su enorme capacidad de trabajo y su vasta erudición estaba seguro que tendría una gran calidad científica ya que estamos ante uno de los más importantes “foralistas” (así, entre comillas, ya que la palabra “foral” ha quedado como pasada de moda) de toda España. Ha participado en Congresos, Ponencias y Jornadas en todos los ámbitos, tanto con derecho propio como del Código civil; ha pronunciado conferencias, ha dado cursos sobre estas materias; perteneció a la Comisión de Juristas que elaboró el Anteproyecto de la vigente Compilación y, con posterioridad, hizo los Comentarios al Derecho de Ibiza. Detallar toda su obra no es fácil.

Como Notario casi ha ejercido únicamente en las islas Pitiusas, primero en Formentera y luego en Ibiza. Aun siendo valenciano de nacimiento me atrevería a decir que es tan ibicenco como el que más y si esta condición la extrapolamos al mundo jurídico podríamos afirmar que es uno de los juristas ibicencos con más categoría. No es extraño que sintiera este recelo ante la designación del Presidente para contestar a su discurso.

Nacimos el mismo año: 1.931; año que, según frase de nuestro querido

compañero Jaime Ferrer Pons “fue una copiosa añada de Notarios para el Colegio Notarial de Baleares”; hicimos una oposición juntos y a lo largo de muchos años hemos mantenido una magnífica relación de amistad y compañerismo. Siempre fui partidario de su ingreso en esta Academia y hoy vemos cumplido este anhelo.

II.- Me temo que una de mis vocaciones frustradas es la filología porque raro es el día que no recorro al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para disipar dudas sobre el idioma.

En este caso la duda consistía en determinar con claridad y seguridad ¿qué significa “contestar” un discurso?. En la no muy larga historia de nuestra Academia he visto de todo: completar, criticar, explicar, comentar, etc.

El diccionario le otorga hasta siete significados. El más general es el de “responder a lo que se pregunta, habla o escribe”, pero esta respuesta o contestación puede adoptar varias formas, o bien, “declarar o atestiguar lo mismo que otros han dicho” o sea, “comprobar o confirmar”, o bien, la de “replicar o impugnar, replicar o adoptar actitud polémica y, a veces, oposición contra posiciones ideológicas”. Mi contestación será, en su gran mayoría, de aceptación y confirmación; otro poco de comentario y pequeñas gotas de polémica.

III.- Raro es el trabajo del nuevo académico en el que no se plantee el problema metodológico lo cual no quiere decir que siempre se enfrente a los diferentes temas con el mismo método. Según la materia o la problemática de la misma cambia de uno a otro, pero casi siempre se plantea y estudia la cuestión metodológica.

El seguido en este tema es un método genérico que establece una serie de balizas orientativas para que los futuros intérpretes puedan actuar, dejando puertas o caminos abiertos a posibles investigaciones no pretendiendo dejar el asunto concluso para siempre.

Va desmenuzando cada uno de los elementos que integran la realidad sociológica presentada, distinguiendo la realidad debatida y el Derecho, dentro del cual subdistinguen la estructura, el sistema, la norma, los principios y las instituciones, demostrando una gran erudición y finura Jurídica.

En el estudio de las diferentes normativas sitúa los que llama fenómenos internormativos. De entre ellos, por ser los que considero más interesantes

y prácticos me centraré en el examen de los casos de colisión y concurrencia de normas.

Como resumen, me atrevería a decir que no acaba de situar las balizas con la suficiente visibilidad para que sirvan de guía y existe el peligro de pérdida de rumbo.

IV.- La parte más sugestiva desde el punto de vista del jurista práctico es el del conflicto internormativo en todas sus formas tanto en el tiempo como en el espacio. Llegado a este punto me acojo a la afirmación que hace el autor en relación a la Física Cuántica: que si cambia el observador cambia lo observado. Yo lo veo de la siguiente forma. Pienso que no es más que cuestión de enfoque.

ALVIN TOFFLER es, posiblemente, uno de los autores, o quizás el autor, con una mayor preocupación sobre la evolución de la humanidad habiendo defendido que su avance se produce en progresión geométrica; es su tesis del “Shock del futuro”, “La tercera ola” etc. Hace unos años, más de diez, leí en ABC un largo artículo suyo en el que reincidía sobre este tema. Su conclusión era que, en un futuro no muy lejano, las grandes decisiones que afecten a toda la Humanidad serán tomadas por las grandes multinacionales, de forma más o menos aparente. Las decisiones de segundo orden, que son las que ahora nos interesan, se adoptarán por los gobiernos regionales, perdiendo protagonismo las actuales naciones por antonomasia, Francia, Italia, Alemania, etc. No se si es éste el camino que llevamos. Pero está muy claro que, de cumplirse lo vaticinado la multiplicación de los conflictos normativos también avanzaría en progresión geométrica. Lo que intento destacar es que, en mi opinión, no llevamos camino de eliminar o reducir los conflictos de normas sino todo lo contrario.

Si dirigimos la mirada hacia dentro de nuestro país el panorama es desolador; la hipertrofia legislativa, alimentada por los “nacionalismos regionalistas” está llegando a unos extremos, a mi entender, absurdos.

La Constitución Española al hacer la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en los arts. 148 y 149 se equivocó al basarse en conceptos no suficientemente concretos como “materia civil” “instrumento público y registros” etc. amén de no dejar clara la atribución de las competencias residuales. Quizás la fórmula hubiera podido ser: atribuir sus competencias, bien al Estado o bien a las Comunidades Autónomas, pero sólo a uno u a otras y “todo lo restante” a las otras o al Estado. No se si se hubiera resuelto el problema, pero lo que sí es cierto es que la fórmula adoptada fue la peor. En el momento de la aprobación de la

C.E. no era fácil encontrar una solución que satisficiera a todos, y en aras del consenso hubo que aceptar soluciones dudosas.

Todo ello unido a la interpretación de las palabras “conservación”, “modificación” y “desarrollo” de los derechos de las C.C.A.A. que lo tuvieran ha llevado a esta hipertrofia, cuando no, diarrea legislativa. No voy a entrar en este tema, pero sí a citar algunos ejemplos: Las leyes de parejas estables o de hecho o como quieran llamarlas; se han dictado similares normativas en Navarra, Cataluña, Madrid, Valencia, Baleares, Asturias y Andalucía. Ni Madrid, ni Valencia ni Asturias ni Andalucía tienen competencia en materia civil; además contienen otros tipos de normas que parecen inconstitucionales. Por otro lado cabe preguntarse ¿es que los problemas de las parejas estables son diferentes en las citadas C.C.A.A.? ¿No hubiera bastado con una sola ley para todo el país?.

Las mismas consideraciones cabría hacer ante las Leyes de Fundaciones Cooperativas, etc. donde la problemática es uniforme en todo el Estado.

Para colmar el vaso ahora en Cataluña acaban de publicar un Código de Derecho Civil Catalán del que formarán parte las leyes ya aprobadas sobre algunas partes, como el derecho de familia y el de sucesiones etc. A mi entender, también plagado de normas inconstitucionales. También Aragón ha aprobado su Ley del régimen económico matrimonial, con más de 140 artículos, a mediados del 2003.

En conclusión, a nivel intraestatal el panorama general es de disgregación legislativa y de atomización con lo que los conflictos internormativos tienden a su multiplicación y con tal dispersión la seguridad jurídica se ve seriamente comprometida. Algunas de estas leyes contienen, inconstitucionalmente, normas de Derecho Interregional.

Si dirigimos el punto de mira hacia la Comunidad Europea el panorama no es más alentador. ¿Avanzamos hacia un Derecho Civil Europeo único o por el contrario vamos hacia una dispersión?.

La Comunidad Europea, integrada por sólo dos comunidades, la de Energía Atómica y la Económica Europea ya que la CECA. (Comunidad Económica del Carbón y el Acero) ha desaparecido por haber transcurrido el plazo de 50 años por el que se constituyó.

Hablo sólo de la Comunidad Europea porque la entidad paralela Unión Europea es una entidad sin personalidad jurídica, aunque parezca inaudito.

Aunque sea de todos conocido es conveniente refrescar algunas ideas para entender bien lo que viene a continuación.

Esencialmente se compone de tres órganos: la Comisión, el Parlamento

Europeo y el Consejo de Ministros más el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La Comisión, compuesta de 20 comisarios –dos españoles– hace propuestas al Parlamento, al Comité de Regiones y al Comité Económico y Social. Se emiten los correspondientes dictámenes y el Consejo de Ministros es el que decide. El Parlamento Europeo no legisla.

En cuanto a las disposiciones emanadas del Consejo podemos enumerar:

1º/ Los Reglamentos, que son las verdaderas leyes comunitarias, con fuerza de obligar directamente en los países miembros.

2º/ Las Directivas, que no obligan ni se aplican directamente, salvo en ciertos casos y que no son más que orientaciones para que los distintos países integrantes de la Comunidad adapten su legislación a dichas directrices, en el plazo que se fija.

3º/ Hay, siguiendo una escala de más a menos, las llamadas “decisiones”, “recomendaciones” y “dictámenes”. Insisto a efectos de lo que diremos después que “los dictámenes” ocupan el último lugar en la escala jerárquica de la elaboración del derecho comunitario y no tienen fuerza vinculante.

Una vez refrescadas estas nociones elementales sobre la C.E. podemos plantearnos el tema de la unificación del Derecho Civil Europeo. Veamos primero las tentativas e iniciativas al respecto para ver luego los resultados obtenidos y, finalmente, las perspectivas de futuro.

No voy a repetir lo que ha expuesto el Sr. Cerdá sobre la postura de SANCHEZ LORENZO sobre conveniencia, competencia para ello y las dificultades existentes para la unificación civil europea. Pero sí quiero citar los datos de una autora, PARRA LUCAN, sacados del trabajo previo que, con mayor extensión, presentó el nuevo Académico con anterioridad al discurso que acaba de leer y que contiene una gran cantidad de material de primera calidad y de una actualidad rabiosa que, en aras de la exigencia del tiempo ha tenido que recortar.

Dice la citada autora que se está poniendo de moda y parece que no es una moda pasajera hablar de un Derecho Privado Europeo, si bien, de momento sólo hace referencia a materias relacionadas con el mercado único europeo ya que sigue siendo cierta la afirmación de que no se siente la necesidad de armonizar el Derecho de familia y el de sucesiones.

Existen en la actualidad varios grupos de trabajo europeos a los que me quiero referir a continuación porque dan una idea del camino que puede seguir la Codificación del Derecho privado:

A) En 1980 se constituye la “COMISION SOBRE EL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO”. Se trata de una asociación privada que

agrupa a 20 profesores de Derecho de los distintos Estados miembros, y cuyo trabajo ha sido subvencionado por la Comisión europea, aunque, los miembros de la Comisión no han sido elegidos por los Gobiernos de los Estados, por lo que no los representan de una manera oficial.

El planteamiento de la Comisión fue el de partir del Derecho de contratos, por ser el contrato el instrumento fundamental de los acuerdos comerciales y entender, por otra parte, que las normas sobre derecho aplicable a las relaciones obligatorias contractuales (Convenio de Roma) no garantizan el funcionamiento sin dificultades de un mercado interior europeo.

B) Hay que mencionar también al GRUPO DE ESTUDIO de un Código Civil Europeo, constituido por iniciativa privada e integrado por 50 profesores y abogados de todos los Estados miembros –también españoles–. Este grupo, que funciona con subvenciones oficiales de los gobiernos alemán y holandés, se ve a sí mismo como un sucesor de la Comisión del Derecho contractual europeo en la medida en que, partiendo de los principios elaborados por ésta última, aspira a elaborar un proyecto en el que se recoja el estatuto básico del Derecho patrimonial en la Unión Europea.

C) Quiero mencionar, en tercer lugar, el llamado “GRUPO DE PAVIA” que en el año 2001 publicó su proyecto preliminar de Código contractual europeo sobre la base de la labor realizada por la ACADEMIA EUROPEA DE ESPECIALISTAS DE DERECHO PRIVADO.

D) Existen, además otros Grupos, formado también por juristas de distintas nacionalidades, trabajando en sectores concretos del Derecho patrimonial:

-El grupo de Trento, que trabaja sobre “el núcleo común del derecho privado en Europa”, y cuyas aportaciones no se limitan al terreno del Derecho contractual europeo, sino que se ocupan también del Derecho de propiedad o del de daños;

-O el grupo de Tilburg, que ha centrado sus trabajos en el Derecho de daños en Europa y ha publicado algunos principios sobre determinados grupos de casos.

E) Finalmente, en el apartado de trabajos de investigación quiero referirme también al informe publicado en junio del 2000 en un sitio de la página web del Parlamento Europeo y elaborado por un grupo de prestigiosos juristas independientes, procedentes de diversas Universidades Europeas, por encargo de la Dirección General de



## Investigación.

El informe lleva como título “Los sistemas de Derecho Privado en la Unión Europea: diferencias nacionales y la necesidad de un Código Civil Europeo”, y examina, partiendo de un estudio comparativo de las distintas soluciones legales, el ámbito y la necesidad de la elaboración de un CC europeo así como la competencia de la U.E. para adoptar esta medida.

El título bajo el que se publican estos “Apuntes” plantea una pregunta ¿es posible un CC europeo?, para la que la citada autora no ofrece una respuesta segura y, en su caso, se inclina, más por una respuesta negativa.

En su opinión, una codificación total del Derecho civil de todos los Estados miembros, hoy por hoy, es una idea que, por ser demasiado ambiciosa debe ser abandonada.

Pero en cambio, la codificación parcial de sectores determinados, básicos, parece que puede ser un procedimiento válido para que funcione un mercado único. Desde el punto de vista del mercado único hay razones que aconsejan una armonización legislativa. Pero para ello es preciso un proceso de discusión que puede durar años y en el que deben participar los diferentes sectores implicados, de tal manera que exista un clima de opinión favorable antes de adoptar ninguna medida.

Los resultados obtenidos hasta el momento son muy localizados y escasos en materia de derecho civil comunitario positivo. Sólo he podido localizar dos Reglamentos (que, recuerdo son las verdaderas leyes comunitarias) del Consejo de Ministros, que son el 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el 1347/2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. Además existen directrices sobre propiedad intelectual y en cuanto a la protección al consumidor. En relación a la unificación del derecho contractual, que parece de lo más urgente para el buen funcionamiento de un mercado único, su desarrollo está en fase tan embrionaria como que sólo existen la Comunicación (que no “propuesta”) de la Comisión al Consejo, del año 2001 y la Comunicación al Parlamento Europeo, del mismo año y, finalmente el Dictamen del Comité Económico y social, del año 2002.

Las perspectivas de futuro no parece que sean muy halagüeñas para la unificación jurídico-civil-privada. En este momento los estados miembros de la C.E. son 15; pero han presentado solicitud de adhesión otros 14 países: Turquía, Chipre, Suiza (si bien ésta no se tramita), Hungría, Polonia, Rumania, Letonia, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Bulgaria, República

Checa, Eslovenia y Malta. Parece probable el ingreso más o menos inmediato de diez de estos países. Tres o cuatro ya han plebiscitado el sí a su incorporación.

Esta multiplicación de países, unido a la irreductible defensa de la “unidad nacional y cultural”, no sólo de cada país sino también de cada Comunidad Autónoma (en el caso de España) o sus paralelos en otros países, y hasta de subdivisiones de las mismas, incluidos los idiomas, no invitan al optimismo en relación a la reducción de los conflictos internormativos y su solución.

Recuerdo que en la visita que hice a las instituciones comunitarias nos informaron que de cada documento, con once idiomas oficiales, había que hacer siete mil fotocopias para información de los parlamentarios.

Pero el problema de los conflictos internormativos no se acaba aquí sino que nos queda otra dimensión muy importante; se pueden producir entre ciudadanos españoles, vecinos de alguna de las Comunidades Autónomas y miembros de otros países europeos, no comunitarios (como Suiza, Andorra, etc.) o de cualquier otro Estado del resto del mundo, cosa no rara en las Islas Baleares.

Propone el Sr. Cerdá Gimeno la búsqueda de la aproximación de estos diferentes ordenamientos a través del análisis y el D° Comparado. De todo lo que llevamos dicho creemos que las dificultades son tan monstruosas que poco se puede conseguir y en pequeñas zonas del derecho.

Al estudiar esta materia leí el libro “El D° Privado Europeo” de Sixto Sánchez Lorenzo, citado por nuestro compaffero Cerdá, y, en la parte final de su obra, después de estudiar la “integración negativa”, consistente en quitar obstáculos a la unificación y la “positiva” consistente en aquel conjunto de normas comunitarias de derecho dirigidas a dicha unificación, sobre materias concretas, dedica unas páginas a la “Tercera Via”, ya propuesta por otros autores, que, pienso, es la solución práctica del problema de los conflictos sucesorios, que es la unificación de las normas de conflicto o de D° Internacional Privado.

Está claro que no es la solución ideal, pero sí la que en este momento está más al alcance de la mano y, para abrir camino, parece ser la adoptada por los artículos 61, 65 y 67 del Tratado de Amsterdam. El artículo 65 dice “En el ámbito de la cooperación judicial en materia civil se incluirán: b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción”.

También es evidente que esta tarea está erizada de dificultades. Se ha demostrado en la práctica que hay problemas de fondo que no se pueden

resolver con las normas conflictuales. El reforzamiento de los nacionalismos y regionalismos con derecho propio dificulta también el buen funcionamiento del mercado al exigir la aplicación de normas de cada territorio, con la consiguiente inseguridad jurídica.

Tampoco hay que olvidar que no es fácil la unificación de conceptos como “el último domicilio”, “la vecindad civil”, “el reenvío de retorno”, “el orden público interno”, etc.

El citado autor no se muestra partidario de esta vía, sino simplemente, como complementario de la unificación del D° Privado Europeo, más trabajosa y lenta y referida a determinadas materias concretas: normas de contratación, protección al consumidor, mercantil, algunos aspectos de los derechos reales (como la multipropiedad sobre la que hay una Directiva); derecho procesal, sobre el que hemos citado dos reglamentos o leyes; comercio; medios de pago; seguros etc.

Hay que recordar aquí la labor que ha desarrollado en materia de unificación del D° Internacional Privado la Conferencia de La Haya nacida en el siglo XIX pero que desarrolló su trabajo, sobre todo, después de la Segunda Guerra Mundial. Recordemos el Tratado de 1.961 sobre la ley aplicable a los testamentos y los de 1.971 y 1.973 sobre responsabilidad civil.

A nivel de Comunidad Europea, además de los dos reglamentos citados debemos recordar el 1346/2000 sobre quiebra e insolvencia y numerosas directivas sobre las materias citadas.

También hay que citar el importante Convenio o Tratado de Roma sobre las obligaciones contractuales, de 1.980.

No es mucho el camino recorrido pero parece más asequible que la unificación del D° sustantivo. En esta dirección tampoco hay que olvidar la labor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que, con carácter vinculante, interpreta estas normas de conflicto.

V.- Por último, concretando el tema de los conflictos internormativos a los supuestos del D° Sucesorio quiero hacer una referencia a dos supuestos concretos y de rabiosa actualidad. Uno es el referente al derecho aplicable al caso de un causante de nacionalidad extranjera fallecido en España a cuya sucesión, en principio, debe aplicarse la ley personal del causante, en el momento de su fallecimiento.

El otro es el de las adquisiciones mortis causa, por el cónyuge viudo, por ministerio de la ley foral cuya calificación, como derecho sucesorio o como

derivación del régimen económico matrimonial puede tener consecuencias nefastas para los interesados.

A.- En cuanto a la primera cuestión: hay que destacar que la jurisprudencia del T.S. parecía haber adoptado una postura clara: el art. 9-8° del C.c. dice que la sucesión se regulará por la ley personal o nacional del causante en el momento de su fallecimiento, si la nacionalidad del causante es la inglesa (como ocurre en las dos sentencias del Supremo de 15-11-1.996 y 21-5-99) se ha de aplicar la ley inglesa. Pero se da el caso de que la ley inglesa reenvía a la ley donde están sitos los bienes y el art. 12-2 del C.c. dice: “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”. De ambos artículos parece clara y acertada la doctrina sentada por el T.S.: no se admite el reenvío a la ley española y debe aplicarse la inglesa.

Se apoya en el principio de la universalidad de la herencia, o sea que sólo se puede aplicar una legislación única a la totalidad de la herencia y, además, en el hecho de que la función del reenvío es la de armonizar los distintos ordenamientos jurídicos y ello mal se puede conseguir si se aplican distintos ordenamientos a una misma sucesión.

Parecía asunto resuelto, pero el mismo T.S. el 23-9-2002 dicta una sentencia en sentido contrario, aceptando el reenvío y aplicando la ley española a la sucesión de un inglés con base en el hecho de que todos los inmuebles estaban sitos en España y que, por lo tanto, se mantiene el principio de la universalidad del régimen de la herencia. Se aplica una sola ley, la española, a la totalidad de la herencia por estar toda ella sita en España. Con ello se ha vuelto a introducir la duda en una cuestión que parecía haber entrado en un camino pacífico y claro.

B.- El otro tema que pienso merece algunos comentarios por ser muy actual y con gran interés práctico, dentro de los conflictos internormativos, tanto interestatales como intraestatales, o sea, tanto en D° Internacional Privado como en “D° Interregional” entre comillas, es el de los derechos del cónyuge viudo en cuanto, por cambios de nacionalidad o vecindad civil o de domicilio, se puede producir un conflicto de leyes.

Es el caso contemplado en el último inciso del art. 9-8°-del C.c. que de acuerdo con la reforma de 15 de octubre de 1.990 dice “Los derechos que por el ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”. La peculiaridad de este conflicto internormativo radica en que no sólo se trata de encontrar el derecho aplicable al caso, basándonos en un punto de conexión, sino que se va más

allá, intentando aplicar, además, un componente de equidad o justicia, conectando, si es preciso, dos grupos de normas: las sucesorias y las de los efectos del matrimonio, como veremos a continuación.

En su estudio vamos a seguir el trabajo publicado por nuestro compañero el Notario de Porreras, hoy de Lérida, ANTONIO CHAVES RIVAS en el II Tomo del Libro-Homenaje dedicado al querido amigo ILDEFONSO SANCHEZ MERA, Notario que fue de Santiago de Compostela, publicado en el año 2002.

Los problemas que plantea este breve inciso son muchos, muy importantes y de no fácil solución. Hay planteados varios recursos gubernativos contra calificaciones de varios Registradores de la Propiedad y la Dirección General llevaba ¡seis años! sin resolverlos. Ahora ya sí hay una resolución.

Hay problemas prácticos muy interesantes sobre competencia del Notario del lugar donde esté vigente la legislación a que se remite la norma de conflicto, así como el alcance de la calificación del Registrador todo ello en relación a las actas de notoriedad de declaración de herederos ab intestato. No podemos entrar en su estudio.

El problema central radica en la posibilidad de compatibilizar las normas sucesorias con las normas relativas a los efectos del matrimonio y aquí enlazamos con lo que antes hemos anunciado.

Lo deseable es que ambos ordenamientos sean equilibrados o sea, que se compensen sus efectos. Cuando el régimen económico-matrimonial concede muchos derechos, como en el de gananciales y, en general, los de comunidad, las normas sucesorias son más cicateras en la concesión de derechos sucesorios al cónyuge viudo (legítimas y usufructos cortos etc.). Por el contrario, ante un régimen legal de separación de bienes la ley sucesoria ha de ser más espléndida con el cónyuge viudo porque no hay liquidación de régimen económico-matrimonial (usufructo universal, etc.). Hay excepciones en más (D° navarro) y en menos (D° ibicenco).

El problema es de calificación: si los derechos concedidos al viudo por ministerio de la ley forman parte del derecho sucesorio, ante un cambio de legislación habrá cambio de régimen; mientras que si, por el contrario, se le califica como derecho matrimonial, ante dichos cambios de vecindad o nacionalidad no habrá cambio de normas (salvo modificación de capitulaciones matrimoniales).

Los efectos o consecuencias de dicha calificación y la remisión a una u otra ley podría implicar, o bien, la acumulación de dos leyes favorables al viudo (cuota sustancial en la liquidación del régimen económico-matrimonial,

más unos derechos sucesorios muy reforzados (un usufructo universal, por ejemplo), o, por el contrario, que las dos regulaciones sean contrarias al cónyuge sobreviviente y se quede sin casi nada o sin nada como en el derecho ibicenco donde hay un régimen de separación de bienes y al cónyuge viudo no se le conceden derechos legitimarios).

Cada uno de los supuestos de hecho de esta norma plantea problemas interesantes. Sólo enunciaremos algunos, sin entrar a fondo en ellos.

1.- En primer lugar, habla del “cónyuge viudo”. ¿Será aplicable a los casos de separación, matrimonio poligámico o disolución de pareja de hecho o estable por fallecimiento?. Según la ley de parejas estables de Baleares, que intenta equiparar la situación de estas uniones a las del matrimonio podría parecer que sí, si no fuera porque en la misma se contiene una norma totalmente inconstitucional ya que uno de los dos convivientes ha de tener vecindad balear y el otro, si no la tiene se ha de someter a la legislación balear, disposición absolutamente disparatada, si no se adquiere la vecindad civil balear no se le puede aplicar nuestra Compilación.

2.- Han de ser “derechos concedidos por ministerio de la ley”. Según Chaves ésta es la “clave de bóveda” o cuestión decisiva para su interpretación y aplicación. Se trata de determinar si hay que incluir todos los derechos atribuidos por la ley que van desde las legítimas, las atribuciones familiares y la sucesión abintestato. Hay soluciones para todos los gustos, todas ellas con fundamentos sólidos.

3.- La interpretación de la expresión “ley que regula los efectos de matrimonio” tampoco queda clara porque de considerar aplicable el precepto a los matrimonios celebrados antes de la reforma de 1.990 se nos plantea el problema de determinar tras la reforma del C.c. de 1.973-74 si la ley a que se remite la norma es la que regula las relaciones personales y patrimoniales del matrimonio –que es mutable– o bien la que regula el régimen económico-matrimonial que es inmutable, salvo pacto no impedido por la nueva ley.

Después de redactada esta contestación la D.G. R. Y N. ha resuelto la mayoría de los problemas planteados en R. De 11 de marzo de 2003, publicada en el B.O.E. del 25 de abril de este año.

Sobre la base de partida de la universalidad y unidad de régimen jurídico de la sucesión llega a la conclusión de que la ley de los efectos del matrimonio tiene una aplicación muy restringida, limitada a aquellos derechos derivados del matrimonio (tenuta, any de plor, ajuar doméstico, etc.); así como que la calificación registral no alcanza al fondo de la declaración de herederos contenida en el acta notarial, como si fuera un

documento judicial. De todas formas hay que reconocer que es una Resolución muy importante y muy elaborada. Nunca es tarde si la dicha es buena. La escritura calificada era de 1.995.

Querido nuevo académico o “académico-cantano”, esta es mi visión, no excesivamente optimista de los conflictos internormativos.

Muchas gracias a todos por su paciencia y atención.