

LaNotaria

Monográfico | Número 2 | 2018

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

40 Aniversario de la Constitución: una amplia perspectiva de la Carta Magna

"La Constitución es el símbolo más claro de la necesidad del pacto como elemento cohesionador de la democracia"

Entrevista a Miquel Roca Junyent
PONENTE DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

"Adaptar la Constitución a los nuevos tiempos es la demostración de que está más viva que nunca"

Entrevista a Dolores Delgado García
MINISTRA DE JUSTICIA

"A la Constitución le hacen decir cosas que nunca hubiera querido decir"

Entrevista a Ester Capella i Farré
CONSELLERA DE JUSTICIA

TRIBUNAS DE OPINIÓN

constituc*ión*



Pascual Sala Sánchez
José Marqueño de Llano
Josep Ma Vallès i Casadevall
Santiago Muñoz Machado
Lluís Jou Mirabent
Joaquim Tornos Mas
Robert Folla i Camps
Jesús Delgado Echevarría
Juan José López Burniol
Joan Carles Ollé Favaró



SERÁ TU PRIMERA REFERENCIA DE CONSULTA

NOVEDAD



iQMEMENTO NOTARIOS LEFEBVRE

Presentamos iQM Notarios, una aplicación diferente, eficaz y específica para tu profesión, que incluye:



Los Mementos Francis Lefebvre: garantía de acceso inmediato a soluciones rigurosas y de directa aplicación. Mementos: Fiscal, Sociedades Mercantiles, Sucesiones y Transmisiones (Fiscal), Familia, Sucesiones (Civil).



Los Formularios Prácticos de Sociedades Anónimas y Limitadas, con todos los documentos necesarios para cada operación, incluidas las escrituras públicas.



Una **base de datos jurídica que te ofrece todos los fundamentos** que respaldan las soluciones propuestas: normas, sentencias, resoluciones administrativas, etc.



Y además es **multisoporte**, consulta la información en cualquier momento y lugar.

SOLICITA MÁS INFORMACIÓN

91 210 80 00

clientes@lefebvreelderecho.com

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Javier Martínez Lehmann

Consejo de redacción:

Víctor Javier Asensio Borrellas, Leticia Ballester Azpitarte, Víctor Esquirol Jiménez, Pablo Gómez Clavería, Jesús Gómez Taboada, Antonio Longo Martínez, Susan Marsinyach Calvet

Consejo editorial:

Esther Arroyo Amayuelas (U. de Barcelona), Luis Humberto Clavería Gosálbez (U. de Sevilla), Andrés Domínguez Luelmo (U. de Valladolid), Joan Egea Fernández (U. Pompeu Fabra), Ignacio Farrando Miguel (U. Pompeu Fabra), Jacinto Gil Rodríguez (U. del País Vasco), José Luis Linares Pineda (U. de Girona), Sergio Llebaría Samper (Esade-URL), Juan José Marín López (U. Castilla-La Mancha), José María Miquel González (U. Autónoma de Madrid), Susana Navas Navarro (U. Autónoma de Barcelona), Pablo Salvador Coderch (U. Pompeu Fabra), Antoni Vaquer Aloy (U. de Lleida), Rafael Verdera Server (U. de Valencia), Francisco Vicent Chuliá (U. de Valencia), Roberto Follía Camps (Notario - RALJC), José Antonio García Vila (Notario), Ildefonso Sánchez Prat (Notario), Josep M.ª Valls Xufré (Notario), M.ª Angels Vallvé Ribera (Notario)

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño, Preimpresión e Impresión por Lefebvre-El Derecho

ISSN: 0210-427X

D.L.: M-15124-2012

NIPO (Papel): 051180400

NIPO (PDF): 051180416

Todos los derechos reservados.

Las opiniones vertidas por nuestros colaboradores en estas páginas son de su exclusiva responsabilidad y no coinciden necesariamente con la línea editorial de **LA NOTARIA**

© 2010 Il·lustre Colegio de Notaris de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en

www.notariosdecataluña.org

lanotaria@catalunya.notariado.org

Constitución Española de 1978, su incesante fuerza renovadora del ordenamiento jurídico

La promulgación de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 supuso, y sigue suponiendo, una fuerza vivificante y renovadora de nuestro completo ordenamiento jurídico a la hora de interpretarlo, pues todo el entonces vigente ordenamiento jurídico (público o privado) hubo que releerse en clave constitucional y, transcurridos cuarenta años, así se tiene que seguir haciendo, singularmente al tenerse que cohonstar con sus principios esenciales, de libertad, justicia o igualdad, art. 1.1 CE.

La Constitución es desde su entrada en vigor una norma jurídica, la de superior rango jerárquico y en ello reside también su fuerza derogatoria, aunque no por todos se aceptó así inmediatamente, al pretenderse su mero carácter programático, necesitado como tal de ulterior desarrollo; en algunos casos era clara y fácil determinar la inconstitucionalidad, en otros era todo un bloque normativo el que necesitaba de adecuación, y así se tardó años, o incluso más de un decenio, en acomodarse la legislación vigente a la nueva realidad constitucional, valgan los ejemplos de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo, lo que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2002, de 14 de febrero, conforme a la que el art. 9,2 CC –hasta su reforma prácticamente una docena de años después– implicaba una vulneración del derecho a la igualdad conyugal, en cuanto era la ley nacional del marido la llamada a regir supletoriamente el régimen económico matrimonial, con las consiguientes consecuencias, singularmente en caso de divorcio, en determinar si se está en gananciales o separación de bienes; o en relación a la Compilación catalana, aunque más breve plazo, no se produce hasta la Ley 13/1984, de 20 de marzo, con la consiguiente posible atribución –en la práctica– de derechos a quienes constitucionalmente no correspondía. Además, la CE también se aplica a relaciones nacidas antes de su entrada en vigor pero cuyos efectos se producen con posterioridad, baste recordar, en relación con los hijos adoptivos en el fideicomiso, la STC 9/2010, de 27 de abril de 2010, lo que nos llevaría, en su análisis, al estudio de la aplicación de los derechos fundamentales en la relación *inter privados*, que, sin duda, puede ser discutido –singularmente su concreción práctica– pero que no pueden ser desconocidos al momento de aplicar las normas de derecho privado, sea en materia de igualdad, no discriminación, o la misma dignidad de la persona (art. 10 CE), que podría actuar incluso como límite al mismo desahucio de la vivienda, pues su aplicación deriva directamente de la CE, sin necesidad de desarrollo por el legislador ordinario, aunque, como recuerda la STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, el legislador ordinario tiene “una limitada libertad de configuración al regular los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. En tema tan problemático como la vivienda es cada vez más amplio el sector doctrinal, otra cosa será cómo concretarlo (en arrendamiento, en propiedad, etc.), que considera el derecho a la vivienda, art. 47,1 CE, como un auténtico derecho subjetivo exigible por los ciudadanos *españoles*, no un mero principio programático.

Transcurridos estos primeros 40 años, junto a sus grandes principios, de libertad, justicia o igualdad, también deben tenerse presentes los efectos derivados del art. 9 CE, al garantizar la seguridad jurídica en su más amplia configuración (incluida, por tanto, la seguridad jurídica preventiva); del art. 14 CE, que influye en cualquier relación jurídica privada (desde la contratación a los estatutos de la propiedad ho-

rizontal); del art. 15 CE, que puede afectar desde el *nasciturus* a la integridad moral, incluso por razón de una obra plástica, o a la exposición continuada al ruido y las inmisiones, etc.; del art. 18 CE, que puede incluso relacionar la intimidad personal y familiar con el dicho ruido, y, desde luego, no digamos ya la omnipresente protección de los datos personales, etc.; y, en lo que concierne a su ejercicio, la tutela judicial efectiva, art. 24 CE.

En lo que es su reconocimiento de instituciones concretas no puede desconocerse que lo hace del derecho de asociación, art. 22 CE, en que fruto de su tiempo parece más pensar en algunas instituciones fascistas, totalitarias o, como expresamente dice, paramilitares, que no tanto en la iniciativa privada para crear sociedades, que quizás encuentre mejor su acomodo en el art. 128 CE; de la propiedad privada o la herencia, art. 33.1 CE, que exigirá delimitar –conforme a la cambiante realidad económica- el mismo concepto de propiedad, cada vez más condicionado por la creciente influencia de instituciones provenientes del *common law*, que llevará a tener que redefinir sus elementos estructurales, pues aunque siga siendo el derecho más absoluto posible en cada momento, ello exigirá concretar si basta con ostentar las facultades de goce y disposición, o también requiere de perpetuidad, e incluso, en la concepción del norteamericano W.N. Hohfeld, quizás habrá que delimitar la misma forma de pertenencia o apropiación –colectiva, individual, según sean o no bienes comunes, y la misma posibilidad y forma de apropiarse o delimitarse, basta pensar en las cuotas de emisión; y, desde luego, diferenciar entre propiedad (que puede alargarse hasta los derechos de crédito) y control de la riqueza, o las mismas *new properties*. Todo ello guarda relación con el art. 128 CE, que al contemplar la riqueza en sus distintas formas, cabe entender que podrá ser de tenencia, disposición, control, etc., aunque siempre subordinada al interés general. Lo que implica también relacionarlo con la herencia y, singularmente, con una institución capital de la misma como es la legítima, que exigirá abordar por los distintos legisladores ordinarios, más pronto que tarde, su reformulación dadas las nuevas realidades familiares (matrimoniales, de filiación, etc.), con su consiguiente delimitación de los sujetos (no ya solo excluyendo a los ascendientes, sino incluso a los mismos progenitores, sobre todo, si se quiere ampliar los derechos del cónyuge viudo), de su cuantía, forma de pago o naturaleza; y ello tendrá que ser así incluso admitiendo que no es trasladable miméticamente la doctrina constitucional alemana (sentencia de 19 de abril de 2005, relativa a su legítima), como que nuestras diferentes clases de legítimas caben, en su actual regulación, en la Constitución del 78.

Finalmente, otro aire renovador –en la era de la globalización- es el que insuflan los tratados internacionales signados por España, art. 13 CE, y, en concreto, arts. 93 y 96 CE, singularmente cuando este última precisa que “formarán parte del ordenamiento jurídico interno”, sin poder ser derogados sino “en forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”. Esto último sí configura un auténtico bloque de constitucionalidad, al margen de otras pretendidas ampliaciones del mismo, no pocas veces a gusto del opinante, y, sin que, en cualquier caso, pueda dejar de ser nuestra CE, dado nuestro sistema constitucional, la norma jerárquicamente suprema y única.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona



Editorial

- Constitución Española de 1978, su incesante fuerza renovadora del ordenamiento jurídico
Ángel Serrano de Nicolás 3



Tribunas de opinión

- Reflexiones puntuales sobre el principio de seguridad jurídica en el cuarenta aniversario de la Constitución
Pascual Sala Sánchez 6
- Vigencia de los principios del Notariado en el siglo XXI
José Marqueño de Llano 19
- En los 40 años de la Constitución de 1978: ¿final de etapa o final de trayecto?
Josep M. Vallès i Casadevall 23
- El Estado, 40 años después
Santiago Muñoz Machado..... 33
- 40 años de la Constitución de 1978: lengua catalana y Notariado
Lluís Jou Mirabent..... 44
- El Gobierno local en España tras 40 años de Constitución
Joaquín Tornos Mas 51
- El Derecho Civil Catalán después de la Constitución
Robert Follia i Camps 62
- La coexistencia de los Derechos civiles españoles en cuarenta años de Constitución. Trayectorias y perspectivas. *Garantía constitucional de la pluralidad de Derechos civiles*
Jesús Delgado Echevarría..... 67
- Cuarenta años después
Juan-José López Burniol..... 80
- Elementos de la función notarial a partir de la Constitución
Joan Carles Ollé Favaró 83



Entrevistas

- “La Constitución es el símbolo más claro de la necesidad del pacto como elemento cohesionador de la democracia”
Miquel Roca Junyent..... 108
- “Adaptar la Constitución a los nuevos tiempos es la demostración de que está más viva que nunca”
Dolores Delgado García..... 113
- “A la Constitución le hacen decir cosas que nunca hubiera querido decir”
Ester Capella i Farré 117

Reflexiones puntuales sobre el principio de seguridad jurídica en el cuarenta aniversario de la Constitución



Pascual Sala Sánchez

*Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial (1990-1996)
 y del Tribunal Constitucional (2011-2013).
 Presidente del Tribunal de Cuentas (1988-1990)*

SUMARIO

I. Introducción

II El reconocimiento constitucional del principio de seguridad jurídica y su inicial conexión con el de confianza legítima

- A) Concepto y naturaleza de la seguridad jurídica
- B) Seguridad jurídica y confianza legítima

III. La relación del principio de seguridad jurídica con los demás principios con que se integra en su reconocimiento constitucional

- A) Con el principio de legalidad y jerarquía normativa
- B) Con el principio de publicidad de las normas
- C) Con el principio de irretroactividad

D) Con el principio de responsabilidad de los poderes públicos

E) Con el principio de interdicción de la arbitrariedad

IV. La aplicación del principio de seguridad jurídica en el ámbito propio de los operadores económicos

V. La función del Notariado y la seguridad jurídica en el entorno digital

VI. Epílogo

I. INTRODUCCIÓN

La seguridad jurídica se ha convertido en el paradigma de la sociedad globalizada de nuestros días. No es que constituya una reivindicación acabada de aparecer

o recientemente producida, porque realmente arranca del momento en que el modelo revolucionario francés puro de situarla en el principio de legalidad, esto es, en la necesidad de respetar la ley como genuina expresión de la voluntad general, entra en crisis o se ve disminuido por la prevalencia de la Constitución como suprema norma de los ordenamientos jurídicos a la que debía, y deben, someterse todas las demás y por atribución a la justicia ordinaria o a una jurisdicción concentrada de la fundamental labor de determinar, en las condiciones constitucionalmente establecidas y en función de cada caso concreto sometido a su consideración, el ajuste o adecuación de las leyes a los valores y principios constitucionales.

Si a lo acabado de exponer se añade la cada vez más patente complejidad de los



ordenamientos jurídicos, la velocidad de los cambios tecnológicos y sociales en las relaciones humanas, la repercusión que todo ello tiene a la hora de legislar y de amoldar las leyes a dichos cambios e incluso la insuficiencia –y muchas veces deficiencia- de esos ajustes legales y la dificultad también de la justicia para superarlos –y algunas veces para no empeorarlos- se comprende fácilmente que la reivindicación de la seguridad jurídica se haya erigido en principio esencial de una ordenada convivencia y en principio contrapuesto a la incertidumbre procedente de las causas acabadas de apuntar, tanto en lo referente a la certeza de la norma aplicable a las controversias derivadas de esas relaciones sociales, como en lo que atañe a la predictibilidad de las consecuencias de su aplicación para resolverlas ⁽¹⁾.

En el presente estudio y con la necesaria concreción, se examinará la formulación constitucional y el significado del principio de seguridad jurídica, su naturaleza, sus elementos constitutivos y su conexión con el resto de los principios constitucionales, su aplicación múltiple al ámbito propio de los operadores económicos, principalmente los relacionados con la inversión, y la contribución del Notariado a su efectividad, incluso con las dificultades añadidas que supone la actual coyuntura digital. Todo ello con referencia prevalente a la jurisprudencia en su ámbito constitucional y ordinario.

II. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y SU INICIAL CONEXIÓN CON EL DE CONFIANZA LEGÍTIMA

A) Concepto y naturaleza de la seguridad jurídica

La seguridad jurídica viene expresamente reconocida, como principio constitucional, en el art. 9.3 del Texto Fundamental cuando establece que “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. No es la única ocasión en que la Constitución se refiere a la “seguridad”, bien como valor axiológico –la alusión al deseo de la Nación Española de “establecer la justicia, la libertad, y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran”, que figura en su Preámbulo, es su principal manifestación-, bien como complemento o referencia de, o a, derechos fundamentales –art.17.1 CE, “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”-, bien como finalidad prevalente de algunos colectivos o instituciones como la de garantizar la “seguridad ciudadana”, que corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad según el art. 104.1 CE, o la competencia exclusiva del Estado en materia de “seguridad pública” y sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas, con arreglo al art. 149.1.29ª CE, pero sí lo es para el especí-

fico reconocimiento de la seguridad referido al ámbito jurídico, al mundo del Derecho o, cabría añadir, a los “derechos ciudadanos” surgidos de su aplicación o, más concretamente, a la legalidad que dimana de los derechos fundamentales ⁽²⁾.

Por utilizar palabras de la propia jurisprudencia constitucional, la seguridad jurídica “ha de entenderse como la certeza sobre la regulación jurídica aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando la claridad y no la confusión normativa, de tal manera que solo si el ordenamiento jurídico en el que se insertan...el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en su destinatario una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la predictibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica” (ATC 72/2008, de 26 de febrero, F.J. 3).

En el punto de partida acabado de expresar nos lleva a entender que, desde una perspectiva general, la seguridad jurídica requiere la certeza en la regla del Derecho que evite, en lo posible, la posibilidad de interpretaciones contrapuestas sobre su sentido y finalidad y, desde un punto de vista subjetivo, la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos, que engarza, como enseguida veremos, con el básico principio de confianza legítima ⁽³⁾.

Para la doctrina del Tribunal Constitucional la seguridad jurídica es la suma de los principios a que se refiere el art. 9.3 CE acabado de reproducir. Lo explicó así el supremo intérprete de la Constitución desde sus primeras sentencias. Concretamente la STC 27/1981, de 20 de julio, de acuerdo con la conexión de la seguridad jurídica con los otros principios constitucionales con que la enuncia el precitado art. 9.3 y a propósito de un recurso de inconstitucionalidad formulado contra diversos preceptos de la ley de Presupuestos Generales del Estado para 1981, fundado en que, con arreglo al art. 137.7 CE, la Ley de Presupuestos no puede crear tributos, sino solo modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea, declaró, en su F.J. 10, luego reproducido prácticamente en todas las sentencias constitucionales sobre la materia, que “los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los

otros que integran el art. 9.3 CE –legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad– no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado Social y Democrático de Derecho” y que “en especial, lo que acabamos de afirmar, puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y de legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad en lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en la libertad”.

Importa resaltar, de acuerdo con esta formulación constitucional, el valor del principio por sí mismo y con propio contenido, independientemente, por tanto, del que pueda atribuírsele por su relación con los demás principios garantizados en el precepto por la Constitución.

Desde esta perspectiva configuradora de la seguridad jurídica como principio constitucional conviene destacar que la misma “no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas”.

También desde esta perspectiva configuradora de la seguridad jurídica como principio constitucional conviene destacar que la misma “no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas” (STC 227/1988, de 29 de noviembre, F.J. 10) ni “puede dar lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento” (STC 332/2005, de 15 de diciembre, F.J. 17), ni consagrar como derecho esa congelación (SSTC 187/1997, de 28 de octubre, F.J. 13, 4183/2014, de 6 de noviembre, F.J. 3) ni impedir la introducción

de modificaciones legislativas repentinas, máxime si lo hace el legislador de urgencia (STC 237/2012, de 13 de diciembre, F.J. 6).

No faltan, en este ámbito, declaraciones del Tribunal en que se enlaza la seguridad jurídica con la necesidad de que el legislador evite dudas de certeza jurídica a la hora de producir el Derecho. A este respecto, la STC 46/1990, de 15 de marzo, F.J. 4, a propósito de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley autonómica que pretendía la inaplicación de una ley aprobada por las Cortes Generales, más allá del plazo razonable legislativamente previsto para el caso e invadía, por ello, la competencia estatal, declaró que infringía también la seguridad jurídica “al generar una situación de incertidumbre jurídica en todo lo referente a la legislación de aguas aplicable en el territorio... [de la Comunidad]” porque “la exigencia del art. 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a que es Derecho y no, como en el caso que ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto de la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean estas”. Igualmente la STC 150/190, de 4 de octubre, F.J. 8, con ocasión de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Asamblea de Madrid 15/1984, de 19 de diciembre, del Fondo de Solidaridad Municipal de Madrid, reclama del legislador el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas ya que “una legislación confusa, oscura, e incompleta, dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia”, aunque añade a continuación que “no cabe admitir que se infringe el principio de seguridad jurídica cuando un texto normativo no se plantea y resuelve por sí mismo de modo explícito todos los problemas que puede suscitar



su aplicación[porque]... cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten. Solo si...el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica”.

Por lo demás, y especialmente conectado con la naturaleza de la seguridad jurídica como principio constitucional, su reconocimiento expreso, junto con los demás principios antes mencionados, por la Constitución, le ha conferido el rango superior que toda ella tiene como partícipe de la expresa normatividad que le reconoce el art. 9.1. La seguridad jurídica, por tanto, como los restantes principios y valores constitucionales, es norma jurídica final y permanente y, como ellos, instrumento normativo fundamental para la realización de los valores superiores del orden constitucional ⁽⁴⁾.

En consecuencia, la seguridad jurídica, como principio constitucional, tiene auténtico valor normativo y no meramente



programático, como declaró también el Tribunal Constitucional desde el principio de su jurisprudencia (vgr. STC 4/1981, de 2 de febrero, F.J. 1º B); y si bien es cierto que la seguridad jurídica y también los demás principios con los que viene reconocida en el precitado art. 9.3 CE, no están configurados en el Texto Constitucional como auténticos derechos subjetivos y menos aún de naturaleza fundamental a efectos de una más intensa tutela jurisdiccional mediante recurso de amparo (SSTC 10/1985, de 28 de enero, F.J. 4, y 165/1999, de 27 de septiembre, F.J. 2, entre muchas más), no lo es menos que pueden servir de fundamento para la interposición de recursos de inconstitucionalidad o planteamiento de cuestiones de la misma naturaleza. Además, cuando se trata de normas de rango inferior al legal, puede la justicia ordinaria decidir acerca de su adecuación constitucional, tanto para inaplicarlos si la contradicen (art. 6 LOPJ), como para anularlos en vía contencioso-administrativa en el mismo caso (art. 1º LJCA). Inclusive los principios expresados, según ha matizado la propia jurisprudencia constitucional (STC 32/1987, de 12 de marzo, F.J. 4), pueden operar como garantía de derechos fundamentales en cuanto su desconocimiento puede también suponer un menoscabo inconstitucional del derecho o libertad fundamental que tales principios protegen y, consecuentemente entonces, pueden ser objeto de consideración en un recurso de amparo.

B) Seguridad jurídica y confianza legítima

Aparte de las alusiones ya hechas al principio de confianza legítima en cuanto corolario del principio de seguridad jurídica, en el sentido de que este “protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles” como afirma la importante y reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, núm. 143/2018, de 1º de febrero (recurso de casación 802/2014), importa señalar que la misma Sentencia (F.J. 6), haciendo referencia, entre otras, a la Sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, F.J. 7, y al voto particular concurrente que la acompaña –y que contiene una completa exposición del principio y de sus aplicaciones– así como a otras Sentencias de la propia Sala 3ª del T.S., declara que “el principio de protección de confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de seguridad jurídica y buena fe en las relaciones entre la Administración Pública y los particulares, comporta que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquella y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones”, y añade que “este principio de confianza legítima encuentra su fundamento último... en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y el deber de coherencia de dicho comportamiento y en el principio de buena fe que rige la actuación administrativa... pues si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiera generado en el administrado”. En este mismo fundamento, el T.S. añade igualmente que “la protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino que... se refiere a la creencia racional y fundada de que, por actos anteriores, la Administración adoptará una determinada decisión y ...[que]... tan solo es susceptible de protección aquella

confianza sobre aspectos concretos que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes”.

Con esta reproducción de la doctrina sentada en la Sentencia del T.S. acabada de exponer, que recoge y sintetiza la doctrina constitucional (STC 270/2015, antes citada) y la de la propia Sala 3ª del T.S. a partir de la sentencia de 15 de diciembre de 2005 (recurso 73/2004) hasta la de 16 de marzo 2015 (recurso 118/2013), se tiene ya una completa exposición del principio de confianza legítima como correcta derivación del de seguridad jurídica. Debe señalarse, sin embargo y a modo de conclusión respecto de la jurisprudencia producida sobre el tema, que la confianza legítima requiere para su apreciación: a) un elemento subjetivo consistente en la creencia racional y fundada de que, por actos anteriores, la Administración adoptará una determinada decisión (SSTS, entre otras, de 26 de abril, 20 de septiembre y 30 de octubre de 2012; 24 de marzo de 2014 y 5 de junio de 2015); b) un elemento objetivo determinado por signos o hechos externos “concluyentes” de parte de la Administración, que no pueden identificarse con meras indicaciones verbales recibidas de un funcionario, ya que requieren una “actuación” previa de la Administración como tal (STS de 20 de mayo de 2004), que necesitan como regla general ser acreditados documentalmente (STS de 6 de octubre de 2003) y responder al principio de identidad entre los hechos producidos y los posteriormente alegados (STS de 11 de noviembre de 2010); y c) que la actuación previa de la Administración que sirva para extraer de ella la confianza en que no se apartará del precedente sea una actuación lícita y adecuada a Derecho (STS de 30 de octubre de 2012) y pertenezca al ámbito de actuación y de potestades discrecionales, porque si deriva de la necesidad de cumplimiento de requisitos propios de actividad reglada, el resarcimiento deberá canalizarse por la vía de la responsabilidad patrimonial, en cuanto la consecuencia de la referida actividad reglada no sería otra que la generación, en su caso, de un auténtico derecho (STS de 10 de septiembre de 2012, recurso 5511/2009).

También en el Derecho de la Unión Europea el principio de confianza legítima, vinculado al de seguridad jurídica, tiene

singular relevancia hasta el punto de que puede reconocerse como principio general del Derecho de la Unión Europea aun cuando no aparezca expresamente formulado como tal en el Derecho originario. Es un principio firmemente asentado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, como entendió la STS de 22 de enero de 2013..., que así lo declara “exige determinadas condiciones para su reconocimiento: en primer lugar, que la creencia en que se sustenta se base en signos externos y no en meras apreciaciones subjetivas o convicciones psicológicas (Sentencia de 5 de octubre de 1993, Driesser y otros, ap. 33, asuntos acumulados C-13/92 a C-16/92). Y, además, en segundo término, que ponderados los intereses en juego, la situación de quien legítimamente se fió del comportamiento o actuación de la Administración sea digna de protección, no siéndolo cuando el interés general es de una intensidad tal que obliga a darle preeminencia, como ocurre, por ejemplo, con la protección de la salud pública (Sentencia Affish, de 17 de julio de 1997, ap. 57, asunto C-183/95, y las que en ella se citan)”.

Esta elaboración jurisprudencial ha tenido su base en preceptos del actual Tratado de la Unión Europea cuando, en el hoy art. 19.1, establece que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea “garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados”. También lo ha tenido, como la anterior sentencia del Tribunal Supremo específica, en la Ley Fundamental de Bonn y en criterios derivados de la jurisprudencia constitucional alemana.

No obstante, pueden señalarse, tanto para la seguridad jurídica como para su corolario de confianza legítima, principios comunes en el ámbito interno de los Estados –concretamente en el español– y en el externo del Derecho de la Unión. Así, vgr., la STJUE, Tribunal de 1ª Instancia, de 13 de septiembre de 2005, Ricosmos BV, T53/02, ap. 53, declara que “el principio de seguridad jurídica exige que las normas jurídicas sean claras y precisas y tiene por finalidad garantizar la previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito del Derecho Comunitario”. Por tanto, la seguridad jurídica exige, desde el punto de vista objetivo, la “certeza” de la norma y, desde el subjetivo, la predictibilidad del resultado de su aplicación (STJUE, de 16 de



marzo de 2006, Emsland-Stärke, C94/05, ap.43), lo que conduce al resultado de que los justiciables estén en condiciones de conocer puntualmente los derechos que se les atribuyen y las obligaciones que asumen y así de adoptar las medidas que estimen adecuadas, supuesto este que engarza directamente con la confianza legítima que surge de los casos en que las Administraciones hayan dado “seguridades concretas” que conduzcan a “esperanzas fundadas”. Todo ello con especial aplicación restrictiva del principio de retroactividad a situaciones consolidadas ⁽⁵⁾.

III. LA RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA CON LOS DEMÁS PRINCIPIOS CON QUE SE INTEGRA EN SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

A) Con el principio de legalidad y jerarquía normativa

Como ha sido destacado con práctica unanimidad por la doctrina, el principio de legalidad admite contenidos muy diversos y significaciones concretas según el sector del ordenamiento al que se refiera. Por ello, aquí se va a contemplar exclusivamente en su dimensión de que la ley emanada del Parlamento es la primera norma del ordenamiento, aunque supeditada a la Constitución como se desprende del tajante mandato contenido en su art. 9.1 que expresa la supremacía de la misma y la sumisión a ella de los ciudadanos y los poderes públicos. Lo

expresa, también con contundencia, el art. 117.1 al tratar del Poder Judicial (Título VI), cuando precisa que “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial. Independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”. Igualmente, cuando aplica o se refiere al principio de legalidad penal (art. 25 CE), o al establecimiento de prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, que habrá de hacerse “con arreglo a la ley” (art. 31.3 CE), o al principio de legalidad tributaria al sentar claramente que “la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley” (art. 133.1), o a la actuación de la Administración Pública, que ha de producirse “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” (art.103.1 CE).

Resulta claro que esta dimensión del principio impide que, en un trabajo como el presente, se entre en su estudio omní-comprensivo. Basta, a efectos de su vinculación con el principio de seguridad jurídica, con resaltar que el principio de legalidad señala la necesidad de que la actuación de administraciones y poderes públicos en sus relaciones con los ciudadanos se sujete estrictamente a la ley, inclusive en su versión de vinculación positiva por lo que respecta a la actuación de las mismas.

En cuanto afecta al principio de jerarquía normativa debe entenderse incluido en el principio de legalidad (STC 51/1983, de 14 de junio, F.J. 2). El principio de jerarquía nor-



mativa no se circunscribe a la relación entre leyes y desarrollo reglamentario de las mismas, siempre que este desarrollo se concrete en una intervención auxiliar o complementaria del Reglamento (SSTC 235/2000, de 5 de octubre, F.J. 5, y 292/2000, de 30 de noviembre, F.J. 14) o en aspectos adjetivos o procedimentales (STC 96/2002, de 25 de abril, F.J. 5), sino que se extiende también a leyes que excedan su propio contenido constitucional, como ocurre cuando una Ley de Presupuestos Generales traspasa su contenido normativo (autorización de los gastos y destino de los mismos) y pasa a regular materias distintas o incluso procede a crear tributos cuando solo puede modificarlos si una ley tributaria sustantiva así lo prevé (Art. 134.7 CE).

Un aspecto singular del principio de jerarquía normativa lo constituyen los convenios colectivos en que se traduce el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y los empresarios que garantiza el art. 37.1 CE, y que la STC 62/2001, de 1º de marzo, F.J. 3, entendió que no podían prevalecer sobre la ley y se encontraban supeditados a ella. Sin embargo, la STS de 22 de diciembre de 2014 (Ar. 6638) ha mantenido la ultractividad de las cláusulas convencionales si se contractualizan, es decir, si se incorporan a cada contrato individual de trabajo.

Otro, lo constituye el que determina el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, en el sentido de que se superpone al Derecho interno de los Estados

a ella pertenecientes, desplazando la aplicación de las normas que lo contradigan cualquiera que sea su rango.

Sin duda esta primacía o prevalencia del Derecho de la Unión se inscribe en el principio de legalidad y en su conexo de jerarquía normativa, en cuanto impone a la justicia ordinaria de los Estados la inaplicación de disposiciones con fuerza de ley que se opongan al citado Derecho.

La jurisprudencia constitucional comenzó entendiendo que el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho, entonces, Comunitario Europeo no puede depender exclusivamente del juicio subjetivo del juez o aplicador del Derecho y necesita de otras garantías y cautelas, aun cuando resolver la pretendida contradicción entre normativa interna y el Derecho Comunitario se entendió quedaba fuera de la competencia del Tribunal Constitucional, que solo podía decidir si el juez español adoptó su decisión inaplicativa con arreglo a los principios del proceso debido y con todas las garantías. En el caso contemplado en la Sentencia, se entendió no había sido así y, en consecuencia, que debió de ser planteada la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia Europeo (STC 173/2002, de 9 de octubre, F.J. 9).

Posteriormente, la STC 58/2004, de 19 de abril, consideró que, cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si

contradice la Constitución, o de la cuestión prejudicial, si lo hace respecto del Derecho de la Unión, debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española, criterio ratificado por la STC 194/2006, de 19 de junio, F.F.J.J. 4 y 5, máxime si a la ley inaplicada no le era aplicable la Directiva que se trataba por provenir aquella de un territorio ultraperiférico (Canarias), aunque la ley analizada hubiera establecido una regulación similar a otra ley respecto de la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había, en una cuestión prejudicial, pronunciado en contra de su compatibilidad con el Derecho de la Unión.

Más tarde, la STC 78/2010, de 20 de octubre, precisó los términos en que debe entenderse la obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria, que desaparece, "aun tratándose de decisión de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo... como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión", términos estos que sustancialmente no divergen del mantenido por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 19 de enero de 2010 (asunto C-555/07, caso Küçükdereci), que entendió que el Juez nacional, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, tiene el deber de abstenerse de aplicar una disposición de su propio Derecho que estime contraria al de la Unión, pero "sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni estar impedido para hacerlo" y sin perjuicio "de los procedimientos que el Derecho interno imponga al juez nacional para dejar sin aplicación una disposición nacional que estime contraria a la Constitución" (F.F.J.J. 53 y 55).

En cualquier caso, el juicio que deba hacer el Juez "a quo" en cuanto a la oposición de la ley propia al Derecho de la Unión debe ser suficientemente motivado y aparecer así con meridiana claridad. La función del Tribunal Constitucional mediante el

recurso de amparo será, precisamente, la de apreciar si tanto la aplicabilidad al caso del Derecho de la Unión, como su oposición a normas de ordenamiento interno, han sido decididas con criterios irrazonables, arbitrarios o patentemente erróneos por el Tribunal concernido y no con los fijados por la precitada STC 78/2010 a que antes se hizo expresa indicación ⁽⁶⁾.

B) Con el principio de publicidad de las normas

Sin duda la publicidad de las normas es requisito fundamental para su conocimiento y su conexión con la seguridad jurídica es, por tanto, innegable, “pues solo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de estos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultan evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento” (STC 179/1989, de 2 de noviembre, F.J. 2)

No es oportuno en un estudio como el presente el examen de la legalidad estatal, autonómica y local sobre la materia. Basta con considerar que es principio esencial de la seguridad jurídica que debe desprenderse de la actividad normativa de cada uno de los poderes públicos que la tengan reconocida.

No es oportuno en un estudio como el presente el examen de la legalidad estatal, autonómica y local sobre la materia. Basta con considerar que es principio esencial de la seguridad jurídica que debe desprenderse de la actividad normativa de cada uno de los poderes públicos que la tengan reconocida.

Aparte de los supuestos específicos en los que la Constitución se refiere a la publicación de las leyes (art. 91), o a quien tiene la competencia para emitir las reglas



relativas “a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas” (el Estado según el art. 149.1.8º CE) o a la necesidad de publicación oficial para la eficacia de los tratados internacionales (art. 96.1 CE), es a las normas que rigen los ámbitos estatal, autonómico y local a las que habrá que atender para conocer los requisitos de publicidad a que está subordinada su eficacia.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha extendido la necesidad de publicación de determinadas resoluciones suyas en el Boletín Oficial del Estado (STC 114/2006, de 5 de abril, F.J. 6), así como la necesidad de publicidad de las cláusulas y reservas a los tratados internacionales y de su retirada para su eficacia e integración en el ordenamiento jurídico propio (STC 141/1998, de 29 de junio, F.J. 6); de la de los actos jurídicos y disposiciones de las Corporaciones Locales (SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, F.J. 8 y 45/1985, de 26 de marzo, F.J. 3 –circulares-) y de la de las resoluciones judiciales que anulen disposiciones con fuerza normativa (STC 195/2005, de 18 de julio, F.J. 3) ⁽⁷⁾.

C) Con el principio de irretroactividad

La Constitución, en esta materia de irretroactividad de las normas, no adopta una posición genérica como, en principio, hizo el Código Civil en su Título Preliminar tras de la reforma que entonces operaron la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del expresado Título, y el

Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que la desarrolla con fuerza de ley, al establecer (art. 2.3) que las “leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”, sino que concreta la garantía del principio de “irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales”, que luego vuelve a reconocer en su art. 25.1 al establecer que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente de aquel momento”.

Pese a la concreción acabada de destacar, y de sus dificultades en el campo penal a propósito del cómputo de las penas en la aplicación de beneficios penitenciarios –redención de penas por trabajo– entre los Códigos penales de 1973 y el vigente de 1995 ⁽⁸⁾, la apreciación del tema de la irretroactividad de las leyes y de la constitucionalidad de sus efectos ha merecido una abundante consideración por parte de la doctrina científica y de la jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria.

En primer lugar, y ciñéndonos al estricto texto constitucional, se plantea el problema de determinar el alcance y significado de la expresión disposiciones “restrictivas de los derechos individuales” que el precepto constitucional utiliza.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha sentado que la expresión “derechos



individuales" ha de entenderse referida, no a los derechos adquiridos, sino a "todo o parte de los derechos fundamentales y libertades públicas" o a "la esfera general de protección de la persona", aparte de que la expresión mencionada –restricción de derechos individuales- "ha de equipararse a la idea de sanción" (STC 42/1986, de 10 de abril, F.J. 3 y ulteriormente STC 112/2006, de 5 de abril, F.J. 17) ⁽⁹⁾.

Por lo demás, la doctrina constitucional sobre el principio de irretroactividad relacionado con el de seguridad jurídica y su corolario de confianza legítima, se inspira en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, de la que ha pasado, prácticamente en los mismos términos, a la de nuestro Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo ⁽¹⁰⁾.

La importante STC 112/2006, de 5 de abril, F.J. 17, paradigmática en este punto y posteriormente reproducida en otras muchas, ha concretado los puntos esenciales del alcance del principio de irretroactividad con doctrina que puede sintetizarse en los siguientes apartados:

En primer lugar, que la determinación del supuesto en que una norma de naturaleza retroactiva vulnera la seguridad jurídica es cuestión que solo puede apreciarse en cada caso concreto que a la consideración del tribunal se presente, para lo que habrá que valorar no solo el grado de retroactividad de la norma analizada, sino también las circunstancias concretas que cada supuesto presente.

En segundo término, para efectuar la precitada valoración es esencial la distinción entre una retroactividad auténtica, o de grado máximo, y otra impropia, o de grado medio. La primera tiene lugar cuando se está en presencia de una disposición que anude su aplicación –y, por consiguiente, sus efectos- a situaciones producidas y consumadas con anterioridad a la vigencia de la ley de que se trate. La segunda –la impropia- se da cuando la ley o la disposición concernida repercute y produce eficacia respecto de situaciones jurídicas actuales no terminadas, es decir, que se han originado durante la legislación precedente y siguen produciendo efectos cuando la nueva ha adquirido vigencia. Inclusive en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y a modo de una última modalidad de retroactividad, se ha distinguido una tercera categoría constituida por la retroactividad "mínima" o "débil", que se da cuando la nueva normativa solo produce efectos para el futuro aunque la situación contemplada se haya producido durante la vigencia de la normativa precedente (vgr. SSTs de 15 de noviembre de 1999, Sala 3ª, y de 23 septiembre de 2002, Sala 4ª). En realidad, esta última categoría puede fácilmente integrarse en la retroactividad impropia, aunque temporalmente dirigida a una apreciación futura, o, lo que es lo mismo, a los efectos a partir de la vigencia de la nueva norma, o, incluso, negarse que se esté ante un verdadero supuesto de retroactividad, que sería la calificación más acertada.

Y, en tercer lugar, que la proscripción de la retroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto afectado y no a las expectativas, porque una interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento, que, además, serían contrarias a la obligación con naturaleza normativa, que impone el art. 9º.2 a los poderes públicos de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas", de "remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud" y de "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

Para ultimar, también sintéticamente, este apartado parece conveniente hacer referencia a supuestos concretos en los que la jurisprudencia constitucional ha aplicado el principio de irretroactividad aquí considerado, principalmente cuando se trata de leyes afectantes al ámbito de la función pública y al propio de las leyes tributarias.

Respecto de las primeras, concretamente las leyes que redujeron la edad de jubilación de los funcionarios públicos o de determinadas categorías de los mismos, las SSTC 108/1986, de 29 de julio, y 126/1987, de 16 de julio, entendieron que no se vulneraba la doctrina establecida en punto a la retroactividad de grado medio o impropia con dichas reducciones.

En cuanto a las leyes tributarias, la STC 273/2000, de 15 de noviembre, F.J. 6, recogiendo criterios, entre otras, de la STC 126/1987, de 16 de julio, F.J. 9, después de declarar en el F.J. 5 que "las normas que imponen cargas tributarias con base en el art. 31.1... no son por definición disposiciones restrictivas de derechos individuales en el sentido del art. 9.3 C", sienta que "afirmar que las normas tributarias no se hallan limitadas en cuanto tales por la prohibición de retroactividad establecida en el art. 9.3 CE... no significa que su legitimidad constitucional no pueda ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios constitucionales... señaladamente... el de seguridad jurídica ... [pues]... este principio puede erigirse en valor absoluto, y ello daría lugar a la congelación o petrificación del

ordenamiento jurídico existente...ni debe entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen jurídico-tributario ... Por el contrario dicho principio sí protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede afectar a la interdicción de la arbitrariedad”.

D) Con el principio de responsabilidad de los poderes públicos

El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, básico en un Estado de Derecho, se manifiesta no en una sola dirección, sino en función de los diversos poderes que han de asumirlo. En términos referidos a las Administraciones Públicas, está recogido en el art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, que señala en su apartado 1 que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”, fiel trasunto del art. 106.2 de la Constitución, que lo formula dentro de Título IV, relativo al Gobierno y a las Administraciones.

En este trabajo no se va a entrar en el estudio del principio de responsabilidad en la integridad de su contenido. Solamente, en cuanto está conectado con el principio de seguridad jurídica y con su corolario de la confianza legítima se hará alusión al de responsabilidad del Estado legislador que, posteriormente, al analizar la virtualidad de los principios aquí considerados en relación con los operadores económicos, especialmente en el campo de la inversión, serán objeto de concreto análisis.

La responsabilidad del Estado legislador se establece también en el art. 32 de la antes citada Ley de Régimen Jurídico de Sector Público, ap. 3, en los mismos términos con que se reconocía en el art. 139.3 de la anterior Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El anteci-

tado precepto establece que “asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen”. Añade que la responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también cuando los dos deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea, siempre, en ambos casos, que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, y se hubiera alegado la inconstitucionalidad o la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada (aps. 4 y 5 del art. 3.2) y con observancia, también, de los demás requisitos establecidos en el precepto y, por tanto, del de la previsión de la responsabilidad en los actos legislativos que la determinaran.

La responsabilidad del Estado legislador se establece también en el art. 32 de la antes citada Ley de Régimen Jurídico de Sector Público, ap. 3, en los mismos términos con que se reconocía en el art. 139.3 de la anterior Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Con base en la protección que la Constitución brinda en el art 9.3 a los principios de seguridad jurídica y su derivado de confianza legítima y con una transposición de los principios que informan el de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos a que se refiere el art. 106.2 CE en relación con el de responsabilidad también protegido por el art. 9.3, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acogido el principio de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en los supuestos en que la aplicación de una ley origine daños a particulares que estos no tengan obligación de soportar en virtud de los principios de seguridad y confianza legítima precitados.



Así, las SSTs de 5 marzo de 1993 y 16 de septiembre de 1997, reconocieron el derecho a ser indemnizadas determinadas empresas pesqueras por los perjuicios sufridos con supresión de ayudas motivadas por el Tratado de Adhesión de España a las entonces Comunidades Europeas. Así, también, el mismo reconocimiento se hizo a empresas urbanizadoras por los perjuicios derivados de la declaración de espacios protegidos a parcelas que no tenían esa calificación y podían ser edificadas según la legislación anterior (vgr. SSTs de 9 de febrero y de 27 de septiembre de 1999) o a empresas petroleras por una ley autonómica que estableció un impuesto especial sobre combustibles derivados del petróleo (SSTs de 8 y 9 de octubre de 1998).

La doctrina científica reaccionó dividida ante esta situación aunque con prevalencia de las posiciones favorables ⁽¹¹⁾. En realidad, si se estima que estas leyes, al no haber previsto en su contenido medidas de aplicación transitorias o de compensación que amortiguaran los efectos desfavorables de la nueva regulación para situaciones patrimonializadas por los afectados y solo a esta ausencia se anuda el efecto de inconstitucionalidad, el problema se circunscribe a la valoración de las medidas que normalmente tienen estas leyes y que, por tanto, no podrían calificarse de arbitrarias. Con posterioridad, al tratar de los problemas abordados por la retribución de las energías renovables, se analizará la mentada valoración con mayor detalle.



Un punto específico dentro de este apartado de responsabilidad de los poderes públicos es el relativo a la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

Tuvo sus orígenes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concretamente en la Sentencia Francovich y Bonifaci, de 19 de noviembre de 1991, que abordó el problema de la responsabilidad del Estado por falta de desarrollo (transposición) de la Directiva 80/87, del Consejo, sobre armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, que carecía de efecto directo por no ser precisa e incondicional la referencia al sujeto obligado a garantizar la prestación protectora, y concretó las condiciones para que surgiera el derecho a la reparación a que el resultado perseguido por la Directiva implique la atribución de derechos a los particulares; a que el contenido de esos derechos pueda ser identificado con arreglo a disposición de la propia Directiva, es decir, que esté suficientemente caracterizada; y a) que exista una relación de causalidad entre la violación de la obligación que incumbe al Estado y el perjuicio sufrido por quien reclama la reparación.

La responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión se da también por el desarrollo inadecuado o insuficiente de una Directiva aun cuando no sea esta directamente aplicable por falta de

precisión (Sentencia Wagner-Miret, de 16 de diciembre de 1993) o, siendo precisa e incondicional, por no haberla desarrollado portratarse de una relación horizontal (entre particulares, Sentencia Faccini Dori, de 14 de julio de 1994). Es esta responsabilidad atribuible al Estado y extensible a todos los actos de este, sean legislativos, judiciales o administrativos (Sentencia Brasserie du Pêcheur-Factortame, de 5 de marzo de 1996 y Sentencia Köbler, de 30 de septiembre de 2003, cuando el incumplimiento se debe a una actuación de los Tribunales nacionales, ratificada en la Sentencia Traghetti, de 13 de junio de 2006). La exigencia de la responsabilidad se inscribe en el marco de las responsabilidades atribuibles a los poderes públicos y a los procedimientos nacionales aplicables.

El T.S. español, en sentencia de 12 de junio de 2003, reconoció la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la defectuosa transposición de la Directiva 95/47/CE, de 24 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre uso de normas para la transmisión de señales de televisión. Las SSTS de 30 de abril de 2004 y de 11 de enero de 2008, rechazan la pretensión de indemnización solicitada por la tardanza en la transposición de Directivas a la homologación de títulos por tratarse de una mera expectativa ⁽¹²⁾.

La asunción, por tanto, del Derecho Europeo en este punto por la jurisprudencia española puede considerarse completa.

E) Con el principio de interdicción de la arbitrariedad

Se trata de un principio también directamente conectado con el de seguridad jurídica que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha referido fundamentalmente a la actividad legislativa.

En tal ámbito, la importante STC 49/2008, de 9 de abril, F.J. 5, sienta que la decisión adoptada por el legislador al aprobar una ley no le exige “el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en el ejercicio de su libertad de configuración”, por lo que a la ausencia de justificación no cabe atribuirle causa “generadora de arbitrariedad”. Y es que, como la misma sentencia indica, “el pluralismo político y la libertad de configuración del legislador... son bienes constitucionales que debemos proteger”

y la arbitrariedad nunca puede ser el resultado de una discrepancia política acerca del contenido de la ley.

Por su parte, el ATC 72/2008, de 26 de febrero, ya anticipó que “el control de constitucionalidad de las leyes debe ejercerse sin imponer constricciones indebidas al Poder legislativo y respetando sus opciones políticas, máxime cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad... sin que resulte pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias”, aunque “no es posible confundir lo que es arbitrio legítimo del legislador con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales”.

La aplicación de este principio a la Administración Pública, según la STC 151/1986, de 1º de diciembre, F.J. 6, supone la inadmisibilidad de que “la Administración elija libremente, y en la misma resolución, a quienes no aplicar la normativa vigente, actuación ésta vetada por la interdicción de la arbitrariedad contenida en el art. 9.3 de la Constitución”..

La aplicación de este principio a la Administración Pública, según la STC 151/1986, de 1º de diciembre, F.J. 6, supone la inadmisibilidad de que “la Administración elija libremente, y en la misma resolución, a quienes no aplicar la normativa vigente, actuación ésta vetada por la interdicción de la arbitrariedad contenida en el art. 9.3 de la Constitución”.

Por lo que respecta a la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad a la actuación judicial, resulta claro que el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que, como derecho fundamental, reconoce el art. 24.1 CE, y las garantías procesales constitucionalizadas que garantiza el mismo precepto en su ap. 2, proscriben la arbitrariedad de sus resoluciones en cuanto afecten a los mencionados derechos y garantías, así como la contradicción de

doctrina y la distinta y desigual aplicación de la ley a casos sustancialmente idénticos.

Por último, como “los actos o las normas que emanan de poderes legítimos disfrutan de una presunción de legitimidad” (STC 13/2007, de 18 de enero, F.J. 4) su impugnación con base en la interdicción de la arbitrariedad requiere una justificación detallada y completa (STC 49/2008, antes mencionada, F.J. 5.).

IV. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA AL ÁMBITO PROPIO DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS

En este ámbito, principalmente en materia de inversiones, tanto nacionales como internacionales, el principio de seguridad jurídica y su conexo de confianza legítima están sujetos a un examen particularizado de cada caso o cada situación. De lo contrario, el efecto antes estudiado de la petrificación del ordenamiento por la vigencia de un principio absoluto de irretroactividad normativa. Pero es en este ámbito, dentro de una economía social de mercado en que se configura la organización jurídico-política que conocemos como Estado Social y Democrático de Derecho que proclama el artículo 1º de la Constitución, donde se producen, con mayor frecuencia, los supuestos en que la retroactividad no ya absoluta, sino también la de grado medio o impropia, se manifiesta como fundamento de pretensiones indemnizatorias determinadas por cambios normativos desfavorables a los operadores económicos y sobre todo a los inversores.

Por la repercusión que ha tenido en fechas recientes el tema, principalmente en lo relativo a la retribución de las inversiones realizadas en energías renovables e instalaciones fotovoltaicas, parece conveniente examinar el tratamiento que los problemas en este punto surgidos ha recibido en nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria e incluso en arbitrajes de signo internacional. En el sector energético, los cambios regulatorios no suelen producirse de manera pausada, sino, por el contrario y por la continua evolución de las tecnologías, de sus costes y de la repercusión de estos en el propio coste del consumo ciudadano y en el endeudamiento del sector energético correspondiente, suelen ser cambios bruscos determinados por circunstancias de rápida resolución regulatoria. Un marco, por tanto,



óptimo para el estudio de las consecuencias derivadas de los dos principios al principio mencionados.

En efecto. A partir del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que sustituyó al 436/2004, de 12 de marzo, y disminuyó ya la prima de energía eólica con afección incluso a instalaciones que habían comenzado a funcionar con anterioridad a su vigencia. Con posterioridad, el Real Decreto 1614/2010, de 8 de diciembre, rebaja el régimen retributivo de instalaciones solares, termoeléctricas y eólicas aunque previo acuerdo con los que estaban en funcionamiento. Nuevamente, y en virtud del Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, se restringe el régimen retributivo primado del que venía aplicándose, en cuanto se condicionaba a un número concreto de horas de funcionamiento antes inexistente. Pese a que las aludidas restricciones fueron mitigadas por disposiciones finales de la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo, disposiciones finales 44ª y 45ª), que solo establecían las restricciones “pro futuro” y aumentaban el plazo de percepción e la tarifa regulada, las reclamaciones de los afectados, con base en la alegada vulneración de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y de interdicción incluso de la arbitrariedad, se generalizaron en una triple vía: la de la jurisdicción constitucional para las disposiciones con rango de ley que habían establecido el régimen restrictivo; la de la jurisdicción ordinaria del régimen contencioso-administrativo, para la impugnación de las normas o dis-

posiciones con rango inferior y, la arbitral internacional ante la cámara de comercio de Estocolmo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) o ante un Tribunal “ad hoc”, en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía, del que es parte España, pero que en su art. 17 excluye que los inversores españoles puedan demandar al Estado.

En el ámbito del arbitraje internacional, el laudo CIADI de 4 de mayo de 2017, condena a España por las modificaciones normativas restrictivas de beneficios derivados de inversiones en materia de energía renovables con base esencial en el artículo 10.1 del referido Tratado de la Carta de la Energía que exige otorgar a los inversores de cualquiera de las otras partes un trato justo y equitativo que no podía apreciarse ante cambios fundamentales del marco regulatorio propios de una expropiación encubierta. Sin embargo, en el laudo de la Cámara de Comercio de Estocolmo de 21 de enero de 2016, se llegó a una solución exculpatoria, prácticamente en los mismos términos a que llegó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, aunque contemplando solo la parte inicial del marco regulatorio restrictivo del correspondiente a las energías renovables.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, en parte ya analizada en el apartado relativo a la seguridad jurídica y la confianza legítima, examina, a los efectos aquí considerados, la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 9/2013,



de 12 de julio, posteriormente reconvertido en la Ley 24/32013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y de su desarrollo reglamentario y, en lo esencial, que es el único aspecto que corresponde examinar en este trabajo, concluye con la constitucionalidad de la reforma por no atentar ni al principio de seguridad jurídica, ni al de confianza legítima, ni al de irretroactividad que consagra el art. 9.3 de la Constitución.

Por su parte, la STS, Sala 3ª, 143/2018, de 1º de febrero, también considerada en el mismo apartado que la del Tribunal Constitucional acabada de citar, ratificada por la de 23 de marzo de 2018, sienta asimismo que los criterios para la aplicación del nuevo "status" financiero y económico de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de la fuente de energías renovables, cogeneración y residuos del régimen económico primado, no producen retroactividad proscrita porque la "nueva regulación no obliga a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas existentes a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, en cuanto se limita a disponer la aplicación del nuevo régimen económico a las instalaciones existentes, atendiendo a un criterio legal explícito y objetivo, basado en la obtención de una rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida útil de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, por referencia a la instalación tipo que les permite cubrir las cuotas de inversión que se corresponden a una empresa eficiente y bien gestionada y competir en el mercado en nivel de igualdad con el resto de tecnologías"⁽¹³⁾.

V. LA FUNCIÓN DEL NOTARIADO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL ENTORNO DIGITAL

Resulta indudable la relevancia que el Notariado ha tenido en el desarrollo y mantenimiento de la seguridad jurídica en nuestro país, ya desde la añeja Ley de 28 de mayo 1862, del Notariado, que, pese al tiempo transcurrido desde su promulgación, continúa manteniendo su vigencia.

Pero lo cierto es que la incidencia de la función notarial no se circunscribe a ámbitos tradicionales de la seguridad jurídica, pudiéndose encontrar reflejos de su necesaria involucración en los originales y, en parte aún desconocidos, retos jurídicos que

plantean las Nuevas Tecnologías y la Sociedad de la Información.

En este sentido, parece obligada la remisión al Cuarto Congreso de Notarios de Europa, organizado por el Consejo de Notariados de la Unión Europea (CNUJE) con ocasión de su presidencia española y celebrado los pasados días 5 al 7 de octubre de 2017 en Santiago de Compostela, bajo el lema "*El Derecho de la Unión Europea al servicio de los ciudadanos*".

En dicho Congreso se abordó como "*La protección del consumidor en el entorno digital*", reflexionándose sobre la necesidad de que los notarios puedan proporcionar la seguridad jurídica que los consumidores demandan en el expresado ámbito.

Como puede observarse en el Documento de Trabajo elaborado con motivo de la celebración del Congreso⁽¹⁴⁾ (cuyos fragmentos más relevantes se reproducirán literalmente a continuación), el primer tema tratado fue "*El comercio electrónico y la función notarial*".

En este sentido, "[e]s indudable que el comercio electrónico es una forma cada vez más importante y omnipresente de materializar el consumo de las personas. Cada vez más usuarios, y a una edad más temprana, tienen acceso a Internet y a dispositivos móviles, lo que implica que en el medio digital se es consumidor mucho antes, mucho más y en muchos más lugares que antes, ya que las personas están expuestas más tiempo y desde una edad más temprana al consumo".

En cuanto a la relación de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, y la función notarial, cabe mencionar que el "considerando 36 de la Directiva dice que los Estados miembros pueden mantener restricciones para el uso de los contratos electrónicos en lo que se refiere a los contratos que requieran, por ley, la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o las profesiones que ejerzan una función pública. Esta posibilidad se aplica también a los contratos que requieren la intervención de los tribunales, autoridades públicas o profesiones que ejerzan una función pública para surtir efectos frente a terceros, así como también

a los contratos que requieran, por ley, la certificación o la fe pública notarial".

Particular importancia tuvo la reflexión sobre qué podía aportar la función notarial al comercio electrónico, concluyéndose que la "función notarial puede ayudar a generar certeza y seguridad en el comercio electrónico, como ya ofrece para muchas otras formas de negocios jurídicos. La intervención de un notario en los negocios jurídicos aporta autenticidad y certeza en todas las áreas en las que desarrolla su actividad, ya sea en el ámbito sucesorio, societario o inmobiliario. La seguridad jurídica que el notariado genera con su actuación da confianza a las personas, a las empresas y a las instituciones públicas. No es solo un valor añadido al negocio, sino que es un factor económico decisivo para garantizar la libertad de actuación en el mercado, pues no hay libertad sin certeza, y no hay certeza sin autenticidad".

Como manifestaciones concretas de la generación de confianza por parte del Notariado, pueden citarse i) la verificación de la identidad de las partes, ii) la confianza en relación al objeto de transacción y de seguridad física del método de pago y iii) la protección de datos.

Como manifestaciones concretas de la generación de confianza por parte del Notariado, pueden citarse i) la verificación de la identidad de las partes, ii) la confianza en relación al objeto de transacción y de seguridad física del método de pago y iii) la protección de datos.

Como segundo tema se abordó "*La presencia del notario en la fase precontractual del comercio electrónico*", con particular énfasis en aquellos negocios en los que intervienen consumidores.

En este punto, debe necesariamente destacarse el "control notarial de conformidad precontractual de las Condiciones Generales de la Contratación en el comercio online de bienes y servicios", habiéndose propuesto llevar al ámbito digital la tradicional protección preventiva que realiza el notario a través de la creación de un "Sello Notarial de Conformidad".

En tercer lugar se trató “*El Notariado y los sujetos del comercio electrónico*”, donde se insistió en que “[u]no de los elementos esenciales en todo negocio jurídico es la correcta identificación de los sujetos de forman parte de éste, la verificación de la capacidad de los mismos, su legitimidad para actuar y la existencia de poderes o facultades suficientes. Todas estas circunstancias entran de lleno en la actuación notarial en el mundo físico, y se vienen desarrollando con gran acierto y escasísima litigiosidad por el notariado continental”.

Igualmente, fue objeto de interesante y original debate “*La relación entre blockchain, los notarios y el comercio electrónico*”. En efecto, “las aplicaciones de la encriptación, de la cadena de bloques o de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico, comienzan a ser una realidad, generando debate sobre qué tipo de confianza es más eficiente, si ambas son complementarias, si una debe ser superior a la otra pero manteniendo las dos, o si la menos eficiente debe desaparecer en favor de la más eficiente. Es un conflicto similar al que hace no muchos años existió al comenzar a hablar de firma electrónica, y de los posibles choques con la función notarial”.

Por último, también se abordó el tema de la “*Herencia Digital*”, toda vez que ciertamente resulta preciso “trasladar a nuestros conceptos conocidos la realidad actual, en la que los lindes entre las relaciones personales y sociales se difuminan al hablar de redes sociales, blogs o patrimonio digital, no llegando a saber dónde empiezan unas y acaban las otras”.

VI. EPÍLOGO

Fácilmente puede comprenderse la multiplicidad de cuestiones que puede abarcar la aplicación del principio de seguridad jurídica tal y como es tratado, con normatividad propia, en el artículo 9.3 de la Constitución. Aquí, en este trabajo, se ha intentado desarrollar formulación concreta en relación con supuestos específicos, algunos de indudable actualidad como los relativos al ámbito de los operadores económicos y a la función de garantía que siempre ha representado el Notariado en el mundo de las transacciones y la dimensión jurídica que las relaciones sociales conllevan y que, con toda seguridad, ha de seguir desarrollando en la sociedad de nuestros días incrustada en el mundo di-

gital que, apenas en la última década, ha producido un cambio trascendental en el desarrollo de las relaciones antes mencionadas.

Un aspecto relevante queda por estudiar pero que requiere un examen ponderado, y es el de la función de la justicia en orden a la efectividad de los tan repetidos principios. Pero, en cuanto está necesariamente asociado a las profundas modificaciones que con toda urgencia requiere, necesita una puntual reflexión sobre la legalidad vigente, su renovación y modificación y, sobre todo, su conexión con las reales necesidades de la ciudadanía y sus lógicas exigencias garantizadoras.

NOTAS

- (1) Remón Peñalver, J. “La lucha por la seguridad jurídica”, *Diario La Ley*, Walters-Kluwer, Año XXVIII, nº 6642, 1 de febrero de 2007.
Pérez Luño, A.E. “La seguridad jurídica”, 2º ed. Revisada, Ariel, 1994, págs. 94 y sigs.
Castillo Blanco, F.A. “El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho”, *Documentación Administrativa*, nº 263-264, mayo-diciembre 2002, págs. 22 y sigs.
- (2) Ugartemendía Eceizabarrena, J.I. “El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho Constitucional Español y en el Derecho Comunitario Europeo: un estudio comparado”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 28 (mayo-agosto de 2006), págs. 18 y sigs. Vid. También Pérez Luño, A.E., op. Cit. Págs. 27 y 28
- (3) Vid. al respecto Castillo Blanco, F.A., op. cit., pág.34, y Ugartemendía Eceizabarrena, J.I., op. cit., pág. 22
- (4) Vid. Leguina Villa, J. “Principios generales del Derecho y Constitución”, *Revista de Administración Pública*, nº 114, sepbre. -dibre. 1987, págs. 7 y sigs.
Vid. igualmente mi trabajo sobre “La normatividad de la Constitución y sus principales aplicaciones especialmente en la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho”, en “*España Constitucional (1978-2018), Trayectorias y Perspectivas*”, Benigno Pendás (director), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tomo I, págs. 899 y sigs.
- (5) Vid. como criterio anterior pero coincidente con el de estas Sentencias del T.S., Lorenzo de Membiela, J.B., “El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública”, *RAP*, nº 171, 2006, págs. 249 y sigs.

(6) Vid. sobre este tema Ugartemendía Eceizabarrena, J.L. op. cit. págs. 33 y sigs.

(7) Vid. en mayor amplitud los mismos supuestos en Marrero García-Rojo, A., “Los principios garantizados en la Constitución”, art. 9.3, en “*Comentarios a la Constitución Española*”, dir. M.E. Casas Baamonde y M.A. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Wolters-Kluwer, Dibre. 2008, págs. 148 y sigs.

(8) Vid. al respecto Martín-Retortillo Baquer, L., “El computo de penas según la doctrina de Estrasburgo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 168, enero-marzo 2015, que analiza la Sentencia del TS, Sala 2ª, de 28 de febrero de 2006, declarada contraria al Convenio Europeo por la Sentencia del TEDH de 21 de octubre de 2013.

(9) Vid. las dificultades sobre el tema en López Menudo, F., “El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves”, *Documentación Administrativa*, nº 263-264 (mayo-diciembre 2002), págs. 73 y sigs., esp. págs. 93 y sigs.

(10) Vid. Bacigalupo Saggese, M., “Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospectión y responsabilidad patrimonial del Estado”. *Documentación Administrativa*, nº 263-264, págs. 105 y sigs.

(11) Vid. Bacigalupo Saggese, op. cit. págs. 130 y sigs.

(12) Vid. un estudio exhaustivo sobre la responsabilidad del Estado Legislador por leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea, en Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J.A. y Fernández Montalvo, R. “*Derecho Procesal Administrativo*” *Comentarios Integrales a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Bosch, 2013, Tomo I, págs. 822 y sigs. y 869 y sigs.

(13) Vid. sobre el tema, Bacigalupo, M., “El respeto al principio de seguridad jurídica en la regulación del régimen retributivo de las energías renovables”, en *Otrosí*, nº 6, abril-junio 2011, págs. 17 y sigs. –González- Varas Ibáñez, S.: “Arbitrajes internacionales con marcado componente jurídico-administrativo, el ejemplo de la energía renovable, instalaciones fotovoltaicas”, en el *Diario la Ley*, nº 8365, Sección Tribuna, 30 de julio de 2014, Año XXXV, Ed. La Ley. Id. También Iruretagoiena, I. “A propósito del primer laudo condenatorio para España en el marco de las disputas relativas a los recortes en el ámbito de las energías renovables”, *Diario la Ley*, nº 9013, 4 de julio de 2017.

(14) Conclusiones a las que puede accederse en la página web del propio Congreso: https://www.notariosofeurope-congress2017.eu/wp-content/uploads/2017/10/TEMA-1_es.pdf

Vigencia de los principios del Notariado en el siglo XXI



José Marquero de Llano
Presidente Unión Internacional del Notariado Latino.
Decano del Colegio Notarial de Cataluña (2005-2008).
Presidente del Consejo General de Notariado (2005-2008)

La Constitución de 1978, nuestra Constitución cumple 40 años. Como ha puesto de manifiesto la doctrina alemana, el constitucionalismo moderno, y el nuestro lo es, supone una empresa de aseguramiento, de valores, de derechos, de situaciones y de instituciones. Entre ellas, nuestra Constitución reconoce como tal en su art.9 la seguridad jurídica, con la obligación de promoverla y protegerla y se ha dicho, por tanto, que la seguridad jurídica es un valor sustancial o material de la Constitución. En terminología de Guasp, responde a la finalidad de PAZ propia del derecho, paz que se conseguirá evitando el conflicto y en su caso reparando las consecuencias del mismo.

Como ha puesto de manifiesto uno de los padres de la constitución, Miguel Herrero de Miñón, los constituyentes introdujeron el principio de seguridad jurídica a partir de dos elaboraciones dogmáticas, la de los

publicistas (la seguridad jurídica como bóveda del estado administrativo de derecho, al exigir la coherencia interna del ordenamiento) y la noción de seguridad jurídica "inter privados", elaborada por los civilistas, consistente en la firmeza de las relaciones jurídicas, que lleva a la seguridad o certeza, que implica, por tanto, la predictibilidad de las normas en su aplicación y en las relaciones establecidas a su amparo.

El art.149 de la Constitución establece la competencia exclusiva del Estado sobre "la ordenación de los instrumentos públicos", y según dicho autor es la base para concluir la constitucionalización de la institución a través de su más objetivo producto, el instrumento público, y esta constitucionalización le proporciona una garantía de las que la doctrina alemana denomina como garantía institucional. Es una garantía referida a una institución, en este caso, solo identificada por el nombre (de las que el autor denomi-

na nominal-conceptuales pero cuyo nombre sirve para designar todo el complejo normativo y social en que la institución consiste). Siguiendo a la doctrina alemana, concluye, esta protección tiene fundamentalmente tres aspectos: la dirección, en cuanto la institución está protegida frente al legislador ordinario y frente al poder reglamentario e incluso frente a la presión de grupos de intereses particulares; la intensidad, en cuanto la institución está protegida respecto a su núcleo esencial, núcleo que ha definido el Tribunal Constitucional como "la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma social se tiene en el tiempo y lugar"; (lo que no excluye la habilitación para la ordenación de la institución, pues la garantía institucional no puede suponer nunca una congelación de la institución protegida); y la temporalidad, por cuanto la institución es un producto histórico, que conservando sus características identifica-

torias, se decanta a lo largo del tiempo, que sin perder su imagen social, sigue su proceso adaptándose a las nuevas necesidades sociales y a las demandas en pro del interés que protegen.

En terminología de Rodríguez Agrados se trata de la seguridad jurídica en la aplicación de las normas y no la seguridad jurídica o certeza del derecho objetivo ni la seguridad económica e indemnizatoria como consecuencia del fracaso de la seguridad jurídica. Esta seguridad jurídica puede llevarse a cabo, bien con su plena funcionarización, típico de los actos puramente administrativos (que se limita a constatar la legalidad externa), bien con su plena privatización (que se limita a ser simplemente reparadora y no impide la incertidumbre sino que la compensa), o bien mediante la atribución por el Estado de esta facultad a funcionarios que ejercen de forma profesional en quienes delega parte de su soberanía con este fin. El artículo 149.8 de la Constitución consagra este principio al referirse a instrumentos públicos (y no documentos públicos) o documentos públicos en sentido estricto que son aquellos, en frase de Carnelutti, "cuya formación representan el ejercicio de una actividad pública específicamente dirigida a la documentación (documento notarial)" en los que el Notario tiene un papel fundamental en la "elaboración negocial del derecho" (Vallet de Goytisolo).

El documento notarial es fruto de un procedimiento complejo que permite al Estado dotarlo de efectos privilegiados o mejor dicho de efectos especiales. Efectos que es posible atribuirlos al documento notarial en tanto, que para su autorización, se exige una serie de presupuestos que garantizan no solo la verdad formal de lo documentado, sino la verdad material de su contenido. Así debe ser y así es reconocido por los tribunales como por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 9 de marzo de 2017 ("...las actividades reservadas a una categoría especial de profesionales depositarios de la fe pública... constituye una medida adecuada para alcanzar los objetivos de legalidad y seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares...") y en idénticos términos la sentencia de 24 de mayo de 2001.

El Notario, de forma imparcial e independiente, asesora a las partes, recoge la voluntad de las mismas adaptándola a las

normas más convenientes para su eficacia, conforma dicha voluntad y la ofrece a las partes para que la hagan suya y, por último, autoriza el documento. Así se cumple la triple finalidad para la que, según Rodríguez Agrados, se creó la figura del notario: un funcionario puesto por el Estado entre las partes, para suplir sus posibles ignorancias, para evitar el abuso de una sobre la otra (de ahí la obligación del Notario de compensar la posible asimetría entre ellas) y para evitar la confabulación de ambas partes en perjuicio de tercero y no olvidemos que el interés general es tercero. Y todo ello culmina con la autorización del Notario, lo que supone un acto de autoridad, delegado por el Estado, independiente, autónomo e incontrovertible, salvo los casos específicamente señalados en la Ley, y así produce todos sus efectos, en su plenitud, en el tráfico jurídico. Y esto es lo que significa el control de legalidad que realiza el Notario, el envolver, valga la palabra por gráfica, con este juicio el negocio documentado para que por sí solo despliegue sus efectos en la vida jurídica. Este concepto supera al de mera adecuación del negocio a la norma.

Y todo ello presupone, evidentemente, una formación profesional del Notario, como jurista, como cualidad inescindible de la de funcionario público, formación que ha de estar en la base para que el Estado delegue esa parte de su soberanía. Decía Federico de Castro que el Estado "selecciona y privilegia al notario". Los efectos se producen por la autorización, que se basa en una actuación profesional que no puede eclipsar el carácter público de su actuación. Se puede elegir Notario por su ciencia, pero los efectos de lo que hace vienen dados por la delegación de soberanía que le hace el Estado. Bien es cierto que en algunos países, que forman parte de la UINL, el Notario es un funcionario incardinado en la estructura administrativa del Estado pero esta característica no afecta al valor del instrumento que autoriza si dicho notario elabora el documento con todas las garantías y requisitos esenciales para que el instrumento público que autoriza tenga la condición de tal.

La Unión Internacional del Notariado Latino, siguiendo estas premisas, aprobó en su Asamblea General celebrada en Cancún, en noviembre de 2017, la siguiente definición de instrumento auténtico a propuesta del grupo de trabajo Acte Authentic, que preside Enric Brancós (y que también fue aprobada, en idénticos términos por la asamblea de Notarios del CNUE):



"Por instrumento auténtico se entiende un documento que ha sido formalmente redactado como tal y

- i) Cuya autenticidad comprende la fecha, la firma y el contenido de los negocios y las relaciones jurídicas que en él se encuentran.
- ii) Que ha sido autorizado por una autoridad pública, o por un delegado de la autoridad pública, que ha recibido de manera permanente poderes especiales del Estado para redactar "instrumentos auténticos" -de conformidad con un procedimiento regulado por la Ley. Conforme a tal procedimiento la autoridad pública esta obligada a: -Asegurarse de que las partes han otorgado su consentimiento con claro y perfecto conocimiento del alcance y consecuencias legales de tal instrumento. -Actuar con la independencia e imparcialidad. -Verificar la identidad y la capacidad jurídica de las partes, así como la legalidad del negocio jurídico. -Suministrar a las partes, información jurídica completa y comprensible. -Rehusar su intervención, como consecuencia del control de legalidad y de la validez del negocio jurídico, si el mismo persigue una finalidad ilícita o de mala fe.-El instrumento público se caracteriza por su condición de permanencia y eficacia privilegiada."

La asamblea de Presidentes de la UINL ha aprobado, en su reciente sesión de 3 de octubre pasado, el desarrollo de esta definición preparado por el mismo grupo de trabajo, partiendo de dicha definición y de las normas de Deontología y Organización



del Notariado que fueron elaboradas por el grupo de trabajo presidido por Juan Ignacio Gomeza Villa.

La función notarial se enfrenta a los retos que el mundo globalizado plantea, fruto de una realidad social y económica mundial que viene determinada por múltiples factores. Podríamos destacar entre ellos el notable incremento de los movimientos de personas, el propio fenómeno de la globalización, la fuerza cada vez mayor de los medios de comunicación y las nuevas tecnologías, la preponderancia de los criterios economicistas, con la consiguiente desregulación de los mercados, el envejecimiento de las personas, la vulnerabilidad de colectivos dignos de protección y tantos y tantos otros que han generado una profunda necesidad de seguridad.

Si algo ha caracterizado al notariado a lo largo de su historia, ha sido su capacidad de captar las necesidades de cada momento y dar la respuesta adecuada utilizando la norma jurídica como instrumento al servicio del fin que persigue. Todo ello es posible porque una de las características fundamentales del ejercicio de la función es su inmediatez. La inmediatez, el contacto directo con la realidad y sus actores están en la esencia de la actuación del notario.

Por una parte, el documento notarial supone un valor añadido para la economía y

para el correcto desarrollo de las relaciones jurídicas entre los ciudadanos. Se ha dicho que hay progreso porque hay mercado y hay mercado porque hay seguridad, y para esa seguridad es fundamental el sentido de anticipación y de preservación que conlleva la función notarial. El documento notarial es la base de la seguridad jurídica preventiva por sus efectos anti litigiosos y por la enorme economía procesal que supone, pues no solo evita el litigio sino que, producido este, predice su resolución y proporciona una justicia más rápida.

De otra, el documento notarial es un elemento fundamental en aras al respeto y la defensa de la libertad y los derechos de los ciudadanos, siendo uno de los principales instrumentos de que dispone la persona para autoregular sus propios intereses personales, familiares, sucesorios o patrimoniales en ejercicio de su propia libertad individual.

Y por último, la función notarial es un instrumento al servicio de los intereses generales que puede ser utilizado por el Estado en función de las políticas de fomento que proyecte. No es otra cosa que la consecuencia del carácter público de la función y del notario que ejerce una función delegada de soberanía.

Cada momento tiene su afán y en el mundo en que vivimos, hay una demanda de los poderes públicos y de los organismos internacionales al notariado a nivel mundial de colaboración concreta en la lucha contra la corrupción, los delitos económicos y el blanqueo de capitales, verdadera lacra en todo el mundo. Es una demanda que se hizo por los organismos internacionales a la UINL y que se reitera por los poderes públicos a todos y cada uno de los notariados. La UINL aprobó como una de las prioridades para esta legislatura establecer las líneas generales de colaboración a tal fin, por lo que no solo ya está participando en grupos de trabajo de diversos organismos, como FMI, GAFI, GAFILAT, GELAVEX, sino que en su Asamblea de Buenos Aires del pasado 3 de octubre aprobó una Guía de buenas prácticas notariales para la prevención del lavado de activos, y así facilitar la información sobre operaciones y sobre todo, fundamental para todos los organismos y para las Unidades de Inteligencia Financiera, la determinación del beneficiario final o titular real de las operaciones. Es cierto que

dada la complejidad de las operaciones de blanqueo, la actuación individual del notario no es suficiente, por lo que dichas organizaciones han valorado positivamente e incluso recomendado el sistema vigente en España a través de OCP, que está siendo ya implantado en otros países. Añadir solamente en este punto, aunque obvio, lo que dicen las Normas antes citadas de la Unión, "el notario... deberá guardar secreto profesional. El secreto profesional no tiene carácter absoluto y queda subordinado al interés general y al bien común por lo que el notario deberá revelar el contenido de, sus archivos notariales en los procesos de naturaleza penal o cuando una disposición legal así lo disponga".

Aludíamos a la importancia del documento notarial para el desarrollo de la persona y sus intereses y dado que el notario debe prestar asistencia adecuada atendiendo las circunstancias de cada caso, adquiere especial relevancia la actuación notarial cuando se refiere al otorgante más necesitado de ella o a aquellos colectivos más vulnerables. Estos son los que necesitan una especial protección, como el caso de consumidores y usuarios, mayores de edad o personas discapacitadas, entre otros. En esta línea también la UINL ha establecido, entre sus prioridades las políticas de fomento respecto a las personas en situación de vulnerabilidad, a través de su Comisión de Derechos Humanos, que dirige Almudena Castro-Girona. A tal efecto en la citada Asamblea de Buenos Aires se aprobaron 12 recomendaciones para reforzar el papel del notario en esta materia, además de la colaboración con diferentes organismos internacionales como la ONU o la Conferencia de La Haya. Nada más notarial que el problema de las personas en esta situación y los problemas de capacidad. El notario como autoridad pública y en ejercicio de su función pública, con pleno reconocimiento de su actuación y sus efectos, está llamado a cumplir un importante papel en esta materia. No olvidemos el cambio radical que se ha producido en materia de capacidad a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, donde se reconoce a las personas con discapacidad el derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás y el derecho a recibir "apoyos" en la toma de decisiones, respetando derechos, voluntad y preferencias, superando conceptos como los de incapacidad o tutela. Bien es

cierto que todavía se ve con cierto recelo el ejercicio de derechos de estas personas fuera del ámbito judicial, no obstante, se abre camino la tesis de que la función notarial puede jugar un importante papel en el desarrollo de los derechos de estas personas sin tener que acudir a la tutela judicial. Para ello se le reconoce al notario su condición de autoridad pública junto con el Juez. Así la relatora especial Catalina Devandas, en su último informe a la Asamblea de la ONU, se refiere al notario como autoridad pública y a la importancia del juicio de capacidad notarial y expresamente señala que “en el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica... y el notario debe conocer el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica y el paradigma de APOYO introducido por la Convención y añade “que el notario (de tradición jurídica romanista) es un elemento de seguridad jurídica preventiva, un oficial público... que configura y da forma documental a los actos... convirtiéndolos en auténticos gracias a la fe pública que ostenta por delegación del Estado”.

Estos y muchos más son los retos ante los que se encuentra el notario de tipo continental y a los cuales da y dará respuesta adecuada basada en su esencia: el notario es una autoridad pública, sus actos o resoluciones son actos de autoridad y como tal deben ser reconocidos y el resultado de los mismos tiene un grado de eficacia llamado fe pública. Así ha sido reconocido por el reglamento UE 1103 y 1104/2016, el reglamento 650/2012 o el reglamento 44/2001.

Aunque en rigor, como puso de manifiesto Núñez Lagos, el concepto de fe pública no puede tener nunca un sentido subjetivista (solo en sentido figurado un funcionario tiene fe pública refiriéndose al autor del documento), pues es el documento el que tiene fe pública, aunque este documento tiene necesariamente un autor en ejercicio de una función pública. Sigue diciendo Núñez Lagos que para la formación del documento lo básico es la intervención del funcionario, sin embargo, para la prueba, es básica la narración de esa intervención. De aquí que, por el principio de intermediación, el documento se convierte en exacto e íntegro, integridad que hay que predicar incluso cuando posteriormente se vea alterado o modificado ese documento

pero esa modificación se anote en el documento original “pues esa anotación pasa a formar parte del texto documental para que este siga siendo íntegro” (Núñez Lagos respecto al artículo 1219 CC.).

Según Núñez Lagos, el consentimiento contractual tiene dos manifestaciones: en la esfera de la realidad, el consentimiento como hecho existente en un momento dado, y en la esfera de la legalidad, el consentimiento en cuanto bastante y adecuado para el acto jurídico de que se trata.

Según el mismo autor, el consentimiento contractual tiene dos manifestaciones: en la esfera de la realidad, el consentimiento como hecho existente en un momento dado, y en la esfera de la legalidad, el consentimiento en cuanto bastante y adecuado para el acto jurídico de que se trata. Continúa... “Este segundo aspecto tiene menos importancia precisamente por la decadencia del formalismo. En cambio, al centrar el espiritualismo toda eficacia en el consentimiento nudo o desnudo pasa a primer plano el consentimiento como hecho”. Evidentemente no pudo prever la evolución de los acontecimientos más de medio siglo después, donde la especial protección que merecen algunos colectivos especialmente vulnerables ha dado lugar a la elaboración de un derecho propio, por ejemplo de los consumidores, donde el mero consentimiento no es suficiente para despojarle de sus derechos y sirvan de ejemplos las sentencias europeas en materia hipotecaria. Aparece por tanto la necesidad de que el consentimiento sea “informado”, no solo de los presupuestos del negocio, sino de sus consecuencias, lo que lleva a la necesidad de la intermediación notarial, como decía González Palomino, en todo el iter negocial, sobre todo en el momento de la formación de la voluntad y no solo en el momento final.

Para conseguir esta intermediación en todo el proceso negocial, el notario puede servirse de los medios que estime oportunos y para ello las nuevas tecnologías son instrumento adecuado que pueden facilitar el ejercicio de la función notarial, siempre que no la suplanten o desnaturalicen. Es preocupante que en algunos foros se estudie esta materia

hablando sobre los medios tecnológicos y su seguridad. Entiendo que el problema no se plantea de raíz, pues hay que hablar primero de sistema y después de medios. La autorización de un documento culmina en un acto de autoridad que supone un juicio autónomo e independiente del notario, juicio de gran importancia en tanto en cuanto y a partir de él el negocio adquiere vida propia en la vida jurídica. Es el control de legalidad como antes dijimos, que supone que el notario mediante ese juicio, si me permiten mediante esa resolución, da fe pública a ese negocio para que despliegue autónomamente sus efectos y de esa decisión el notario responde penal, civil, administrativa y corporativamente. Para llegar a ese juicio o resolución el notario, insisto, en cada caso concreto, puede y debe valerse de los medios a su alcance, para asegurarse de que “lo que parezca, sea”, ahora bien, siempre que esos medios no sean ni obligatorios ni excluyentes y la seguridad de los mismos esté controlada por el notario y bajo su responsabilidad.

Y esto nos lleva de nuevo a la “narratio” a que aludía Núñez Lagos. Decíamos que el juicio o resolución del notario es el culmen de un procedimiento destinado a tal fin. Pues bien, ese procedimiento ha de ser reglado y sobre todo sus aspectos principales han de estar documentados, pues será la prueba de la intermediación del notario en todo el iter negocial. El notario es una especie de iudex cartularius y su actuación una especie de iudicia ficta (de donde trae sus orígenes).

En el siglo XXI, donde los efectos jurídicos de la publicidad, fruto de sociedades poco avanzadas y poco informadas, está cuestionada, ya que su única utilidad deber ser la publicidad noticia, la fe pública notarial adaptada a las nuevas necesidades y con los medios modernos a su alcance cumple su finalidad y compromiso de servir a los ciudadanos y a la sociedad, que es lo único que la legitima.

Las líneas que anteceden, a publicar en la revista La Notaría con motivo del 40 aniversario de la Constitución, solamente pretenden dar unas claves al lector para la reflexión y respuesta de cada uno, al título que las encabeza, VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS DEL NOTARIADO EN EL SIGLO XXI, que será tema de debate en el próximo Congreso Internacional del Notariado a celebrar en Indonesia en noviembre del año 2019.

En los 40 años de la Constitución de 1978: ¿final de etapa o final de trayecto?



Josep M. Vallès i Casadevall

*Catedrático Emérito de Ciencia Política y Administración de la Universitat Autònoma de Barcelona (UAB).
Conseller de Justicia (2003-2006)*

Una notable característica distingue al código político de 1978: es la Constitución de vigencia más prolongada en la historia española. Como es sabido, únicamente la Constitución de 1876 sobrevivió unos años más, pero solo en apariencia: la frecuente declaración del estado de guerra con suspensión de garantías constitucionales dio lugar a una sucesión de paréntesis más o menos prolongados en su vigencia y le restó continuidad efectiva. Por lo demás, el texto de 1978 se ha mantenido casi intacto durante estos cuarenta años de vigencia. A diferencia de otras constituciones europeas reformadas a lo largo de su historia, en el caso español únicamente han prosperado dos enmiendas planteadas a instancias de la UE: la primera de menor cuantía, la segunda de impacto político mucho más sustantivo, como se verá más adelante.

Sin embargo, en época reciente han abundado las llamadas a la reforma consti-

tucional e incluso a iniciar un nuevo proceso constituyente. Algunas encuestas revelan la existencia de una mayoría de la opinión pública favorable a la reforma. Parece como si la funcionalidad política del texto se hubiera degradado. ¿Cómo se justifican estas llamadas a la reforma? ¿En qué medida ha dejado de ser un instrumento suficientemente válido para regular los conflictos que experimenta toda sociedad compleja? Las notas que siguen se proponen responder a estas preguntas con una aproximación que debe desbordar el tratamiento estrictamente jurídico para situarse en el terreno del análisis politológico. Para ello, se recordará primero lo que se propusieron los constituyentes de 1978 en el difícil tránsito de la dictadura franquista a un régimen constitucional de corte liberal-democrático. A continuación, se evaluará hasta qué punto se han alcanzado aquellos objetivos y en qué grado se ha visto afectada la legitimidad del sistema político.

Finalmente y como conclusión, se considerará si una eventual reforma constitucional puede señalar un final de etapa en la historia de la Constitución actual. O si la inviabilidad de una reforma obliga a prepararse para declarar el final del trayecto iniciado en 1978 ⁽¹⁾.

Un Estado social y democrático de derecho

El singular proceso constituyente de 1976-1978 tenía como objetivo fundamental sustituir la dictadura personalista del general Franco por un sistema político homologable al modelo vigente entonces en Europa occidental. Se ha escrito mucho sobre aquel proceso de transición que se desarrolló en dos etapas: primero, la que enfrentó al núcleo duro del franquismo con los sectores reformistas del propio régimen y, a continuación, la que confrontó a estos sectores reformistas con la oposición



democrática. El resultado final de este proceso en dos tiempos fue la “transición por transacción” (Share-Mainwaring, 1986) que dejó de lado tanto los intentos de establecer una democracia tutelada “a la turca”, como la pretensión de configurar un sistema totalmente libre de residuos e hipotecas franquistas.

El hecho en cierta medida imprevisto de esta transacción se debió a la influencia combinada de dos factores. Desde el exterior, actuaron para orientarla los intereses económicos y geoestratégicos del mundo europeo occidental con el que España mantenía ya importantes vínculos. Desde el interior, influyó la posición mayoritaria de la ciudadanía en favor de avanzar hacia un sistema democrático, pero sin incurrir en los costes que pudieran derivarse de un enfrentamiento violento semejante a los vividos en la historia española. Para formalizar esta transacción, los constituyentes abordaron dos cuestiones básicas del constitucionalismo contemporáneo: el tratamiento de los derechos individuales y el modelo socioeconómico.

La posición del ciudadano en la comunidad política quedó fijada en una amplia declaración de derechos (Título I) inspirada en los tratados internacionales y en las constituciones europeas de la segunda postguerra mundial. De modo condensado se definía también esta posición al declarar que España se constituía en “un

Estado social y democrático de Derecho” (art. 1), en una fórmula importada de la Ley Fundamental de Bonn. Se atribuye al ciudadano un ámbito protegido de libertad personal y de capacidad para participar en las decisiones colectivas. Al mismo tiempo, los poderes públicos se someten a la ley y se comprometen a actuar con tres finalidades precisas: hacer que sean “reales y efectivas” la libertad y la igualdad de individuos y grupos, remover los obstáculos que se oponen a ello y facilitar “la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2). Con este compromiso constitucional se pretendía dar contenido a la ya citada definición de “Estado social y democrático de derecho”.

Para que esta definición y la declaración de derechos no quedaran en afirmaciones programáticas, el texto constitucional introdujo una triple salvaguarda. En primer lugar, estableció un Tribunal Constitucional como garante de la supremacía normativa de la Constitución, siguiendo el modelo europeo de justicia constitucional concentrada y como órgano separado del poder judicial (Título IX). En segundo lugar y aunque no en todos los casos con la misma intensidad, la Constitución confió la protección de los derechos y libertades públicas a los tribunales de justicia (art. 53). Finalmente, introdujo la figura del Defensor del Pueblo, configurado como comisionado parlamentario independiente inspira-

do en las figuras del “ombudsman” escandinavo (art. 54).

En relación con el modelo socioeconómico, la Constitución definió las condiciones básicas de una “economía social de mercado” sin calificarla explícitamente de este modo. Varias disposiciones -contenidas en el Título I, cap. III, y en el Título VII- esbozaron los rasgos de este modelo: el reconocimiento del derecho a la propiedad acotado por su función social (art. 33), la libertad de empresa (art. 38) junto a la iniciativa pública económica (art. 128), la reserva al sector público de determinados recursos o servicios e incluso la posibilidad de planificación estatal de la actividad económica (art. 131). El establecimiento de unos “principios rectores de la política social y económica” (Cap. III del Título I) y la ya mencionada declaración de derechos sociales propios del Estado del bienestar (seguridad social, educación pública, libertad sindical, negociación laboral colectiva, etc.) completaban el modelo socioeconómico prefigurado en el diseño constitucional.

En relación con el modelo socioeconómico, la Constitución definió las condiciones básicas de una “economía social de mercado” sin calificarla explícitamente de este modo.

Así pues, la combinación de la declaración de derechos y de sus garantías junto con el modelo socioeconómico más o menos esbozado daban contenido a la fórmula “Estado social y democrático de derecho”, inscrita en el artículo 1 de la Constitución. En esta fórmula se condensaba la voluntad colectiva de la comunidad política de equipararse al modelo vigente en los países avanzados del Occidente europeo con los que mantenía relaciones económicas y culturales y a los cuales quería asociarse políticamente.

Instituciones renovadas para evitar viejos problemas

Hacer efectivo el proyecto político mencionado exigía la implantación de los instrumentos institucionales adecuados. Al diseñarlos, los constituyentes intentaron resolver viejos problemas que no habían obtenido solución estable en casi dos siglos de historia contemporánea española. Para



ello, se recurrió a fórmulas elaboradas y experimentadas por el constitucionalismo democrático europeo, tal como se expone a continuación.

La cuestión monárquica y la jefatura del Estado. La interferencia política de los monarcas españoles durante los largos reinados de Fernando VII, Isabel II y Alfonso XIII había supuesto un grave obstáculo para asentar una monarquía constitucional. Tampoco se estabilizaron las dos breves experiencias de democracia republicana (1873-1874 y 1931-1936), sofocadas en ambos casos por una intervención militar. Con intención de controlar su sucesión, el general Franco decidió instaurar -aunque de forma diferida- una monarquía autoritaria.

Paradójicamente, Juan Carlos I, el monarca designado por el dictador, se convirtió en pieza clave de la transición hacia la democracia.

Paradójicamente, Juan Carlos I, el monarca designado por el dictador, se convirtió en pieza clave de la transición hacia la democracia. Este hecho y la renuncia de las principales fuerzas de izquierda a mantener su apuesta por la forma republicana explican que esta cuestión estuviera prácticamente ausente del debate constituyente. Como contrapartida, la monarquía autoritaria de origen franquista fue transformada en monarquía constitucional y democrática: el Rey se convertía en el titular de la Corona, como órgano del Estado social y democrático de Derecho. Así, la insólita restauración de una monarquía en la Europa de finales del siglo XX quedó matizada con su asimilación a las monarquías europeas supervivientes que solo dan a sus jefes de estado una posición ceremonial, arbitral y moderadora y en ningún caso ejecutiva.

Un régimen parlamentario de Ejecutivo fuerte. En el nuevo diseño constitucional, el Poder Ejecutivo quedó atribuido a un Gobierno sustentado en la confianza de la mayoría parlamentaria. Pero para favorecer la solidez de esta mayoría y con el fin de evitar el riesgo de la inestabilidad gubernamental de otras épocas, la Constitución importó de la Ley Fundamental de Bonn la "moción de censura constructiva" (art. 113) que impide derribar a un presidente



del gobierno si no existen un candidato y una mayoría parlamentaria alternativos.

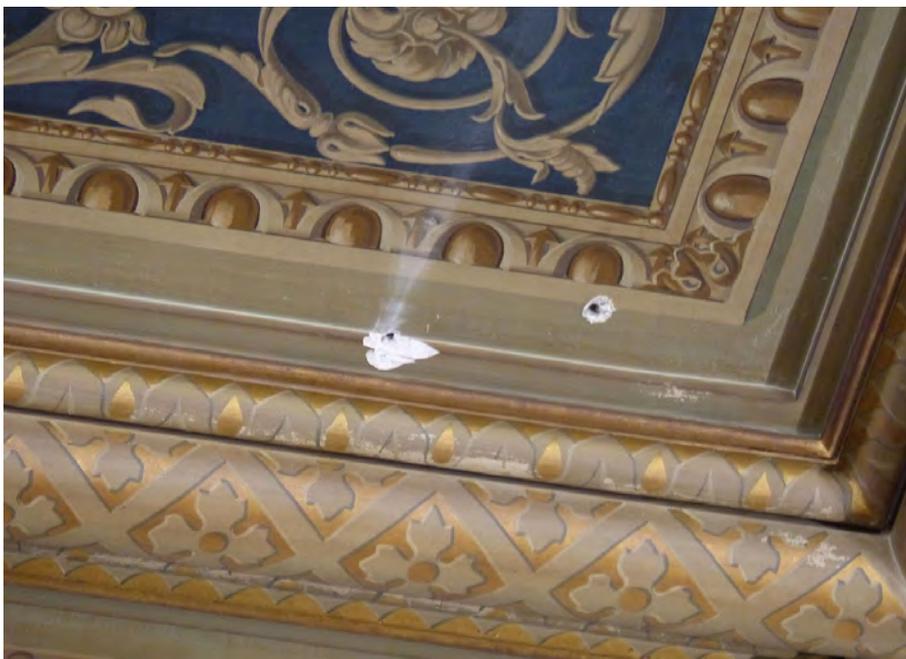
Para dar cuerpo a esta dinámica representativa, los partidos fueron reconocidos como protagonistas fundamentales de la acción política y dotados con protección legal singular y financiación pública (art. 6). De esta manera se reivindicaba significativamente la importancia democrática de unas organizaciones que la dictadura franquista había prohibido y sometido a una durísima represión penal.

Por lo que respecta al parlamento, su estructura bicameral y su composición mantuvieron los elementos básicos de lo establecido en la preconstitucional Ley para la Reforma Política, con algunas modificaciones en el caso del Senado. Lo mismo ocurrió con el sistema electoral: se conservó la normativa preconstitucional impuesta por los sectores reformistas del franquismo con la intención de facilitar la formación de dos grandes partidos moderados (Real Decreto-Ley 20/1977).

El contencioso nacional-territorial. Las discrepancias en torno a la organización territorial fueron de nuevo una cuestión central del debate constitucional. Se reprodujo la vieja controversia político-cultural sobre la concepción nacional de España que opone la visión del nacionalismo español a la visión de los nacionalismos periféricos en Cataluña, País Vasco y Galicia. La primera defiende la existencia de una sola nación española sobre la que debe edificarse un

Estado unitario. La segunda afirma la existencia en España de una pluralidad de naciones y defiende una organización política que las reconozca y les confiera una amplia esfera de autogobierno (Balfour-Quiroga, 2007). Inspirada en una versión extrema del nacionalismo español, la dictadura franquista había puesto especial empeño en reprimir, no solo los movimientos secesionistas, sino cualquier proyecto de descentralización territorial. Por su parte, los partidos de izquierda y los partidos nacionalistas defendían el derecho a la autodeterminación para las comunidades territoriales y la implantación de fórmulas federales o confederales. Por lo demás, la acción terrorista de ETA -heredada de los últimos años del franquismo- se convirtió en un importante obstáculo para un tratamiento dialogado de la cuestión.

Una vez más en la historia española, la cuestión nacional-territorial fue la más controvertida durante el debate constituyente. Pero este debate constitucional sobre la relación entre los conceptos de Estado y nación se zanjó bruscamente con la imposición de actores externos al parlamento, tal como relató uno de sus protagonistas (Solé Tura, 1985). El resultado fue una compleja y redundante fórmula constitucional que combina una enfática afirmación de la unidad nacional de España con un reconocimiento de la existencia de "nacionalidades y regiones" no identificadas (art. 2). En el aspecto organizativo, se defendieron opciones diferentes: desde la descentralización administrativa hasta la confederación.



Inspirándose en la experiencia de la II República, se optó por una fórmula que implicaba una “des-constitucionalización” parcial del modelo territorial, al dejar abierta la posibilidad de acceso al autogobierno por parte de las comunidades territoriales recurriendo a procedimientos diferentes. El alcance de este autogobierno se fijaría en los respectivos Estatutos de autonomía y en otras disposiciones posteriores.

El estatuto político de las fuerzas armadas, la magistratura y la Iglesia católica. También formaban parte de las cuestiones históricas las complejas relaciones entre el poder político y otras instituciones públicas que habían ocupado posiciones privilegiadas. A diferencia de cambios de régimen en otros países, la transición del franquismo a la democracia no produjo ninguna depuración en los efectivos personales de aquellas instituciones cuyo personal dirigente siguió ejerciendo sus funciones. El diseño constitucional, sin embargo, introducía cambios en su estatuto político futuro.

- Las fuerzas armadas -muy vinculadas históricamente a la Monarquía- habían ejercido gran influencia sobre el poder civil, recurriendo con frecuencia al “pronunciamiento” y al golpe de estado, como ocurrió en 1936. El régimen franquista, sin ser propiamente una dictadura militar (Powell, 2001), concedió a las fuerzas armadas un papel destacado. No solo por su función represiva. También ostentaron una

posición simbólica clave del régimen con su rechazo a los principios de la democracia liberal y en la defensa de la “unidad de la patria” impugnada por los nacionalismos periféricos. Durante la transición, los altos mandos militares vigilaron de cerca el desarrollo de los cambios políticos. También reivindicaron el reconocimiento de un margen de autonomía respecto del poder civil, reflejado en un tratamiento constitucional infrecuente. Eran situadas junto a partidos y sindicatos y no junto a la administración pública de la que son parte integrante (art. 8) y se les atribuían funciones expresas de “defensa de la integridad territorial y del ordenamiento constitucional” del Estado.

- Durante la dictadura franquista, la designación de la jerarquía judicial respondía a criterios de confianza política y la constituía en instrumento del poder gubernamental frente a cualquier expresión de discrepancia u oposición al régimen. Fue un propósito declarado del nuevo diseño constitucional confiar la función jurisdiccional a una magistratura independiente, inamovible, responsable y solo sometida al imperio de la ley (art. 117), preservándola de cualquier otra subordinación. Para ello, la Constitución sustrojo el gobierno judicial de la dependencia del Ejecutivo y lo confió a un Consejo General del Poder Judicial como garante de su independencia y compuesto en su mayoría por representantes de la propia magistratura. Adoptaba así una forma de gobierno judicial inspirada en el modelo italiano.

- Estado e Iglesia católica habían mantenido vinculaciones históricas que el régimen franquista reforzó con un Concordato con la Santa Sede suscrito en 1953. Sin embargo, el debate constitucional sobre este asunto resultó menos conflictivo de lo esperado. Contribuyeron a ello la secularización creciente de la sociedad y la existencia de sectores de la propia comunidad católica española que deseaban dejar atrás el anacronismo de un Estado confesional. El resultado fue un diseño constitucional que afirmaba la no confesionalidad estatal y declaraba su disposición a “mantener relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones” (art. 16.2). En paralelo, el gobierno de Suárez negoció y firmó unos acuerdos con la Santa Sede el 3 de enero de 1979, entre los que destaca el compromiso estatal de contribuir de modo sustancial a las necesidades de financiación de la Iglesia católica. Esta negociación fue protestada por los partidos de la oposición por su carácter extra-constitucional. La cuestión más conflictiva en este ámbito fue la regulación de la libertad de enseñanza y de los establecimientos educativos confesionales que la Iglesia mantenía y sigue gestionando. Después de un intenso debate, se convino en una regulación constitucional que intenta conciliar el derecho fundamental a la educación con la libertad de enseñanza y de creación de centros docentes (art. 27).

El rendimiento del sistema constitucional: una evaluación

¿Cómo valorar el rendimiento del sistema constitucional elaborado en este complejo proceso de transición política? Un primer indicador lo aporta la ya comentada longevidad del código fundamental de 1978, algo excepcional en la historia española desde principios del siglo XIX. Pero ¿hasta qué punto esta prolongada duración temporal se ha visto acompañada por un efectivo cumplimiento de sus previsiones?

Un Estado social y democrático de derecho en apuros

Al afirmarse como Estado de derecho, el texto constitucional pretendía que sus disposiciones no tuvieran solamente un sentido programático o declarativo, sino que fueran efectivamente recibidas como norma suprema con fuerza de obligar. Frente a las reticencias iniciales de algunos tribunales ordinarios a admitir este principio, el



Tribunal Constitucional ha asegurado por lo general tanto la protección judicial efectiva de los derechos civiles y políticos incorporados en la Constitución como la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico. A ello ha contribuido también la influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como instancia superior de un nuevo sistema constitucional multinivel.

Sin embargo, más recientemente y bajo la influencia del liberalismo autoritario que progresa también en otros países europeos, una determinada concepción de la seguridad pública está produciendo cierta regresión en la protección de derechos civiles y políticos. Algunos cambios legislativos de carácter penal y administrativo disminuyen la protección de las libertades de expresión o de manifestación y tienden a coartar las expresiones de disidencia social, laboral y política.

Al mismo tiempo, la realización de la propuesta constitucional de un “Estado social” se ha ido debilitando notablemente con la aplicación de las políticas neoliberales acometidas durante los años 80 y 90 del siglo pasado y más acusadamente a principios del siglo actual tras la Gran Recesión de 2008. Las previsiones constitucionales (Título VII) para configurar una “economía mixta” o “social de mercado” se han ido desvaneciendo como resultado de la privatización del sector público empresarial, la desregulación de determinadas actividades privadas y la aplicación de las denominadas “reformas estructurales” impuestas por una determinada orientación político-económica bajo la dinámica de la globalización.

Como consecuencia, la ya débil protección constitucional de los derechos sociales y económicos ha padecido un significativo retroceso, dando lugar a importantes tensiones sociales. Este retroceso se ha agravado como efecto de la única reforma constitucional de importancia aprobada en los últimos cuarenta años. Realizada de manera urgente y tras una severa recomendación del presidente del Banco Central Europeo (2011), la reforma del art. 135 otorga prioridad al pago de los intereses y del capital de la deuda pública por encima de otras obligaciones presupuestarias (art. 135). En cierto modo, se ha constitucionalizado una determinada teoría económico-fiscal y se ha limitado la capacidad estatal para dar satisfacción a los derechos sociales y económicos de los ciudadanos.

La responsabilidad del gobierno ante los mercados financieros internacionales se ha situado por encima de su responsabilidad democrática ante quienes le han elegido. El diseño constitucional de un “Estado social y democrático de derecho” ha quedado, pues, en situación precaria.

Luces y sombras en el funcionamiento de las instituciones

Por su parte, ¿cómo puede valorarse el funcionamiento del sistema institucional esbozado en 1978? ¿En qué medida ha cubierto las expectativas y en qué medida las ha defraudado?

Resultado de una condición preconstitucional impuesta y no de la deliberación constituyente, la nueva monarquía contaba con una muy discutida legitimidad democrática de origen. Sin embargo, el papel desempeñado por el rey Juan Carlos como aliado del sector reformista del franquismo aumentó su aceptación popular, reforzada poco después cuando el monarca se opuso al intento de golpe de estado de 1981.

La monarquía ha experimentado altibajos en su asentamiento y valoración. Resultado de una condición preconstitucional impuesta y no de la deliberación constituyente, la nueva monarquía contaba con una muy discutida legitimidad democrática de origen. Sin embargo, el papel desempeñado por el rey Juan Carlos como aliado del sector reformista del franquismo aumentó su aceptación popular, reforzada poco después cuando el monarca se opuso al intento de golpe de estado de 1981. Durante años, la monarquía fue la institución política mejor valorada por la opinión. Con todo, a finales de los años noventa del pasado siglo, la vida privada del rey y las oscuras operaciones empresariales de su entorno fueron erosionando aquel apoyo hasta provocar la abdicación de Juan Carlos I en favor de su hijo Felipe VI (2014).

Este cambio no ha acallado las severas críticas a la monarquía que formulan algunos partidos de izquierda y una parte de la opinión pública. Felipe VI se enfrenta de



nuevo a la necesidad de renovar la legitimidad de la institución que representa. Su discutida actuación en el reabierto conflicto nacional-territorial y un escrutinio intrusivo de los medios de comunicación sobre su entorno familiar ponen en riesgo la estabilidad de una institución cuya restauración en la Europa de finales del siglo XX había constituido un episodio político insólito.

La evolución del régimen parlamentario ha producido un régimen de Ejecutivo fuerte y estable. La previsión de que el presidente del Ejecutivo actuase como figura política dominante se ha visto confirmada. Su papel se ha visto reforzado por el protagonismo que los jefes de gobierno han detentado en un sistema cuasi-bipartidista. También ha contribuido a ello la integración de España en la Unión Europea y en otros organismos internacionales porque es el presidente del gobierno quien accede a los órganos de decisión compartida que determinan de hecho las políticas internas de los Estados miembros. Aunque ningún gobierno español ha contado desde 1977 con el apoyo de una mayoría de los electores, el diseño constitucional ha producido una notable estabilidad del Ejecutivo y de sus presidentes. Su sustitución se ha producido como resultado de nuevas elecciones y nunca a consecuencia de la fractura de la mayoría. En una sola ocasión y en fecha reciente (1/06/2018), la sustitución se ha producido gracias al éxito de una moción de censura.



El efecto negativo de este Ejecutivo fuerte ha sido una notable pérdida de eficacia parlamentaria. El parlamento -con un reglamento que confiere atribuciones importantes al Gobierno y a la mayoría gubernamental- ha tenido poca incidencia en la acción legislativa, casi exclusivamente impulsada por el gobierno. Tampoco ha podido ejercer la capacidad de control sobre la acción gubernamental que correspondería a un régimen parlamentario clásico. Esta capacidad de control se ha transferido en buena medida a los medios de comunicación, convertidos a menudo en agresivos portavoces partidistas en detrimento de su función informativa. Por su parte, el diseño original del Senado se ha mostrado incapaz de articular los intereses de las comunidades autónomas con el interés general del Estado, mientras que su intervención en otras políticas sectoriales ha sido redundante y perfectamente prescindible con respecto a la actuación del Congreso.

El protagonismo constitucional de los partidos ha repercutido negativamente en su reputación popular. Reconocidos legalmente como canales preferentes de la movilización ciudadana y de la representación del pluralismo político, los partidos se han ido convirtiendo en estructuras paraestatales, caracterizados por su baja afiliación y con un funcionamiento escasamente democrático. En pocos años, pasaron a ser organizaciones fundamentalmente dedicadas a la acción electoral, dirigidas por profesionales de la política. Lo que en otros países había sido una evolución rela-

tivamente lenta se dio en España de modo acelerado. Sometidos a escasos controles externos, los partidos han propiciado a menudo actividades clientelares. Algunos partidos han incurrido en gravísimas prácticas de corrupción que han conducido a su descrédito y a una profunda desafección ciudadana respecto del sistema político en su conjunto.

El sistema electoral ha impedido la fragmentación partidista, pero ha generado una intensa dinámica política antagónica. El sistema electoral de origen preconstitucional ha cumplido con el objetivo de impedir una excesiva fragmentación partidista. Definido constitucionalmente como proporcional (art. 68), la paradoja es que este sistema electoral ha producido en la práctica una desproporcionalidad entre votos y escaños en favor de los grandes partidos que lo ha situado muy cerca de los sistemas mayoritarios. Aunque con presencia de partidos menores de ámbito territorial, se configuró de esta manera un sistema cuasi-bipartidista, formado por una fuerza de orientación conservadora – representada sucesivamente por UCD, AP y PP- y una fuerza socialdemócrata – representada por el PSOE-. Solo estas dos formaciones se han alternado en el poder, dando lugar a gobiernos monocolors.

Es innegable que esta alternancia pacífica en el gobierno ha constituido un progreso respecto de una historia caracterizada por la inestabilidad gubernamental y el fraude electoral. Pero este cuasi-bipartidis-

mo ha tenido también efectos negativos. Por una parte, ha marginado a los partidos menores de la acción y la responsabilidad de gobierno, rechazando hasta hoy los gobiernos de coalición. Por otra parte, la confrontación permanente y frecuentemente agresiva entre el partido del gobierno y el mayor partido de la oposición ha generado una dinámica de carácter antagónico o “adversarial”, alimentada por un sistema mediático de pluralismo militante en el que muchos medios toman partido, abierta o indirectamente. Este clima de crispación o de enfrentamiento sistemático ha imposibilitado acuerdos duraderos en políticas necesitadas de amplio apoyo: por ejemplo, en educación o en organización territorial.

Por desgracia, el acuerdo entre las dos grandes fuerzas dominantes solo se ha dado para establecer un reparto de cuotas de influencia sobre otras instituciones estatales, tendiendo a colonizar conjuntamente organismos como el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas o el Consejo de Administración de la radiotelevisión estatal.

Por desgracia, el acuerdo entre las dos grandes fuerzas dominantes solo se ha dado para establecer un reparto de cuotas de influencia sobre otras instituciones estatales, tendiendo a colonizar conjuntamente organismos como el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas o el Consejo de Administración de la radiotelevisión estatal. Esta dinámica de reparto bipartidista de la influencia en dichos órganos ha perjudicado su naturaleza arbitral o independiente y ha contribuido a su deslegitimación. En todo caso, está por ver si estas pautas de relación entre partidos y otras instituciones se verán afectadas por los recientes cambios en los resultados electorales de 2015 y 2016 que -con la aparición de Ciudadanos y Podemos como actores políticos relevantes- han producido una mayor fragmentación partidista y una disminución del peso de las dos grandes formaciones hasta ahora hegemónicas.

La cuestión nacional-territorial sigue sin resolver. La Constitución de 1978 respondió a esta vieja cuestión con una fórmula relativamente abierta y, por tanto, poco definida. Su aplicación produjo una rápida descentralización territorial al transferirse a las comunidades autónomas atribuciones importantes -especialmente, en políticas sociales (sanidad, educación)- y con ellas una elevada capacidad de gasto no correspondida con la autonomía para su financiación. Con todo, se activaron energías locales hasta entonces sofocadas por un Estado fuertemente centralizado, se modernizaron infraestructuras básicas y otros servicios públicos gestionados ahora por los gobiernos territoriales. Poco a poco, los abundantes conflictos constitucionales y de competencias sometidos al Tribunal Constitucional fueron poniendo de manifiesto las carencias del modelo. Entre ellas, algunos defectos en el diseño original no corregidos a tiempo, la resistencia del gobierno y de la administración del Estado a adaptar su cultura y su estructura a la descentralización, un defectuoso mecanismo de financiación y la tendencia de algunos partidos a utilizar las administraciones territoriales para satisfacer sus apetencias clientelares.

La Constitución de 1978 respondió a esta vieja cuestión con una fórmula relativamente abierta y, por tanto, poco definida.

Sin embargo, la principal fragilidad del diseño ha sido probablemente el intento de tratar del mismo modo dos problemas diferentes: por un lado, las ineficiencias reconocidas y crecientes de un Estado tradicionalmente centralista y, por otro, la vieja discrepancia político-cultural entre quienes entienden España como una sola nación y quienes la conciben como una realidad plurinacional. Aunque el diseño constitucional de 1978 permitía un tratamiento diferenciado de las dos cuestiones, la política aplicada por los sucesivos gobiernos de UCD, PSOE y PP tendió en la práctica a equipararlos, dando lugar a lo que se calificó irónicamente por un ministro del gobierno del momento como política de "café para todos" (Clavero Arévalo). Como resultado, lo que pudo ser un mecanismo relativamente satisfactorio para desarrollar la descentralización administra-



tiva en la mayoría de las comunidades no lo fue para responder a la demanda de reconocimiento nacional de sectores muy amplios en el País Vasco y en Cataluña que pretendían otro tipo de relación con el Estado. Aunque el País Vasco y Navarra obtuvieron para su gobierno un tratamiento sustancialmente singular, la tendencia a una reinterpretación homogeneizadora de los acuerdos constitucionales agudizó la confrontación entre un nacionalismo español reforzado desde 1996 por los gobiernos del PP, por un lado, y los nacionalismos vasco y catalán, por otro. Fueron abortados los intentos de dar una respuesta al problema mediante el Plan Ibarretxe en el País Vasco (2005) o con un nuevo Estatuto en Cataluña (2006). En el caso catalán, la intervención accidentada de un deteriorado Tribunal Constitucional y el cambio de doctrina contenido en su sentencia de julio de 2010 aceleraron el crecimiento de un importante movimiento en apoyo de una declaración unilateral de independencia sin encaje en la Constitución (2017). Neutralizada legal y políticamente esta iniciativa, pero sin que se hayan puesto a debate salidas alternativas, se ha abierto una gravísima crisis que parece difícil de encauzar mediante las fórmulas constitucionales vigentes.

La adaptación constitucional de las fuerzas armadas, la magistratura y la Iglesia ha seguido vías y ritmos diferentes. Las condiciones políticas de la transición excluyeron la depuración -ni siquiera limitada- del personal dirigente de unas instituciones que constituían piezas clave para la acción

represiva e ideológica de la dictadura. A partir de un mismo punto de partida, cada una de aquellas instituciones ha seguido una evolución diferente en su adaptación al esquema constitucional.

- En lo que concierne a las fuerzas armadas, el tratamiento singular y la función que les atribuyó la Constitución (art. 8) no desactivaron inmediatamente la inclinación de algunos círculos militares a reivindicar durante cierto tiempo la condición de "poder autónomo". A la vez, la política de descentralización territorial y los ataques terroristas de ETA contra oficiales de las fuerzas armadas y de los cuerpos de seguridad, provocaron una fuerte agitación en ambientes militares hasta desembocar en el fracasado golpe de estado de 1981. Paradójicamente, este intento golpista reforzó el apoyo ciudadano al sistema democrático, debilitó el prestigio de la vieja jerarquía militar y dejó clara la necesidad de subordinarla a la autoridad civil. Las reformas emprendidas por el primer gobierno socialista de Felipe González (1982-1986) impulsaron un ajuste de la institución a las condiciones de profesionalidad y neutralidad política requeridas en un sistema democrático. A este ajuste contribuyó igualmente la participación de las fuerzas armadas en la estructura militar de la OTAN y en otras misiones internacionales. Dicha participación comportó la modernización e incremento de sus recursos materiales y la aproximación por parte de sus mandos y profesionales a la cultura militar de otros países democráticos. Puede concluirse que



la posición de las fuerzas armadas ha dejado de ser un problema político-constitucional gracias a una transformación profesional más completa que la experimentada por otras instituciones del Estado.

- La definición constitucional de la magistratura como poder independiente y separado en un Estado liberal democrático ha asegurado en términos generales la independencia y la imparcialidad de las actuaciones judiciales ordinarias. Sin embargo, el gobierno de la magistratura confiado al Consejo General del Poder Judicial presenta un balance negativo. El Consejo se ha convertido en un escenario sobre el que partidos y asociaciones de jueces proyectan sus orientaciones doctrinales y sus intereses corporativos. Especialmente, cuando se trata de designar los cargos de mayor rango en la escala judicial a los que se someten los asuntos con mayor trascendencia pública. El resultado ha sido una creciente crítica a la "politización de la justicia", entendida como presunta sumisión a orientaciones ideológicas o partidistas. Sin embargo y en contraste con esta percepción negativa, hay que señalar la creciente acción judicial contra la corrupción política que -de manera progresiva- ha ido persiguiendo y condenando a cargos públicos de todos los partidos sin distinción. Con todo, han sido muy insuficientes los avances de la magistratura en sus aspectos organizativos y en sus prácticas funcionales, especialmente por lo que hace a su sistema de selección

interna. Tales deficiencias no pueden achacarse solamente a la escasez de recursos. Con algunas excepciones, ha tendido a reproducir una cultura profesional de orientación conservadora, más atenta a su estatuto de poder estatal que a sus obligaciones de servicio público. La baja reputación que la administración de justicia tiene entre la ciudadanía debido a sus deficiencias de funcionamiento perjudica a la legitimidad del Estado de derecho que le corresponde garantizar (Nieto, 2004).

- La pauta de relaciones entre Estado e Iglesia fijada por la Constitución y los Acuerdos de 1979 se ha mantenido inalterada, prorrogándose sine die el compromiso financiero del Estado con la Iglesia católica. Mientras tanto, se ha acelerado la secularización de la sociedad española y, con ella, ha disminuido considerablemente la influencia social de la Iglesia. Como muestra de esta pérdida de influencia, hay que destacar la legalización del divorcio, la despenalización del aborto o la aprobación del matrimonio igualitario u homosexual. La resistencia infructuosa de la Iglesia a estas decisiones y la regulación de la enseñanza religiosa en la escuela pública han provocado momentos de tensión entre la jerarquía eclesiástica y la autoridad política. Pero no puede decirse que hayan provocado un conflicto suficientemente grave para desestabilizar el sistema político en su conjunto tal como ocurrió en otros momentos históricos.

De cara al futuro: ¿Qué límites y qué sentido tiene una reforma constitucional?

Este sintético repaso a los principales aspectos de nuestro sistema político-constitucional permite extraer conclusiones y establecer un balance. En el activo de este balance, cabe resaltar su duración y estabilidad, el rendimiento de la Constitución de 1978 ha sido muy notable si se le compara con sus antecedentes. España ha vivido el período democrático más largo de su historia. Se ha progresado en el arraigo de una "cultura constitucional" históricamente aquejada de gran fragilidad. Las reglas constitucionales han sido aceptadas por la ciudadanía por su razonable funcionalidad para procesar una serie de importantes transformaciones sociales, culturales y económicas. Pero esta situación parece estar llegando a su término.

Insatisfechos con el sistema político y partidarios de la reforma constitucional

En el pasivo del balance, empiezan a pesar fenómenos preocupantes. Son abundantes los indicios de que la eficiencia de aquellas reglas se ha visto seriamente afectada en los últimos años. En parte, por la agudización de algunos defectos originales; en parte, por la aceleración y la profundidad de los cambios producidos por la globalización que están impactando también negativamente sobre los sistemas políticos de nuestro entorno. Aunque el sistema político español sigue siendo reconocido internacionalmente como parte integrante de las democracias homologadas, las valoraciones recibidas en los rankings académicos que intentan medir la calidad democrática registran un descenso en su cotización. Esta percepción concuerda con el aumento del descontento de los ciudadanos: más del 54 por ciento de los encuestados se manifestaban recientemente como poco o nada satisfechos con el funcionamiento de la democracia española (CIS Estudio 3223, sept. 2018).

Tres factores aparecen en el origen de esta insatisfacción: la situación socioeconómica, la desconfianza institucional y la crisis nacional-territorial. El profundo impacto de la Gran Recesión de 2008 supera en mucho al de las crisis cíclicas hasta ahora conocidas: ha hecho a la sociedad española más desigual, ha elevado su índice de pobreza y ha generado una ocupación precaria y sin horizonte de promoción futura. La crisis ha puesto de relieve la contradicción



entre el modelo constitucional de un Estado garante de derechos sociales y la configuración de una sociedad donde aumentan la desigualdad y el riesgo de exclusión social. En segundo lugar, la legitimidad de las instituciones básicas de la democracia representativa se ha visto fuertemente erosionada: el alejamiento entre la ciudadanía, por un lado, y las instancias parlamentarias, los partidos y el personal político, por otro, se ha incrementado en las últimas décadas y ha cristalizado en una relación de honda desconfianza (Torcal, 2016). Su descrédito se ha visto acrecentado además por la extensión de la corrupción. Finalmente, el potencial de la fórmula territorial-nacional derivada de los pactos constitucionales de 1978 se ha visto malogrado por la incapacidad de los nacionalismos español y periféricos para renunciar a esquemas doctrinales superados por las dinámicas de integración europea y global. Adoptando actitudes de autoafirmación defensiva, no han sabido explorar las posibilidades de innovación institucional que contenía la ambigüedad de las disposiciones constitucionales.

Pero no hay que achacar el malestar político de los últimos años a una naturaleza específica de la sociedad española. Basta examinar lo que ocurre en los países de nuestro entorno y más concretamente la situación de los que integran la Unión Europea para darse cuenta de que son comunes a todos ellos determinados fenómenos de desgaste en la legitimidad de sus instituciones.

Pero no hay que achacar el malestar político de los últimos años a una naturaleza específica de la sociedad española. Basta examinar lo que ocurre en los países de nuestro entorno y más concretamente la situación de los que integran la Unión Europea para darse cuenta de que son comunes a todos ellos determinados fenómenos de desgaste en la legitimidad de sus instituciones. La inestabilidad política que ha seguido al crecimiento de la desigualdad económica y a la pérdida de expectativas de progreso para amplias capas de la población se ha manifestado incluso en democracias de mayor solera que la nuestra. En realidad, la crisis española se solapa con una crisis europea (Vallès, 2015).



Rechazar una reforma de la Constitución es arriesgar su misma continuidad

De todo ello se deriva la creciente valoración negativa de la ciudadanía respecto del funcionamiento del sistema político que ya hemos señalado. Una consecuencia de esta valoración es la inclinación progresiva en favor de una reforma constitucional, tal como manifestaba el 69 por ciento de los entrevistados en una encuesta reciente (CIS Estudio 3223, sept. 2018).

Con todo, los principales actores políticos del país se han resistido tenazmente y durante años a iniciar un proceso de reforma. A diferencia de otros regímenes constitucionales, no se ha normalizado el recurso a las enmiendas como modo de actualización de las reglas básicas del juego democrático. El compromiso con el texto de 1978 se ha elevado a veces a la categoría de culto reverencial hacia un código intocable. La cultura constitucional española parece afectada, por tanto, del síndrome de la "enmiendofobia" (Mazzone, 2017).

Aunque sectores académicos han especulado durante años sobre la necesidad de una reforma constitucional, sus elaboraciones han tenido por ahora una nula repercusión en el terreno de los hechos (García Roca, 2014). En 2006, el gobierno socialista presidido por Rodríguez Zapatero encargó al Consejo de Estado un Informe preparatorio sobre la reforma constitucional, pero no

tomó ninguna iniciativa sobre la cuestión. En 2015, algunos partidos incluyeron en sus programas electorales propuestas de reforma constitucional que tampoco trasladaron luego al parlamento. En octubre de 2017, se constituyó una comisión parlamentaria de estudio sobre la reforma del sistema autonómico sin resultados visibles. En 2018, el nuevo gobierno socialista de Pedro Sánchez se ha manifestado partidario de la reforma, sin precisar demasiado ni contenidos ni calendario. A lo largo de estos años, se han identificado algunos asuntos que podrían ser causa justificada para enmendar el texto de 1978: la incorporación de España al sistema político y jurídico de la UE, la supresión de la preferencia del varón en la sucesión al Trono, el robustecimiento de la garantía de los derechos sociales y económicos, el sistema electoral, la función del Senado, el gobierno de los jueces y -en forma más acuciante- la organización territorial-nacional del Estado.

Es cierto que la propia Constitución hace muy difícil su reforma al establecer para ello un procedimiento complejo (Título X) en el que varios actores disponen de poder de veto para impedirla. Pero la política comparada enseña que las dificultades para una reforma constitucional no provienen únicamente del procedimiento normativo previsto para aplicarla (Ginsburg-Melton, 2015). Dependen en gran medida de variables sociopolíticas y de elementos culturales. En el caso español, el obstáculo para

la reforma no sería solo ni principalmente la existencia de exigentes disposiciones formales. Sería más adecuado ver en estas disposiciones la expresión de una actitud cultural de temor a la reforma que tendría su raíz en el origen consensual de la Constitución de 1978, como ejemplo de que en las reglas para la enmienda formal de una constitución “está inherente la memoria del momento constituyente” (Albert et al. 2017).

Este origen consensual le proporcionó una legitimación considerable porque, a diferencia de constituciones anteriores, no fue vista como una imposición partidista, sino como resultado razonable de un pacto negociado. Sin embargo, este mismo origen ha tenido otras consecuencias menos positivas. Llevó -como hemos dicho- al diseño de un procedimiento de reforma muy arduo y prácticamente disuasorio para quienes quisieran iniciarlo: las dos únicas enmiendas aprobadas no fueron instadas por actores internos, sino que fueron impuestas desde el exterior por imperativo de la UE. Por otra parte, la idea del consenso fue elevada a la categoría de “mito fundacional” de la democracia hasta el punto de que la previsible dificultad para reconstruir dicho consenso se ha convertido en argumento para impedir durante años una reforma constitucional. De esta manera, el texto de 1978 se ha mantenido formalmente casi intacto, pero al precio de desgastar progresivamente la aceptación de algunos de sus elementos centrales cuya renovación vienen exigiendo movimientos sociales, sectores académicos y algunas fuerzas políticas.

Hay que admitir que una reforma constitucional no comporta por sí misma la superación de una crisis grave como la que padece el sistema político español: otros cambios son necesarios para ello. Pero llegar a un acuerdo para revisar las reglas constitucionales significaría un compromiso colectivo para renovar y asegurar la convivencia democrática. En cualquier caso, conviene recordar que el tantas veces evocado consenso de 1978 fue el resultado y no el punto de partida de la disposición al acuerdo político que

concluyó formalmente con la aprobación de la Constitución. Aquella disposición previa al pacto nació de la conciencia social mayoritaria de que era necesario un acuerdo sobre las reglas básicas del juego democrático si se quería evitar una crisis política de fondo como las que el país había vivido tantas veces en su agitado pasado. Es la existencia de esa amplia conciencia social y su certera interpretación por los representantes políticos la que da lugar a un “momento constituyente” (Ackerman, 1993), sea en forma de enmienda, de reinterpretación o de sustitución de la Constitución vigente. Está por ver si se da ahora la conciencia de que existe nuevamente una seria amenaza de quiebra del sistema. Sin esta conciencia, será difícil lograr la disposición al pacto requerida para una reforma constitucional. Con lo cual, si la reforma se va posponiendo en el tiempo o se limita a algunos elementos secundarios, puede ponerse en riesgo la misma continuidad de la Constitución de 1978 cuya intangibilidad se pretendía asegurar. No estaríamos entonces ante el final de una etapa en su trayectoria: habríamos llegado probablemente al final de su trayecto.

Barcelona, octubre 2018.

REFERENCIAS

- Ackerman, B. (1993). *We the People I: Foundations*. (Cambridge, Mass.: Harvard U.P.).
- Albert, R., Contiades, X. and Fotiadou, A. (2017) (eds.). *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing).
- Balfour, S. (ed.) (2005). *The Politics of Contemporary Spain*. (Abingdon and New York: Routledge).
- Balfour, S. and Quiroga, A. (2007). *The reinvention of Spain: nation and identity since democracy*. (Oxford: Oxford University Press).
- García Roca, J. (ed.) (2014). *Pautas para una reforma constitucional*. (Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters).

- Ginsburg, T. y Melton, J. (2015). ‘Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty’. *International Journal of Constitutional Law*, 13 (3): 686-713.

- Mazzone, J. (2017). “Amendmentphobia”. *The Italian Law Journal (Special Issue)*: 133-139.

- Nieto, A. (2004). *El desgobierno judicial*. (Madrid: Trotta).

- Peces-Barba, G. (1988). *La elaboración de la Constitución de 1978*. (Madrid: CEPC).

- Pérez Royo, J. (2015). *La reforma constitucional inviable*. (Madrid: Catarata)

- Powell, Ch. (2001). *España en democracia 1975-2000*. (Barcelona: Plaza-Janés)

- Sánchez-Cuenca, I. (2014). *La impotencia democrática. Sobre la crisis política de España*. (Madrid: Catarata).

- Share, D. y Mainwaring, S. (1986). ‘Transiciones vía transacción: la democratización en Brasil y en España’. *Revista de Estudios Políticos*, 49: 87-115.

- Solé Tura, J. (1985). *Nacionalidades y nacionalismos en España: autonomías, federalismo, autodeterminación*. (Madrid: Alianza).

- Torcal, M. (2016). ‘Desafección política en España en una perspectiva comparada’. In Llera, F.J. (ed.). *Desafección política y regeneración democrática en la España actual*. (Madrid: CEPC): 79-113.

- Vallès, J.M. (2015). ‘¿Una doble crisis? El sistema político español en la UE’. In Torres Albero, C. (ed.). *España 2105. Situación social*. (Madrid: CIS): 1698-1717.

NOTA

- (1) El carácter ensayístico de este artículo permite evitar las notas propias de un trabajo académico. Con todo, se ha añadido una breve relación bibliográfica para identificar las referencias incluidas en el texto.

El Estado, 40 años después



Santiago Muñoz Machado
Catedrático Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Es difícil alinear la Constitución de 1978 con alguna otra española anterior. La historia de nuestro constitucionalismo decimonónico es muy discontinua y la enseñanza que puede extraerse con más seguridad de los cambios que se suceden hasta la Constitución de 1876, es que cada una de ellas reflejó las ideas del partido dominante alternando concepciones distintas sobre la libertad de pensamiento y religión, sobre la organización de la enseñanza, sobre el alcance de la tutela de la Administración estatal sobre la local, u otra clase de materias disputadas a lo largo del siglo. La de 1876 no arregló ninguna de estas polémicas de forma definitiva, pero se inclinó por el sincretismo y los pactos de gobierno que le permitieron mantenerse vigente muchos años hasta que las crisis territoriales y sociales la derribaron dramáticamente.

La Constitución de 1931, de formación más democrática que ninguna de las ante-

rioros, aunque no supo reducir las tensiones políticas y sociales que la acompañaron desde el establecimiento de la República (que coincide con la proclamación por parte de Maciá de otra República catalana en competencia, pendiente de integrar en una hipotética Confederación de pueblos ibéricos), tuvo presentes modelos constitucionales distintos de los franceses que habían servido de inspiración a las constituciones del siglo anterior: la de Weimar de 1919 y la de Austria de 1920. Otorgaron estas a la Constitución el carácter de verdadera norma y no de un simple programa político, norma vinculante para los poderes públicos, habilitante de derechos y libertades inmediatamente eficaces, y protegida por un sistema de garantías a cuyo frente, de acuerdo con los criterios que Hans Kelsen hizo triunfar en Austria, estaría un Tribunal Constitucional.

Nuestra Constitución republicana asumió estas fórmulas y reforzó otras dos que

estaban ensayadas desde el inicio del constitucionalismo para evitar la concentración del poder: la separación de poderes, presente tradicionalmente en el constitucionalismo europeo, para asegurar su división horizontal y evitar una concentración abusiva; y la descentralización política, de corte federal, prácticamente inédita en la historia constitucional española, que propiciaría la distribución vertical del poder.

Esta es la tradición a que se acogió la Constitución de 1978, que aparecía a la vista de nuestros constituyentes, remansada y consolidada, en las Constituciones europeas aprobadas al término de la Segunda Guerra Mundial, especialmente la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

La regulación del régimen de los derechos en la Constitución de 1978 presenta influencias reconocibles de aquella Ley Fundamental en muchos enunciados concretos y, con carácter general, en el régimen



de las garantías: que los derechos solo pueden ser regulados “por ley”; la diferencia entre esta noción y las regulaciones “en el marco de lo establecido en la ley”; la garantía del “contenido esencial”; la posición del “reglamento ejecutivo”; la protección jurisdiccional especial de los derechos fundamentales; la preeminencia de estos, etc.

En cambio, diversos organismos que nuestra Constitución recoge proceden de las tradiciones más diversas. El Defensor del Pueblo emula la fórmula del Ombudsman sueco y tradiciones nórdicas semejantes, con poca implantación entonces en el resto del continente. El Consejo General del Poder Judicial emula al Consiglio della Magistratura italiano. El Tribunal Constitucional sigue la tradición austriaco kelseniana. El Senado, en fin, recupera el bicameralismo de un modo bastante peculiar porque se separa del sistema monocameral, que la Constitución de 1931 mantuvo pese a auspiciar una organización territorial del Estado de corte federalizante, y tampoco se ajusta a las pautas organizativas de los modelos federales, especialmente el alemán, pese a que los constituyentes consultaron la Ley Fundamental de Bonn frecuentemente.

En cuanto a organización territorial, y salvado ese asunto de la extraña fórmula elegida para la regulación del Senado, la Constitución vigente acogió el modelo de la Constitución de 1931, desestimando casi todo lo que había de imitable en el mucho más experimentado sistema federal

alemán. Puesto que estaba del todo descartada la opción de mantener el modelo centralista de organización del Estado, de larga vigencia en nuestra historia, se optó por recuperar la regulación republicana de la organización territorial del Estado.

Sobre el papel, esta se apoyaba en la extraordinaria opción de hacer convivir dentro del mismo Estado español la fuerte descentralización política de algunos territorios y la rigurosa centralización de otros. Aquella para las regiones que desearan contar con instituciones y un sistema de gobierno propios y las atribuciones determinados en las normas reguladoras de su autogobierno; lo segundo para aquellos territorios que gustaran más ser gobernados desde el poder central y único. Esta combinación, aparentemente equilibrada para no forzar a ningún territorio a autogobernarse, era bastante ingenua desde que se enunció la primera vez. Jiménez de Asúa, en nombre de la Comisión Jurídica Asesora, manifestó que otra cosa sería imponer un sistema federal que nadie había pedido y que, entre nosotros, no gozaba de buenos antecedentes. El invento se llamaría “Estado integral”. Durante la República solo Cataluña avanzó por la senda de la autonomía política; los demás territorios interesados o llegaron a refrendar sus Estatutos (País Vasco y Galicia) o tenían preparados sus proyectos (Andalucía) o probablemente los elaborarían sin demorarse mucho.

Estas dudas, entre la descentralización plena y la parcial, no deberían haberse

manifestado en 1978 porque todas las provincias españolas se habían embarcado en asumir una situación de “preautonomía”, preparatoria de su consagración como regiones dotadas de autonomía política, tan pronto como la inminente aprobación de la Constitución lo permitiera. Esto quiere decir que no había ninguna duda razonable, como quizá pudo haberla en 1931, de que la descentralización política se generalizaría. Y siendo esta la presunción mejor fundada, se entiende mal que se utilizara el modelo republicano de 1931 de organización territorial en lugar de un modelo federal como el alemán, más ordenado y experimentado, que tanto se echaría de menos al pasar algunos años.

Otras características importantes del Estado que fundó la Constitución de 1978 tienen que ver con su relación con la sociedad. En este punto se observan las líneas de continuidad más gruesas con el Estado franquista, que seguía alentando durante la transición.

Otras características importantes del Estado que fundó la Constitución de 1978 tienen que ver con su relación con la sociedad. En este punto se observan las líneas de continuidad más gruesas con el Estado franquista, que seguía alentando durante la transición. Por una lado, se mantienen sus perfiles prestacionales. Es un Estado de Bienestar el que consagra la Constitución. Reconoce derechos económicos y sociales a los ciudadanos que se realizan, sobre todo, mediante fórmulas de aseguramiento público y prestaciones directas del Estado; la función de las organizaciones sociales apenas se enuncia. Los derechos protegidos no siempre se regulan como derechos fundamentales por lo que la garantía de su exigibilidad por los ciudadanos es bastante débil.

Esta centralidad del Estado también se refleja en su posición respecto de la economía. Interviene mediante normas que tienen como principal objetivo la seguridad y la salubridad, como había venido ocurriendo tradicionalmente, pero también se presenta como titular de las principales actividades de interés general y de las empresas u organismos establecidos para gestionar-

las. Las empresas privadas tienen vedada la incorporación a estos sectores publicados de la economía, salvo a título de encomienda o concesión.

Por último, para concluir esta caracterización general del Estado configurado por la Constitución de 1978, se trata de una organización política influyente y que ejerce sus competencias dentro del ámbito territorial sobre el que está constituida y al que alcanza su soberanía. El territorio marca el dominio exento a la acción de cualquier otro soberano y el límite al que llega la eficacia de sus normas y políticas.

II

Cuarenta años después, muchas de las instituciones aludidas y algunas de las concepciones que sirvieron de inspiración a los constituyentes, dan muestra de fatiga. Lo mismo ocurre con bastantes herramientas consideradas entonces imprescindibles. No es nada excepcional esta pérdida de resistencia de materiales que han sido sometidos a un esfuerzo constante durante cuatro décadas. Lo procedente ahora es identificarlos, repararlos o sustituirlos.

Las primeras impresiones de que había regulaciones que darían problemas entre las establecidas en la Constitución nueva se refirieron al Título VIII. Los primeros Estatutos se aprobaron al año siguiente de ser promulgada, pero los gobiernos inmediatos tuvieron muchas dudas sobre como podría funcionar adecuadamente el conjunto. El asunto que provocaba más inquietud era la posible diversidad de regímenes autonómicos que podría resultar de la habilitación constitucional que permitía a los estatutos de autonomía disponer con libertad de la organización y competencias de cada Comunidad Autónoma. Los Pactos autonómicos de 1981, acordados entre el Gobierno y la oposición, propusieron fórmulas para evitar una excesiva heterogeneidad. Aunque salvaban las diferencias entre las Comunidades históricas (las que habían plebiscitado en el pasado estatutos de autonomía) y las demás, la tendencia a partir de entonces fue hacia la homologación bajo un mismo patrón de la organización y competencias de todas las existentes. De acuerdo con lo que auguraba la generalización de las "pre-autonomías" la plantación de Comunidades Autónomas en todo el territorio del Estado no dejó ninguna provincia fuera. Aunque se han mantenido siempre algunos hechos diferenciales que han afectado a la organi-

zación y competencias, determinados por razones geográficas (insularidad), culturales (lengua), históricas (derechos civiles forales, conciertos, formas especiales de organización territorial, etc), la tendencia a la homogeneización de todas las Comunidades Autónomas, fortalecida por unos nuevos Pactos autonómicos en 1992, fue ganando terreno, primero por la voluntad explícita de todas ellas, que reformaron sus estatutos para conseguirlo y, desde luego, por la ausencia de trabas en la Constitución que lo obstaculizara.

Con el tiempo esa uniformidad del sistema autonómico se convertiría en un motivo de insatisfacción para las Comunidades periféricas con partidos nacionalistas fuertes.

Con el tiempo esa uniformidad del sistema autonómico se convertiría en un motivo de insatisfacción para las Comunidades periféricas con partidos nacionalistas fuertes.

La inseguridad que, desde el principio, ha provocado el complejo reparto de competencias utilizado en la Constitución, ha sido también la fuente de innumerables conflictos que ha ido atendiendo el Tribunal Constitucional. Aunque ha cumplido correctamente sus funciones, lo cierto es que en muchas de sus sentencias, actuando como intérprete de la Constitución, ha tenido que completar y aclarar el reparto de competencias, lo que le ha valido acusaciones de usurpar la función reservada a los estatutos o a la negociación política. El nivel más alto de la crisis se alcanzó con la Sentencia 31/2010, que anulaba unos pocos preceptos, e interpretaba otros cuantos, del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006.

La segunda, pero más importante transformación del Estado, empezó en 1986, año en que el Reino de España firmó el Tratado de Adhesión a la Comunidad Europea. Esta fue una decisión de gran impacto sobre el Derecho interno. El Estado aceptaba la incorporación de todo el Derecho comunitario, sin más demoras que las acordadas de modo transitorio en el propio Tratado, lo que suponía la entrada en vigor de un aluvión de normas y programas, el "acervo comunitario", encabezadas por los Tratados fundacionales de las Comunidades.



El acontecimiento era de una trascendencia formidable. Suponía ceder soberanía a una instancia supranacional para que legislara y decidiera, con preferencia respecto del Estado, en relación con todos los asuntos que los Tratados atribuían a su competencia. Dada la forma con que aquellos establecen las atribuciones comunitarias, la tendencia a lo largo de los años ha sido a ampliar los dominios de que se ocupan las instituciones europeas, de modo que en la actualidad suele decirse que al menos el setenta por ciento de toda la legislación que se promulga en cualquier Estado miembro es transposición de otra comunitaria o está condicionado por la legislación o los programas de la Unión.

La integración europea ha constituido una gran mutación constitucional (lo expliqué tempranamente en La Unión Europea y la mutaciones del Estado, Alianza 1986) porque ha alterado en profundidad algunos de los principios y reglas asentados en la Constitución. Ha supuesto la transferencia de competencias a una instancia supranacional, y la aceptación de la primacía de la legislación comunitaria sobre la interna en caso de conflicto. Implica el reconocimiento de su efecto directo y aplicación inmediata, en los términos que dicha legislación establezca, y la aceptación de nuevas formas de responsabilidad patrimonial para saldar los supuestos de incumplimiento. Ha afectado la integración al reparto interno de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en la medida en que quedan afectadas por la transferencia



indicada y el ensanchamiento continuo de las áreas a que se extienden.

Y todo ello en base a una escueta habilitación constitucional, que nada dice de la primacía del Derecho comunitario y programa la transferencia de competencias en términos específicos y no genéricos, contenida en el artículo 93 de la Constitución de 1978; precepto bastante menos explícito que los correspondientes de otras constituciones de Estados miembros como la francesa o la alemana.

Entre las muchas transformaciones jurídicas que el Derecho de la Unión Europea ha venido imponiendo al Derecho interno, son destacables dos grupos: el primero, inicialmente menos previsible porque los Estados han negado que la Unión tuviera competencias para avanzar en ese terreno, es el de la protección de los derechos fundamentales. Las largas disputas entre el Tribunal de Justicia de la Unión y los Tribunales Constitucionales o Supremos de algunos Estados miembros, han concluido en la promulgación de una Carta de los derechos fundamentales, elevada a norma eficaz con rango de tratado a partir del Tratado de Niza de 2000, que viene a añadir un nuevo nivel de protección de los derechos fundamentales que se añade a los establecidos por la Constitución misma y por el Convenio Europeo para la protección de las libertades y derechos fundamentales de 1950.

Plantea este triple nivel de protección de los derechos fundamentales interesantes

cuestiones en las que será imposible que pueda detenerme en este breve ensayo.

El segundo grupo lo forman todas las disposiciones, incluidas unas en los Tratados y otras en normas dictadas para su desarrollo, que han alterado las relaciones entre el Estado y los mercados. Realmente este bloque de normas es mucho más característico de la Unión Europea, cuyos objetivos fundacionales fueron crear un mercado común, aunque con el tiempo se ha ido expandiendo para incidir en muchos aspectos colaterales de esa pretensión inicial y orientándose inexorablemente hacia una posible unión política futura, deseada por muchos y denostada por otros tantos.

Como consecuencia de la legislación económica europea se han producido innumerables transformaciones en la relación del Estado y el mercado. Principalmente, un fuerte retraimiento del Estado gestor, que ha abandonado la titularidad de los monopolios públicos y, además, ha privatizado las grandes empresas de referencia abriendo la entrada al capital privado.

Como consecuencia de la legislación económica europea se han producido innumerables transformaciones en la relación del Estado y el mercado. Principalmente, un fuerte retraimiento del Estado gestor, que ha abandonado la titularidad de los monopolios públicos y, además, ha privatizado las grandes empresas de referencia abriendo la entrada al capital privado. La posición de gestor la ha cambiado el Estado por la de regulador y garante. Este papel le permite la supervisión de los sectores económicos, para que las empresas que actúan en ellos cumplan las necesarias funciones de interés general y respeten las reglas de competencia. Estas últimas pueden ser dispensadas en casos en que la adecuada prestación de los servicios lo exija. Las funciones de servicio público, salvo que se trate de servicios sociales o servicios de autoridad, también quedan ordinariamente bajo la gestión directa de las empresas y organizaciones privadas, bajo la supervisión del Estado.

III

Puede decirse con seguridad que las grandes transformaciones del Estado acontecidas en los cuarenta años de vigencia de la Constitución tienen directa relación con la integración europea o con los avances y disputas a que ha dado lugar el régimen de descentralización política basado en las diecisiete Comunidades Autónomas constituidas.

También se concentran en esos dos asuntos los mayores retos de futuro que el Estado está abocado a enfrentar.

Me voy a referir a ambos asuntos en el apartado final de este escrito. Pero antes debo dejar simplemente enunciado que otras varias piezas de la organización estatal reclaman una reflexión detenida sobre su situación y su futuro. No me detendré en ello porque estoy seguro que, dada su importancia, serán objeto de estudios monográficos en esta revista conmemorativa de los cuarenta años de la Constitución. Me limitaré a enunciar algunos de los fundamentales.

No es un problema exclusivo del Estado español, pero la centralidad de los partidos políticos en nuestro sistema institucional ha llevado indebidamente a una ocupación de todos los organismos públicos por personas relacionadas con aquellos en diferentes grados de dependencia. Padece, con esta práctica, la independencia de las instituciones, promovándose una abusiva uniformidad ideológica, problemas ambos que repercuten también sobre la eficacia y neutralidad de sus decisiones que no se rigen por la legalidad estricta y rellenan de ideología todo el espacio de la discrecionalidad.

En el Parlamento se debilitan, sobre todo en las épocas en las que está dominado por una mayoría absoluta, valores como la separación de poderes, pero también se banaliza toda su actividad, tanto la relativa al control del Gobierno como la producción legislativa. Se dictan leyes singulares, de caso concreto, ómnibus, producidas en grandes cantidades sin ningún cuidado por la calidad y el debate riguroso y efectivo por todas las fuerzas parlamentarias.

Algunas de las reformas que precisa la Administración del Estado se llevan a cabo de manera aparente e irreal. Un buen ejemplo reciente lo ofrecen las propuestas desa-

rolladas en el marco de la Comisión para la reforma de la Administración (CORA), que ha hecho una gran simulación de ahorro y supresión de organismos públicos, que han reaparecido con formas nuevas, o de reformas legislativas, como las de las Leyes 39 y 40/2015, que alteran la columna vertebral del Derecho administrativo sin conocer bien las adaptaciones que la jurisprudencia y la doctrina habían considerado necesarias; actuando con una precipitación injustificada y añadiendo confusión. Ofendiendo, además, los métodos de trabajo y procedimientos de elaboración de las normas enunciados como de cumplimiento obligatorio en las propias leyes mencionadas. Contra la rotunda oposición del Consejo de Estado, desatendida, pese a la importancia de los conocimientos de esas precisas materias, de modo incomprensible.

Es necesario revisar muchas estructuras de las Administraciones públicas para adaptarlas a las nuevas necesidades sociales. Y ello no se resume en la simple remisión a la utilización de medios electrónicos en el trabajo administrativo y respecto de las relaciones de los organismos públicos con los ciudadanos.

Casi todos los organismos constitucionales necesitan un reexamen en profundidad. El Defensor del Pueblo porque fue una imitación de formas de control de la Administración completamente ajena a nuestra tradición. La adaptación de esta figura al medio administrativo español ha sido dificultosa y habría que hacer una nueva evaluación, cuarenta años después, de su utilidad. El Tribunal de Cuentas no logra imponer su presencia en todo el espacio administrativo español, ya que le resulta difícil trabajar en las materias de su competencia con las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales le niegan información suficiente y defienden el supuesto monopolio de sus órganos de control externo. El Consejo de Estado, ha sufrido el vaivén del establecimiento de órganos consultivos autonómicos, que han asumido competencias consultivas que, después de años, han sido retornadas en algunos territorios al Consejo. Respetando la tradición, tan útil para el Estado, de las funciones básicas del Consejo, necesita ajustes a la realidad administrativa de nuestro tiempo.

El Consejo General del Poder Judicial sigue sometido a las mismas tensiones políticas que ha sufrido desde su establecimiento.



to. Cualesquiera que sean las fórmulas que se utilicen para la designación de sus vocales, la politización del órgano de gobierno de la Justicia y las presiones que ejercen sobre él, indirectamente, los partidos políticos están siempre poniendo en cuestión su neutralidad y dificultando el ejercicio de sus funciones.

El Tribunal Constitucional, en fin, necesita también ajustes que afectan tanto a la designación de los magistrados como a sus funciones. En cuanto a estas, sus tres competencias básicas han sido alteradas por diferentes razones en sus casi cuatro decenios de actividad. El monopolio del control de la constitucionalidad de las leyes ha de ser reconsiderado para determinar algunos supuestos en los que la inaplicación de una ley inconstitucional pueda ser apreciada por la justicia ordinaria, sin perjuicio de remitir, en cuanto a la valoración de su validez, al Tribunal Constitucional. Esta alteración de competencias, que ya se ha hecho valer en cuanto a las leyes internas contrarias al Derecho comunitario, tiene algunas otras aplicaciones imprescindibles. Su función relativa a la resolución de los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas también puede ser modulada para compartirla de un modo más eficiente con la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, en fin, hay que repensar la competencia para conocer recursos de amparo porque en la práctica el Tribunal Constitucional ha prescindido de ella levantando un muro inaccesible a su admisibilidad.

IV

Retomo el análisis de las dos tensiones principales que afectan al Estado conformado en la Constitución de 1978: por un lado, las transformaciones reduccionistas de sus funciones resultantes del proceso de unificación europea; por otro, las tensiones centrífugas ejercidas por las comunidades autónomas, especialmente Cataluña, que cuentan con una autonomía muy amplia pero que han manifestado una fuerte tendencia a la secesión alimentada por un movimiento nacionalista que ha desarrollado sus aspiraciones sin obstáculos y con muchos medios puestos a su disposición por las propias instituciones públicas catalanas.

1. En cuanto al crecimiento de las responsabilidades de la Unión Europea y los efectos reductores del papel tradicional de los Estados miembros, existen valiosos análisis de los Tribunales Constitucionales u órganos que tienen atribuida la defensa de la Constitución, sobre los límites de tal expansión. En España, dieron lugar a pronunciamientos importantes la ratificación del Tratado de la Unión Europea, acordada el 7 de diciembre de 1992, la del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, y la del Tratado de Lisboa de 2007. Haré más adelante alguna mención a ellos, pero me parece preferible utilizar las exposiciones del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que contienen una doctrina invocada como referencia en todos los Estados europeos.



En Alemania la eventual afectación de las ampliaciones de competencias y expansión de la Unión a los principios constitucionales es esencial porque la Ley Fundamental incluyó una cláusula de intangibilidad de algunos valores que no puede ser rebasada por causa de las ampliaciones de las responsabilidades de la Unión. Se trata en concreto de los establecido en su artículo 79.3, según el cual “no está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la organización de la Federación en Länder, o al principio de participación de los Länder en la legislación, o a los principios enunciados en los artículos 1 y 20”, que tratan, por un lado, de la dignidad humana y el carácter inviolable y vinculante de los derechos fundamentales, y, por otro, del carácter democrático y social del Estado Federal, que presupone que todo el poder emana del pueblo.

Con antecedentes en las sentencias Solange I de 29 de mayo de 1974, Solange II de 22 de octubre de 1986, y Soweit de 12 de mayo de 1989, entre otras, los límites derivados del artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn fueron abordados extensamente por el Tribunal Constitucional Federal en su sentencia Maastricht de 12 de octubre de 1993, que se pronunció sobre la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea y la Ley que modificó la Ley Fundamental de Bonn para compatibilizarla con aquel Tratado, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha mantenido a lo largo del tiempo los mismos desvelos por preservar los valores intangibles de la Ley Fundamental de Bonn.

Su jurisprudencia, con los antecedentes indicados, se presenta más perfilada en la Sentencia Lisboa de 30 de junio de 2009. Esta resolución apareció en un momento crucial del constitucionalismo europeo. Había fracasado poco antes el Tratado Constitución de 2004 por la oposición de dos estados fundadores de la Comunidad, Holanda y Francia, y las respuestas más extremas a la situación de bloqueo postulaban la continuación del proceso de integración política y económica dejando la iniciativa a las propias instituciones comunitarias, lo que implicaba el definitivo triunfo de los intereses burocráticos sobre los democráticos en que se habían basado todas las constituciones de los estados miembros; la victoria de la llamada gobernanza europea, el incremento de las atribuciones de las instituciones comunitarias y la transformación de las constituciones de los estados soberanos de cada uno de ellos y, por tanto, sin que se ejerciera el poder constituyente para habilitar un cambio constitucional de tanto calado.

En este contexto, la *Sentencia Lisboa* ha sido valorada como un aldabonazo del Tribunal Constitucional Federal Alemán a favor de los valores del constitucionalismo democrático y del mantenimiento de las señas de identidad constitucional de los estados que forman parte de la Unión. Algunos críticos relevantes han considerado que la *Sentencia Lisboa* supone un paso atrás, a favor del nacionalismo estatal, que dificulta el progreso de la integración europea,

pero verdaderamente sus apreciaciones políticas se sitúan en la línea de la Sentencia Maastricht y, en buena medida, repiten apreciaciones que incluso podían encontrarse en las primeras sentencias del mismo Tribunal sobre el mantenimiento del nivel de protección de los derechos fundamentales, dictadas en los años en que no estaba claro que la protección de los mismos en el ámbito comunitario fuera equivalente a las garantías establecidas en la Ley Fundamental de Bonn.

La Sentencia Lisboa ha sido valorada como un aldabonazo del Tribunal Constitucional Federal Alemán a favor de los valores del constitucionalismo democrático y del mantenimiento de las señas de identidad constitucional de los estados que forman parte de la Unión.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán recuerda en su Sentencia Lisboa los términos en que Alemania puede participar en una organización supranacional como la europea. Están en el artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn, que requiere siempre un decisión del pueblo alemán. Pronunciándose Am Deutschen Volke el Tribunal considera que las instituciones que actúan en nombre de Alemania no pueden desplazar el derecho del pueblo alemán a autodeterminarse y, por tanto, a decidir, sin consultarlo, una irrevocable transferencia de soberanía a favor de un sujeto político como la Unión Europea.

El Tribunal tenía dicho en anteriores sentencias que intervendría para evitar la aplicación de normas o actos comunitarios que rebajaran el nivel de garantía de los derechos fundamentales de los alemanes, advertencia que ha puesto a dormir al aceptar ulteriormente la igual protección dispensada por el derecho de la Unión. También había señalado en anteriores sentencias que evaluaría las decisiones comunitarias que incurrieran en ultra vires por sobrepasar las instituciones las competencias que Alemania les ha transferido. Pero Lisboa añade una importante mención a la preservación de la identidad nacional alemana, apoyándose en lo establecido en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn, antes transcri-

to, que contiene la cláusula de intangibilidad. Esta prescripción incluye una garantía de perpetuidad de los valores y principios enunciados en el precepto, y obliga a verificar las consecuencias e incidencia que pueden tener las actuaciones de las instituciones europeas.

Cualquier decisión europea que traspase el umbral de lo intangible no será constitucionalmente legítima salvo que el pueblo alemán, usando su soberano poder constituyente, la haya autorizado.

Cualquier decisión europea que traspase el umbral de lo intangible no será constitucionalmente legítima salvo que el pueblo alemán, usando su soberano poder constituyente, la haya autorizado. La restricción expresada con tal firmeza obligaba a precisar cuáles son los contenidos esenciales de la soberanía. El mismo problema se había planteado con anterioridad en otras sentencias del mismo Tribunal de Karlsruhe y también de otros altos tribunales de diversos estados miembros, pero en su Sentencia Lisboa se atreve a especificarlos (dando pie, al hacerlo, a las más fundadas críticas que su argumentación ha recibido). El apartado 249 de la Sentencia, contiene una larga y valiosa consideración sobre los límites a la reducción del papel de los Estados en el marco de la Unión: Afirma que “La unificación europea, que descansa sobre la base de una unión, mediante tratados internacionales, de Estados soberanos, no puede en todo caso ser llevada a cabo de modo tal que los Estados miembros no conserven espacio suficiente para la ordenación política de las condiciones de vida económicas, culturales y sociales”.

Este recordatorio sirve al Tribunal para establecer que la Unión tiene que respetar la pervivencia democrática de los Estados que forman parte de la misma. Y, fijadas estas premisas, establece cinco dominios que forman el núcleo resistente de la soberanía de los estados, que enuncia la Sentencia en el apartado 252: “Desde siempre se han considerado como especialmente sensibles a la capacidad de un Estado constitucional de regirse a sí mismo de forma democrática las decisiones sobre el Derecho penal material y formal (1), la capacidad de



disponer sobre el monopolio de la fuerza, con respecto a la policía en el interior, y al ejército en el exterior (2), las decisiones fiscales fundamentales sobre los ingresos y los gastos públicos – en especial también los motivados por la política social- (3), la conformación de las condiciones de vida en un Estado social (4), así como las decisiones culturales especialmente relevantes, por ejemplo sobre el Derecho de familia, el sistema escolar y educativo o sobre las relaciones con las comunidades religiosas (5)”.

Ese “es war immer so”, siempre ha sido así, en que se apoya la Sentencia para justificar los dominios reservados se ha prestado a críticas porque alude a una experiencia que no concreta y parece arbitrariamente seleccionada; y el breve catálogo de elementos decisionales reservados al Estado necesariamente tampoco está hecho con mucho más cuidado porque fácilmente ha podido advertirse que la mayor parte de sus componentes han sido ya cedidos y están en el sílabo de las competencias de la Unión, total o parcialmente.

La reserva mencionada está también vinculada a la garantía de perpetuidad, antes aludida. Sería una vulneración del principio democrático, contraria al artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn, que los representantes del pueblo adoptasen decisiones que violentaran la identidad constitucional sin que se ejercitara previamente el poder constituyente. El apartado 218 de la sentencia lo explica en estos términos: “El poder constituyente no ha dado a los repre-

sentantes y órganos del pueblo mandato alguno para poder disponer sobre la identidad constitucional. No se ha dado a ningún órgano constitucional la competencia para poder modificar los principios constitucionales que el artículo 79.3 LFB establece como fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal vela por ello. Mediante la así llamada garantía de perpetuidad, la Ley Fundamental reacciona por un lado frente a las experiencias históricas de vaciamiento velado o abrupto de la esencial liberal de un ordenamiento fundamentalmente democrático. Pero también pone de relieve que la Constitución de los alemanes posee, en consecuencia con la evolución internacional, precisamente también desde la existencia de las Naciones Unidas, un fundamento universal, que no debe ser modificable por el Derecho positivo”.

La salvaguarda del principio democrático exige, como la Sentencia insiste en decir, que exista “una relación legitimadora entre quienes tienen derecho a voto y los poderes soberanos europeos” (parágrafo 177 de la Sentencia). La legitimación de la Unión Europea es sólo derivadamente democrática, en cuanto que se apoya en los principios democráticos existentes en los Estados que forman parte de ella. Por el camino de la legitimación directa puede seguir progresando la Unión, para enriquecer la indirecta que ahora tiene, pero, desde luego, no puede basarse su acción solamente en las teorías de la “gobernanza europea”, que dejan al margen tales exigencias de que el poder ha de provenir del pueblo. La plasmación

“del principio de soberanía del pueblo en Europa” sólo puede partir de los pueblos de los Estados miembros, que son los que disponen de su “respectivo poder constituyente y de la soberanía del Estado. Sin la voluntad de los pueblos expresamente declarada, las instituciones democráticamente elegidas no están capacitadas para crear un nuevo sujeto de legitimación, o para deslegitimar los existentes, en los espacios constitucionales estatales” (párrafo 347). El “concepto de Unión (Verbund) comprende una asociación estrecha y permanente entre Estados que continúan siendo soberanos, una asociación que ejerce el poder público sobre la base de tratados, y cuyo ordenamiento fundamental sólo está sujeto a la libre disposición de los Estados miembros, y en la que los pueblos –es decir, los ciudadanos nacionales- de los Estados miembros continúan siendo los sujetos de la legitimación democrática” (apartado 229).

La Ley Fundamental de Bonn permite “una extensa transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea”.

La Ley Fundamental de Bonn permite “una extensa transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea”. Pero esta queda “supeditada al requisito de que en dicho proceso se preserve la estatalidad constitucional soberana sobre la base de un programa de integración acorde con el principio de atribución singular y restringida de competencias, y desde el respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros, y que al mismo tiempo los Estados miembros no pierdan su capacidad de organización autónoma política y social de las condiciones de vida” (párrafo 227).

El Consejo de Estado y el Tribunal Constitucional españoles formaron doctrina sobre estas cuestiones con ocasión de ser consultados antes de la ratificación del Tratado de Maastricht, pero fue al pronunciarse sobre el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa de 2004, cuando tuvo oportunidad de reflexionar sobre los límites de la laminación del Estado a consecuencia del fortalecimiento de las atribuciones de la Unión. El Consejo de Estado emitió un Dictamen sobre este Tratado el 21 de octubre

de 2004 y el Tribunal Constitucional una Declaración el 13 de diciembre siguiente.

El Consejo de Estado reiteró su doctrina general de que el artículo 93 de la Constitución es «la vía específica cualificada e idónea para que España vaya cubriendo las diversas etapas de la construcción europea, de cuya naturaleza evolutiva era, sin duda, consciente el legislador constitucional» (la afirmación procede del Dictamen 5072/97, relativo al Tratado de Ámsterdam; el Consejo se pronunció en su Dictamen 880/2001, sobre el Tratado de Niza; en el 1173/2003, sobre la adhesión de los diez nuevos miembros; y en el 24/2008, de 13 de marzo, sobre el Tratado de Lisboa).

Omitiré, por razón del espacio que se me ha asignado para desarrollar estas reflexiones, una referencia más extensa a las importantes consideraciones que hace el Consejo de Estado, para centrar la atención en la Declaración del Tribunal Constitucional, que el propio Consejo considera que es la que debe despejar algunas dudas interpretativas planteadas sobre los artículos 93 y 95 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional utiliza en su Declaración de 13 de abril de 2004, para analizar las repercusiones que sobre los principios y reglas de nuestra Constitución tiene el Tratado constitucional de 2004, un método muy semejante al empleado por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Sentencia de 1993. En este sentido aprecia que los rasgos jurídicos que caracterizan al Tratado son perfectamente acordes con la Constitución interna. Los valores que en aquél se consagran, el reparto de competencias en términos suficientemente claros, debiendo inspirarse además su ejercicio en el principio de subsidiariedad, el mantenimiento de la soberanía en el pueblo español, la acomodación de las instituciones comunitarias a principios democráticos, etc.

Afirma que la Constitución ostenta supremacía sobre cualquier otra norma, y es a ella misma a la que le corresponde decidir en qué casos hay que otorgar preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional. De ello puede concluirse que «la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su artículo 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el artículo 1.6 del Tratado». Recuerda el Tribunal que en su propia jurisprudencia se había

venido reconociendo esa primacía al Derecho Comunitario desde el momento mismo de la incorporación de España a la Comunidad Europea (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, 64/1991, de 22 de marzo, 130/1995, de 11 de septiembre, 120/1998, de 15 de junio, 58/2004, de 19 de abril).

Concluye, por tanto, el Tribunal que no hay contradicción entre el artículo 1-6 del Tratado y los artículos 9.1 y 95.1 CE. Pero deja abierta una última reserva para el supuesto de que dicha primacía terminara aplicándose a productos normativos europeos inconciliables con la Constitución española. Expresa el Tribunal su confianza en que estos excesos serían corregidos por los cauces jurisdiccionales establecidos al efecto. Pero añade que «en última instancia, la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaban, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes». Ulteriormente, en la Sentencia Melloni de 13 de febrero de 2014, ha vuelto a reiterar la misma aseveración.

Este es el resumen que puede establecerse sobre las fricciones que se producen en el Estado y su Derecho como consecuencia del avance inexorable de la Unión Europea, que ha ido ganado a lo largo de los años un creciente protagonismo jurídico y político sobre los Estados miembros. El problema central es determinar hasta qué punto crecerán las reducciones del papel del Estado y si llegarán a afectar al núcleo esencial de su soberanía. Las posiciones al respecto son las indicadas. Pero a pesar de las declaraciones, el avance hacia la unión económica y política traerá inevitablemente nuevos planteamientos del mismo problema.

2. Me referiré, por último, a las tensiones rupturistas que han acabado emergiendo con gran virulencia en Cataluña, no obstante la amplia autonomía política que la Constitución de 1978 y el Estatuto de 2006 le reconocen. El planteamiento de fondo es que los nacionalistas catalanes reclaman su condición de nación soberana que puede decidir, en cuanto tal, libremente su futuro, en su caso separada de España. Esta soberanía podría tener un doble fundamento: primero, que el origen de la Constitución de 1978 está en un pacto entre territorios que han venido formando parte durante

algunos siglos del Estado español. Esos territorios dispondrían de una soberanía originaria que se utilizó durante el periodo constituyente, bien en términos positivos, participando en la elaboración del texto constitucional, bien de forma pasiva, limitándose a aceptar o dar el “pase” a la Constitución aprobada por las Cortes españolas.

El único indicio que ha quedado en la Constitución de 1978 de un eventual pacto constituyente entre territorios es la disposición adicional primera, que reconoce los derechos históricos de los territorios forales. Pero el indicio no es suficientemente fuerte y ha quedado desvalorizado por un buen número de pruebas expresas de que hubo, en aquella ocasión histórica, un único poder constituyente en acción: el del pueblo español en su conjunto, depositario de la soberanía. El Tribunal Constitucional lo ha apreciado así en muchas sentencias. Lo cuál, por cierto, no niega otros efectos jurídicos que la cláusula tiene y que diferencia la posición constitucional de los territorios forales vascos de la general de las demás Comunidades autónomas.

El único indicio que ha quedado en la Constitución de 1978 de un eventual pacto constituyente entre territorios es la disposición adicional primera, que reconoce los derechos históricos de los territorios forales.

La segunda hipótesis de condicionamiento o reducción del poder soberano consistiría en aceptar que la Constitución no impide la secesión de un territorio integrado en el Estado, para que inicie un proceso constituyente que conduzca a la formación de otro estado independiente. Sin embargo es incuestionable que la Constitución española no permite ese proceso de independencia. Hasta los propios mentores jurídicos y políticos de la secesión en Cataluña han considerado que, rectamente desarrollado, el camino hacia la independencia precisaría tener una cobertura constitucional que ahora no tiene.

Pero ¿puede reformarse la Constitución para habilitar la secesión de un territorio que forma parte del Estado desde hace centurias? ¿Se puede incluir en la Constitución una cláusula de secesión? Las cláusulas de separación son habituales en los tratados



internacionales. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 regula extensamente los supuestos de separación de un Estado de un tratado que ha suscrito (artículo 54 y siguientes). Incluso en los Tratados europeos se han mantenido este tipo de cláusulas habilitantes de la separación de los Estados miembros de conformidad con los poderes que les reservan sus propias constituciones (actualmente artículo 50 TUE) ¿Se puede aceptar algo parecido en el texto de una constitución? Hay algunos constitucionalistas, cuya posición es absolutamente minoritaria, que han postulado la posibilidad de incluir una cláusula de secesión en la Constitución española como solución final para “armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático” (Aláez, Bastida).

Entendido el asunto tal como resulta de la frase transcrita, resultaría que hay un principio o valor reconocido en la Constitución, el principio democrático, que puede imponer un cambio tan radical de su contenido que podría tener incluso efectos destructivos del sistema de valores en que esta se basa. Permitiría, la apelación a la democracia, liquidar la Constitución partiendo de la propia legalidad constitucional.

El contraste entre la Constitución y el principio democrático se ha vinculado por una corriente de pensamiento, cuyos adeptos en España han crecido sorprendentemente en cuanto que la novedosa doctrina ha sido enunciada, a la ruptura del dogma de la indivisibilidad del Estado, que

se ha mantenido indiscutido desde la Paz de Westfalia hasta hoy. Se formula la nueva doctrina del modo siguiente: la indivisibilidad del Estado no debe ser una regla absoluta que impida la realización de las aspiraciones, democráticamente expresadas, por comunidades territoriales que han venido formando parte del mismo, de separarse para constituir entidades políticas independientes. Este derecho de autodeterminación no solo habría que reconocerlo a las regiones colonizadas o a los territorios que no consiguen realizar sus libertades a causa de la opresión a que están sometidas, que son los supuestos básicos en los que los tratados y documentos de las propias Naciones Unidas lo reconocen y consideran amparable, sino en cualquier supuesto en que un territorio perteneciente a otro estado, aunque con tradiciones e historia propias, con entidad de población y condiciones económicas suficientes para asegurar su viabilidad como entidad independiente, acuerda democráticamente separarse. En tal caso, el Estado originario o matriz debe permitir la celebración de la correspondiente consulta para que se exprese la voluntad secesionista, o no, del pueblo de ese territorio. Los representantes políticos, formales o fácticos de este, tienen que aceptar por su parte las condiciones establecidas para el desarrollo de la consulta, que han de ser pactadas y claras respecto de la pregunta a formular y sus consecuencias. Si los resultados fueran favorables a la independencia, el Estado matriz y su fragmento habrían de negociar los términos de la separación, haciendo los



cuentas de sus costes y transferencias necesarias y programando la transición hasta la creación del nuevo estado.

Esta emergencia de una nueva entidad política soberana se gesta en el cuerpo del viejo estado y precisa para ejecutarse una reforma constitucional para que este prescindiera de una parte de su territorio y población, y nazca un nuevo soberano que ejercerá su propio poder constituyente.

Toda esta peripecia jurídica y política tan singular es, como antes decía, la consecuencia del arrumbamiento, por decrébito, del principio de indivisibilidad del Estado y el arrollador reconocimiento del principio democrático. Se entenderá mejor ahora por qué se dice que esta clase de principio democrático es contrario a la constitución establecida. En cuanto que se opone a la regla de la integridad territorial, tan esencial al estado constitucional, la democracia separatista es imposible de ejercitar partiendo de la Constitución vigente: en nuestro Estado o en cualquier otro. El soberano no puede concebir su propia mutilación. No solo es contraria a la Constitución sino que tampoco es viable la inclusión en ella, por vía de reforma, de una cláusula de secesión. La secesión de una parte del territorio del Estado no es constitucionalizable por la vía de la reforma. Es incomprensible que una constitución habilite poder constituyente (que por definición solo puede ser originario) a favor de una unidad inicialmente comprendida en su ámbito de aplicación, con la única finalidad de que se separe. No

es materia de una reforma constitucional. Podría aceptarse, en el extremo, que todo ello implicaría acoger la autodestrucción o la fragmentación, y si fuera imaginable que un soberano decida tan radical restricción de su poder, la aceptación sería un hecho constituyente de la máxima relevancia. Si se considera que el poder constituyente no tiene límites, el soberano original podría disponer tan monumental sacrificio. Tendría que modificarse el artículo 2 de la Constitución que consagra la indisoluble unidad de la nación española. Pero esto, en verdad, no es una reforma de la Constitución sino su sustitución por otra basada en fundamentos distintos.

Jurídicamente, como se ve, caben explicaciones del fenómeno. Política, social y económicamente las evaluaciones serán, como es natural, distintas y llevarán, por lo normal, a conclusiones impeditivas de semejante quiebra del Estado. Como ha hecho notar, con acierto, Jaria i Manzano, "No tiene el menor sentido pedir a la comunidad matriz que modifique su consenso básico solamente para permitir el nacimiento de otra comunidad con la cual, por definición, no compartirá, desde su nacimiento, la constitución reformada". Dando rienda suelta a la imaginación política cabría pensar en una hipótesis extrema en la que, constatada la imposibilidad de que un determinado territorio pudiera continuar a una determinada disciplina constitucional, se intentara otra de carácter confederal cuya plasmación final requiriera como paso intermedio la conversión

del territorio desafecto en un Estado independiente con su propia Constitución, para acabar finalmente recalando en una organización confederal con el Estado del que se ha separado. Algo semejante parecen querer decir, aunque desde luego no expresado así, algunos de los informes del Consejo para la Transición Nacional de Cataluña y también declaraciones sobre propósitos futuros de relación con España que dan a conocer en sus discursos los representantes políticos independentistas de la comunidad catalana.

Esta nueva filosofía que ensalza el poder democrático de los pueblos reunidos en comunidades políticas, nacionales o no pero significadas por su historia, cultura y economía, se ha extendido generalizando lo discurrido acerca de aspiraciones secesionistas de Quebec para construir una teoría general aplicable a cualquier otra comunidad política significada.

Esta nueva filosofía que ensalza el poder democrático de los pueblos reunidos en comunidades políticas, nacionales o no pero significadas por su historia, cultura y economía, se ha extendido generalizando lo discurrido acerca de aspiraciones secesionistas de Quebec para construir una teoría general aplicable a cualquier otra comunidad política significada. El principio democrático como superador de la regla de la indivisibilidad del Estado, supuestamente obsoleta, sería, según algunos de sus intérpretes, el pivote de la argumentación del Tribunal Supremo de Canadá en su famosísima (al menos entre políticos y juristas) Secession Reference de 1998 sobre la constitucionalidad del referéndum quebequés y las consecuencias de su celebración. Más tarde se ha enriquecido el acervo con las disquisiciones que ha propiciado el referéndum celebrado en Escocia en 2014 y sus prolegómenos y literatura.

Pero no me pararé en esta ocasión a recordar estos sucesos, que ya atendí extensamente en mi Cataluña y las demás Españas (Crítica, 2014) obra a la que me remito para mayores detalles.



Los resultados negativos de estos referéndum no han permitido conocer más desarrollos en la práctica acerca de cómo se procede a negociar la separación. En el caso británico, la inexistencia de Constitución remitiría a las decisiones que fuera adoptando el Parlamento soberano. En el supuesto canadiense se habrían tenido que activar los dos poderes constituyentes: el que se ejercería para cambiar la Constitución de Canadá y el nuevo, que aprobaría la Constitución de Quebec independiente. Tampoco hemos podido saber cómo se resolvería, a base de negociaciones, la separación efectiva.

El reparto de la soberanía, originariamente única e incondicionada, para dar lugar al nacimiento de un nuevo Estado creado con un fragmento de otro del que formaba parte, es una operación solo concebible en casos extremos que no se vislumbran en las democracias avanzadas europeas.

Pero en ninguno de los dos estados ha sido precisa una reforma previa de la Constitución para que pueda celebrarse el referéndum porque en ninguno de ellos existen cortapisas constitucionales que lo impidan. En cambio, en la tradición constitucional continental europea y, desde luego, en la española, no tengo dudas de que tendría que intervenir en los correspondientes procesos de separación el poder constituyente estatal, o si se quiere, sería necesaria una reforma aprobada en referéndum por los ciudadanos conforme a lo previsto en el artículo 168 CE. Y la cuestión aneja de si se puede celebrar un referéndum independentista en Cataluña o cualquier otro territorio del Estado ha de resolverse con arreglo a los mismos criterios, ya que la consulta no es otra cosa que la primera y nece-

saria fase preliminar del procedimiento que conduce a la posible secesión. No puede incluirse en la Constitución la habilitación de un referéndum de esa clase si no participa en la decisión el titular del poder constituyente originario, el pueblo soberano, y lo acepta en referéndum.

El reparto de la soberanía, originariamente única e incondicionada, para dar lugar al nacimiento de un nuevo Estado creado con un fragmento de otro del que formaba parte, es una operación solo concebible en casos extremos que no se vislumbran en las democracias avanzadas europeas en las que los respectivos estados, muy especialmente los ampliamente descentralizados como el español, ofrecen oportunidades de autogobierno suficientes a todos los territorios que los integran.

La reclamación está enmarcada en un diseño que pretende para sí cierta modernidad (lo ocurrido en Quebec, en Kosovo y en Escocia en años próximos pasados) e incluso ha llegado a inspirar el desarrollo de doctrinas políticas tan poco en uso hasta ahora como la que defiende la superación del dogma de la indivisibilidad del Estado o la que sostiene la superioridad del independentismo democrático sobre la constitución establecida. Pero, bajo esa capa de novedad, se esconde, en verdad, una construcción jurídica marginal porque, aunque presenta sus postulados como una doctrina elaborada y razonable a la que se aproximarán necesariamente las naciones de todo el mundo, en un movimiento de superación de ideas políticas westfalianas, que ya es tiempo de renovar, la verdad es que proceden de planteamientos que ni las constituciones, ni los tribunales supremos, ni los programas políticos, han asumido. No solo no es así con carácter general, sino que no ha ocurrido en ninguna parte. ¿O es que hay algún estado que haya aceptado la voluntaria fragmentación de su territorio en tiempos recientes y no bélicos? Ni siquiera el Tribunal Supremo de Canadá llegó, en su inspiradora Decisión de 1998, a elevar a

categoría la voluntad democrática de secesión de una parte del territorio como un valor superior a la Constitución. Favoreció que esa voluntad pudiera expresarse y remitió a una negociación la posibilidad de una reforma constitucional que acogiese sus deseos. Pero no hemos podido saber, dados los resultados negativos del referéndum, si habría llegado a acordarse.

La conclusión que me parece inevitable es que, considerando los obstáculos insalvables con que se enfrenta el proyecto soberanista, aun considerando las rebajas con que cabe concebir en la actualidad el poder soberano, obligarán finalmente a seguir explorando la vía establecida en la Constitución de 1978, introduciendo en su texto las reformas que la práctica y el deseable perfeccionamiento del modelo recomiendan. Más aun considerando que el independentismo reclama fortalecer el gobierno propio pero sin perder los vínculos con España: en los informes sobre el proyecto independentista se prevé la creación de un Consejo catalano-español para atribuir a instancias de gobiernos comunes el ejercicio de competencias decisivas de carácter monetario y financiero, fiscal, industrial y comercial, aduanero, y en materia de infraestructuras, defensa, comunicaciones, etc.

Largo recorrido el ideado por el nacionalismo separatista para reponer, al final, formas de relaciones intergubernamentales que no son del todo desconocidas por las autonomías territoriales españolas... Quizá este retorno al punto de partida demuestre que en materia de autodeterminación interna de los territorios que están integrados en un Estado democrático, los programas políticos que puedan idearse y los procedimientos que se elijan para realizarlos, conducen a soluciones que tienden a reproducirse con características uniformes. Más aún considerando que el modelo autonómico español, amparado en la Constitución de 1978, puede llegar a adquirir, si se sigue ampliando el poder autonómico, a una organización de rasgos confederales.

40 años de la Constitución de 1978: lengua catalana y Notariado



Lluís Jou Mirabent

Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña.

Vicedecano del Colegio Notarial de Cataluña (2005-2008).

Director general de Política Lingüística de la Generalitat de Catalunya (1996-2003)

Una Constitución de hace cuarenta años:

Hace ya cuarenta años que entró en vigor la Constitución española de 1978. Un período de vigencia superado solo por la Constitución de 1876, abolida de hecho después del golpe de estado de Primo de Rivera en septiembre de 1923. Un período de tiempo más largo que el de la dictadura franquista y más largo que el de la vigencia de cualquiera de las demás constituciones del siglo XIX: 1808, 1812, 1834, 1837, 1845 y 1869, algunas de las cuales tuvieron vigencias sincopadas.

Con 23 años recién cumplidos voté que sí a la Constitución de 1978, a pesar de las voces que pedían el No. Eran las de los predecesores políticos del PP, por un lado, y las de ERC y los predecesores políticos de la CUP, por otra. Voté Sí a la Constitución sin alegría, pero con convicción. Surgía, o así lo vemos muchos más y yo, de un pacto generoso entre las fuerzas políticas democráticas, en cierto modo herederas de las que habían perdido la guerra de 1936-1939, y herederas no nostálgicas del régimen

franquista. Las primeras renunciaban a “pasar cuentas”, aceptaban la monarquía designada por Franco y admitían en el campo político todo el aparato franquista como se había hecho treinta años antes en relación con la gente que había colaborado con los respectivos regímenes totalitarios, en Italia y Alemania. Las segundas aceptaban romper con el pasado franquista, aceptaban el funcionamiento democrático de las instituciones, aceptaban acabar con la persecución de las ideas políticas, respetar la lengua catalana, otorgar una autonomía suficiente a Cataluña, reconocer los derechos humanos. Habían realizado algunos gestos inequívocamente democráticos en este sentido, contrarios a las leyes vigentes en ese momento, como fueron la legalización del PCE, del PSUC y de ERC, la restauración de la Generalitat con Tarradellas como presidente y la restauración de la autonomía vasca, la introducción de la enseñanza de la lengua catalana como asignatura obligatoria en la enseñanza de Cataluña y la elaboración de una Constitución aceptable.

La Constitución rompía, pacífica pero radicalmente, con el pasado. Con el pasado franquista, claro, pero también y, sobre todo, con el pasado político de la España del siglo XIX, un estado pretendidamente liberal, intencionadamente unitario, fundamentado en enormes desigualdades territoriales y económicas y en privilegios de clase y de casta, caracterizado por las guerras civiles, las rebeliones, los golpes de estado militares y el fusilamiento, la cárcel o el exilio del adversario. Y así, la Constitución reconoce, justo en los tres primeros artículos, la triple pluralidad del país, la ideológica, la territorial, la lingüística y cultural y, obviamente, contiene todo un catálogo de derechos humanos universalmente reconocidos. La Constitución permitía un reparto territorial del poder con una distinción —nada clara, pero distinción— entre lo que se denominaban nacionalidades y lo que se denominaban regiones, y con suficientes elementos para considerar entre las primeras casi en exclusiva las que habían votado históricamente estatutos de autonomía, es decir Cataluña, Galicia y País Vasco. La



Constitución permitía tratar como iguales las diferentes lenguas y culturas de España a pesar de la preeminencia que imponía a la lengua castellana que tenía que estar presente en todo el territorio. La Constitución garantizaba, algo inédito en la historia de España, los derechos fundamentales de las personas. Por todo eso, voté sí. Hace ya cuarenta años. Sé que no le interesa a nadie, pero no tengo por qué esconderme de ello.

LA NOTARÍA me pide que escriba unas notas sobre la Constitución en mi condición de vicedecano en el cuatrienio entre 2005 y 2008. Cuatro años intensos caracterizados por la incorporación plena de las herramientas telemáticas en la confección de los índices únicos y en el acceso al Catastro y otros registros públicos, cambios relevantes en la Ley y el Reglamento Notariales que comportaron la implicación a fondo del Notariado en las tareas de prevención del blanqueo de capitales y erradicación del fraude fiscal, la aprobación en Cataluña, entre otros, de los Libros Quinto, Tercero y Cuarto del Código Civil y de la Ley de la Vivienda y, finalmente, por la tramitación complicada tanto en el Parlamento de Cataluña como en las Cortes españolas, la aprobación en referéndum y la impugnación del Estatuto de 2006. Una impugnación que, de hecho, resquebrajó el consenso constitucional y que, desgraciadamente, llevó, con los años, a la tan deplorable doble unilateralidad Cataluña/Estado en la que estamos instalados en el momento de escribir este artículo y que conducirá, sin remedio, al fracaso de unos y otros en perjuicio de todos. Y es que la represión de lo que se ha llamado “el procés” quizá lo haga fracasar, pero representará, en todo caso, el fracaso definitivo de lo que representaba para Cataluña el pacto constitucional de 1978.

La despenalización constitucional de la lengua catalana:

Me ha parecido que **LA NOTARÍA** no era lugar para hacer una valoración política de los cuarenta años transcurridos y que tampoco estaba a mi alcance realizarla. Tampoco estaba a mi alcance escribir sobre una visión generalista de lo que ha representado la Constitución en la vida diaria de los ciudadanos de Cataluña o en el ejercicio de nuestra profesión a la que accedí en el primer quinquenio constitucional cuando las oposiciones todavía eran para obtener notarías concretas y no para acceder al cuerpo de Notarios. Por tanto, he preferido centrarme en un aspecto relevante, diría que



trascendental de nuestra actividad: el uso de las lenguas oficiales en los instrumentos públicos, aspecto al que dediqué una parte significativa de mi vida, primero de estudio y de investigación siguiendo al gran Notario y ciudadano que fue Josep M. Puig Salellas, y después ejerciendo el cargo de Director General de Política Lingüística entre 1996 y 2003 con los consejeros Joan M. Pujals y Jordi Vilajoana, en los dos últimos gobiernos del Presidente Pujol. Dejaré aparte, por tanto, el contencioso político y constitucional que generó la interpretación del artículo 23 del Estatuto de 1979 en relación con el nombramiento de Notarios y Registradores, y la reforma de la normativa notarial e hipotecaria que la regulaba y cualquier otra cuestión relacionada con la lengua o la cultura catalanas.

Como decía antes, la Constitución rompe con la España decimonónica y franquista que, al igual que la Francia republicana, pretendía imponer una uniformidad lingüística marginando de la vida pública las lenguas distintas a la castellana, y reconoce la pluralidad lingüística. El artículo 3 permite que los estatutos de autonomía declaren la oficialidad de las lenguas propias y así lo hizo, en nuestro caso, el Estatuto de Autonomía de 1979 también en su artículo 3, que establecía que el idioma catalán es la lengua oficial de Cataluña, así como el castellano, oficial en todo el Estado español. Con ello parecía que tenía que haber suficiente para que el catalán, presente como estaba en la

calle sobre todo en las comarcas catalanas que habían recibido menos inmigración, volviera con naturalidad a los protocolos como había vivido allí con naturalidad hasta las primeras décadas del siglo XIX.

Si bien el artículo 25 de la Ley del Notariado, en el texto todavía hoy vigente, establece que los instrumentos públicos se redactarán en castellano, el hecho de que una ley orgánica votada en referéndum estableciera la oficialidad del catalán tenía que ser suficiente para que Notarios y Registradores se dieran por aludidos. Pero en realidad una parte considerable de los Notarios y la totalidad de los Registradores se ampararon en el texto de la Ley del Notariado y en los correspondientes artículos de los Reglamentos Notarial e Hipotecario, por entender que, mientras no se modificaran las normas estatales, escribir una escritura o una inscripción en catalán era ilegal y, por tanto, el acto jurídico que contenían o publicaban era nulo. Contra Constitución y Estatuto, rutina, resistencia y tradición. Ha sido una constante en todo el ámbito jurídico en general que ha perdurado a lo largo de los cuarenta años. Y el Notariado ha sido más bien uno de los ámbitos más permeables a la lengua catalana como más adelante tendré ocasión de explicar.

La Ley de Normalización Lingüística de 1983 y el Decreto de 1984:

El Parlamento de Cataluña, en su primera legislatura, buscando el consenso de todas las fuerzas políticas representadas (el PP



era entonces extraparlamentario) aprobó prácticamente por unanimidad la Ley 7/1983, de 18 de abril, de Normalización Lingüística. Una ley que, a pesar de la modestia de los planteamientos y la unanimidad conseguida en el Parlamento, fue impugnada por el Gobierno del Estado en puntos tan esenciales como el que preveía que todos los niños escolarizados en Cataluña debían acreditar, al acabar la enseñanza obligatoria, el conocimiento de las dos lenguas oficiales. Para el Gobierno del Estado eso era... ¡discriminatorio! La STC, de 26 de junio de 1986, concluyó que la exigencia era constitucional. La Ley de 1983, en su artículo 10, establecía que *Los documentos públicos otorgados en Cataluña deben redactarse en la lengua oficial que el otorgante elija, o, si hay más de un otorgante, en la que estos acuerden*. Por influencia del Estatuto de Autonomía de 1932, el artículo añadía a continuación, que *En todos los casos los fedatarios públicos deben expedir en castellano las copias que deben tener efecto fuera de los territorios en que el catalán es idioma oficial. los fedatarios públicos deben expedir en castellano o en catalán, según lo solicite el interesado, las copias o los testimonios y traducir, cuando sea menester, las respectivas matrices y documentos bajo su responsabilidad*. La norma necesitó un desarrollo reglamentario para aclarar qué significaba el último inciso y cómo debía aplicarse y había que actuar si no había acuerdo. Con la intervención del Colegio, entonces presidido por Vicent Font Boix, el Departamento de Justicia tramitó la elaboración y el Gobierno de Cataluña

aprobó el Decreto 125/1984, de 17 de abril, por el que se regula el uso de la lengua catalana en las escrituras públicas. El Decreto amparaba, a los ojos de los Notarios, el uso del catalán en las escrituras y solucionaba una serie de problemas más teóricos que reales, pero introducía algunos requisitos para entregar copias traducidas que, en la práctica, las encarecían, y dificultaban y generaban nuevos problemas. En efecto, cuando un Notario entregaba en catalán la copia de una matriz escrita originariamente en castellano, tenía que protocolizar la traducción y cualquier nueva copia en catalán tenía que ser copia de la primera traducción, por muy defectuosa que fuera lingüísticamente. Eso forzaba a cobrar la copia a coste de acta de protocolización y generaba el problema de la competencia para entregar la copia en caso de que la matriz castellana estuviera en el archivo y la catalana, en una Notaría. En cualquier caso, el Gobierno español también llevó al Tribunal Constitucional este Decreto alegando la competencia exclusiva del Estado en materia de documentos públicos. El Tribunal volvió a ser más abierto que el Gobierno y en la Sentencia 74/1989, de 24 de abril, declaró que, si bien era cierto que el Estado era competente en materia de documentos públicos, también lo era que la Generalitat tenía competencia para establecer los mecanismos necesarios para promover el uso de la lengua catalana y que el ejercicio de una competencia no podía impedir el de la otra y concluyó, finalmente, que el Decreto se ajustaba al bloque de la constitucionalidad.

Entre los años 1980 y 1984 las escrituras escritas en catalán son absolutamente excepcionales, al menos en Barcelona. A partir de 1984 aparecen con más frecuencia, en especial las otorgadas por organismos de la Generalitat (entre otras, INCASOL e ICF) y por ayuntamientos que, desde 1987, pedían de forma expresa la redacción en catalán, y en los testamentos en la documentación de los particulares. En 1989, una encuesta realizada por la Junta Directiva entre los Notarios, de respuesta voluntaria y datos estimados por los mismos Notarios, mostraba que el porcentaje de escrituras redactadas en catalán estaba claramente por debajo del 3% y que, en esencia, dependía más de la voluntad de los Notarios que de otras circunstancias que las otorgaran. La verdad es que ni abogados ni empresas ni particulares generaban ninguna demanda real considerando la rutina de usar el castellano en las escrituras, una de las consecuencias de la diglosia forzada desde el Decreto de Nueva Planta, que se añadía a la falta de conocimiento del catalán por parte de Notarios y empleados de Notarías y a la falta de interés de unos y otros, además de la típica excusa de tener problemas si se acaba yendo al Juzgado y el juez es de fuera. El hecho de que los registros públicos dependientes del Estado hubieran quedado expresamente excluidos de la normativa de la Ley de Normalización Lingüística acababa complicando, en teoría, la cuestión, ya que ninguna entidad financiera quería redactar las hipotecas en catalán si después había que inscribirlas en castellano con unas traducciones que no podían controlar. Cabe destacar en este sentido que el Gobierno estatal no solo no modificó el Reglamento Hipotecario para autorizar, si era necesario, las inscripciones en catalán, sino que modificó el Reglamento del Registro Mercantil con la introducción expresa de que todos los asentamientos tenían que efectuarse necesariamente en castellano. El Decreto, impugnado por la Generalitat, fue declarado ajustado a la Constitución por la STC 87/1997, de 24 de abril, basándose en que la Ley de 1983 se había limitado a regular el uso del catalán y el castellano en los registros dependientes de la Generalitat, pero no había hecho ninguna mención a los de dependencia estatal.

Una referencia al Código de Sucesiones de 1991:

La Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones, en su artículo 109, reiteraba la previsión del artículo 14 de la Ley



de Normalización Lingüística recordando que *El testamento se redactará en la lengua oficial en Catalunya que el otorgante escoja*. Hago hincapié en que se limitaba a poner la decisión en manos del otorgante, no del Notario. La Ley catalana fue, en cierto modo, contraprogramada desde el Ministerio de Justicia que, al conocer el proyecto, puso en marcha el proyecto de ley que modificaba determinados artículos del Código Civil en materia de testamentos que finalmente daría lugar a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre. Es relevante el artículo 684 tendente a salvaguardar al Notario estableciendo que *Cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el Notario no conoce, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquel, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario. El instrumento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador*. Subrayo que la Ley excluye que el Notario tenga ninguna obligación de conocer la lengua oficial en la que se expresa el testador. La norma no tuvo ningún efecto en Cataluña, a pesar de haber entrado en vigor casi tres meses antes que el Código de Sucesiones, debido a las diferentes *vacatio*, pero la ha tenido, y negativa, en el resto de territorios con más de una lengua oficial y deja clara la posición del Estado en este punto: el Notario no tiene por qué conocer ninguna lengua oficial diferente al castellano. El Código de 1991 ha sido sustituido por el Libro Cuarto del Código Civil que regula la lengua de los testamentos de forma prácticamente idéntica al artículo 421-12.

La Ley de Política Lingüística y el Decreto 204 de 1998:

Después de otras sentencias del Tribunal Constitucional favorables a las tesis de la Generalitat en materia de política lingüística, en especial las 46/1991, de 28 de febrero, que reconocía como ajustada a la Constitución la exigencia del conocimiento del catalán como requisito para acceder a la función pública de la Generalitat y las Administraciones locales catalanas —cuestión negada sistemáticamente no solo por el Gobierno español, sino también por el Tribunal Supremo basándose en el principio de igualdad de los españoles—, y la 337/1994, de 15 de diciembre, que reconocía la constitucionalidad de que la lengua catalana fuera la empleada normalmente en todas las actividades docentes en el sistema educativo de Cataluña, y a la vista, por un lado, de los progresos evidentes en el conocimiento del

catalán por parte de la población general y, por otro, de las rutinas contrarias al uso de la lengua catalana por parte de sectores empresariales y funcionariales, en 1997 se inició el proceso de elaboración de una nueva Ley, más ambiciosa, para consolidar el proceso impulsado por la Ley de 1983 en el ámbito de la Administración y la enseñanza, adaptar a las necesidades del momento la regulación de los medios de comunicación y las industrias culturales y establecer una normativa lingüística destinada al mundo socioeconómico. Después de un proceso de tramitación política y mediáticamente muy debatido, la Ley se aprobó en el Parlamento con el voto de más del ochenta por ciento de los diputados, con un consenso del que solo PP y ERC quisieron quedar fuera por motivaciones contrapuestas, más por mantener posición política que por oposición real al texto, que era esencialmente de consenso. Era la Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.

En cuanto al Notariado son relevantes los artículos 14 y 17 de la Ley, aún vigentes pasados más de veinte años, que establecen:

Artículo 14 Los documentos públicos

1. Son válidos los documentos públicos otorgados en cualquiera de las dos lenguas oficiales.

2. Los documentos públicos deben redactarse en la lengua oficial que escoja el otorgante, o, si hubiera más de uno, en la lengua que acuerden. Si no existe acuerdo en lo que se refiere a la lengua, la escritura o documento debe redactarse en ambas lenguas oficiales.

3. Antes de redactar el documento, debe preguntarse explícitamente a los otorgantes qué lengua escogen; en ningún caso la elección de una u otra debe suponer retraso en la redacción y autorización del documento. Si no se escoge expresamente la lengua, el documento se redacta en catalán.

4. Los fedatarios públicos deben entregar en castellano o en catalán, según lo solicite la persona interesada, las copias y testimonios, y deben traducir, cuando sea necesario, los respectivos documentos y matrices, bajo su responsabilidad. En la nota de la matriz y a pie de la copia debe constar el hecho de la traducción, pero no es preciso protocolizarla.



5. Los despachos de los fedatarios públicos deben estar en condiciones de atender a los ciudadanos y ciudadanas en cualquiera de las dos lenguas oficiales y deben contar con personal que tenga un conocimiento adecuado y suficiente de las mismas para ejercer las funciones propias de su puesto de trabajo.

Artículo 17 Los Registros públicos

1. Son válidos los asientos registrales realizados en cualquiera de las dos lenguas oficiales.

2. En todos los Registros públicos de Cataluña, salvo aquellos que tienen sólo carácter administrativo, los asientos deben realizarse en la lengua oficial en que está redactado el documento o en que se realiza la manifestación. Si el documento es bilingüe, se realizan en la lengua indicada por quien lo presenta a registro.

3. Los Registradores deben expedir las certificaciones en la lengua oficial utilizada en la petición.

4. Las oficinas de los Registros deben estar en condiciones de atender a los ciudadanos y ciudadanas en cualquiera de las dos lenguas oficiales y deben contar con personal que tenga un conocimiento adecuado y suficiente de las mismas, que lo haga apto para ejercer las funciones propias de su puesto de trabajo.

5. Debe garantizarse que en la oficina del Registro pueda hacerse con inmediatez y fiabilidad, oralmente o por escrito, la

interpretación y traducción de cualquier asiento a la lengua oficial solicitada por la persona interesada.

6. Los formularios y demás impresos que estén a disposición del público en las oficinas de los Registros deben ser redactados, al menos, en catalán.

El cambio era bastante importante: se hacía hincapié en el derecho de elección de lengua de la ciudadanía y la necesaria disponibilidad de las Notarías y los registros (la Generalitat no podía establecer la de los Notarios y Registradores), desaparecía la obligación impuesta *ab initio* de expedir las copias en castellano si tenían que salir de territorios donde el catalán era oficial, desaparecía también la obligación de protocolizar la primera copia y, sobre todo, se establecía el principio de disponibilidad lingüística para la "Notaría" y para el "Registro" y se prevenían las inscripciones y anotaciones en el registro en lengua catalana, y eso a pesar de la resistencia que el colectivo manifestó ante este hecho durante la tramitación de la Ley. A continuación, la Generalitat, que procuraba aplicar la Ley de forma dialogada y progresiva, estableció convenios de colaboración tanto con el Colegio de Notarios (otoño de 1997) como con el de Registradores (abril de 1998) y aprobó un nuevo Decreto, el 204/1998, de 30 de julio, sobre el uso de la lengua catalana en los documentos notariales. Además de la organización de cursos de lengua catalana para empleados, se introdujeron sistemas de traducción automática y se llevaron a cabo otras actuaciones concretas. La Ley y el Decreto establecían también un mecanismo de control estadístico de la documentación autorizada o presentada en lengua catalana que debía permitir hacer un seguimiento más o menos fiable de la situación del catalán en los protocolos.

El Estatuto de 2006 y la Sentencia del 2010

Ocho años después, el nuevo Estatuto de Autonomía aprobado en referéndum el 18 de junio de 2006 y sancionado el 19 de julio siguiente como Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, constitucionalizó, en cierto modo, algunas de las disposiciones de la Ley de Política Lingüística y estableció como mandato de ley estatal algunas disposiciones que el Parlamento de Cataluña por sí mismo no podía aprobar. Interesan, al efecto del presente escrito, los artículos 33 y 147, que hacen referencia a la lengua del Notariado y de los registros.

El artículo 33, al regular los derechos y deberes lingüísticos ante las Administraciones Públicas y las instituciones estatales establece que

1. Los ciudadanos tienen el derecho de opción lingüística...

2. Todas las personas, en las relaciones con (...) el Notariado y los registros públicos, tienen derecho a utilizar la lengua oficial que elijan en todas las actuaciones judiciales, notariales y registrales (...)

3. Para garantizar el derecho de opción lingüística (...) los Notarios, los registradores de la propiedad y mercantiles (...), para prestar sus servicios en Cataluña, deben acreditar, en la forma establecida en las leyes, que tienen un nivel de conocimiento adecuado y suficiente de las lenguas oficiales, que los hace aptos para ejercer las funciones propias de su cargo o su puesto de trabajo.

Por otra parte, el artículo 147, al fijar las competencias de la Generalitat en materia de Notariado y registros públicos, establecía que *Corresponde a la Generalitat de Cataluña, en materia de notarías y registros públicos de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, la competencia ejecutiva que incluye en todo caso: a) El nombramiento de los Notarios y los Registradores (...), mediante la convocatoria, administración y resolución de las oposiciones (...)* y *de los concursos, que debe convocar y llevar a cabo hasta la formalización de los nombramientos. Para la provisión de las Notarías y de los Registros, los candidatos deben ser admitidos en igualdad de derechos y deben acreditar el conocimiento de la lengua y del derecho catalanes en la forma y con el alcance que establecen el Estatuto y las leyes.*

Ambos artículos fueron impugnados ante el TC por parte de una de las fuerzas políticas que había propugnado el No al Estatuto de 2006, el Partido Popular, y también por el Defensor del Pueblo. Sin embargo, las dos Sentencias del Tribunal Constitucional, 31/2010, de 28 de junio de 2010, relativa al recurso del Partido Popular, y la de 16 de diciembre de 2010, que resuelve el recurso del Defensor del Pueblo, avalan las disposiciones estatutarias citadas subrayando que lo único que hacen es describir parte de los efectos de la oficialidad y, respecto a las leyes a las que remite el Estatuto, deben ser leyes estatales. En los ocho años que han transcurrido, el Estado ha considerado inadecuado establecer requisitos lingüísticos para acceder a los cuerpos de Notarios y

Registradores. El Constitucional le instaba en cierto modo a hacerlo...

Solo nos quedan para subrayar dos pequeños, muy pequeños, aspectos positivos de este último período que tratamos en relación con la normativa lingüística notarial:

El primero, el RD 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento Notarial, modificó, con 28 años de retraso, el artículo 149 del Reglamento Notarial eliminando formalmente la exigencia de redacción en castellano de las escrituras y actas, y ajustando el texto al bloque de la constitucionalidad, estableciendo, siguiendo en esencia la normativa catalana, que *Los instrumentos públicos se redactarán en el idioma oficial del lugar del otorgamiento que los otorgantes hayan convenido. En caso de discrepancia entre los otorgantes respecto de la utilización de una sola de las lenguas oficiales el instrumento público deberá redactarse en las lenguas oficiales existentes. Las copias se expedirán en el idioma oficial del lugar pedido por el solicitante.*

El segundo hecho es que, desde 2008, a las convocatorias de los concursos de traslado para proveer Notarías y Registros, que tramita y publica la Generalitat, se establece una referencia específica al conocimiento de la lengua catalana con el siguiente contenido: *-3 Acreditación de la lengua catalana:*

Con el fin de dar cumplimiento a lo que disponen los artículos 33 y 147 del Estatuto de autonomía de Cataluña y el artículo 14.5 de la Ley 1/1998, de 7 de enero, de política lingüística, los participantes en el concurso deberán acreditar que la oficina del registro vacante a la cual aspiren estará en condiciones de atender a los ciudadanos y ciudadanas en cualquiera de las dos lenguas oficiales, así como contar con personal que tenga conocimiento adecuado y suficiente para ejercer las funciones propias de su puesto de trabajo.

A tal efecto, la acreditación de conocimiento de catalán se tiene que efectuar en el momento de presentación de la solicitud de participación en el concurso, y se puede llevar a cabo por cualquiera de los siguientes medios:

Que la persona participante disponga del nivel de lengua catalana correspondiente al certificado B2 o C1 de conocimiento de catalán de la Dirección General de Política Lingüística, o de uno de los otros títulos, diplomas y certificados equivalentes



establecidos (...). En este caso, se tendrá que acompañar la solicitud de participación en el concurso con testimonio notarial o fotocopia compulsada de la certificación acreditativa.

Declaración jurada o promesa formal de que la persona participante se compromete a disponer de personal contratado que disponga del certificado de nivel C1 de conocimiento de catalán de la Dirección General de Política Lingüística, o de uno de los otros títulos, diplomas y certificados equivalentes (...).

Los participantes pueden consultar la Orden VCP/491/2009 (...):

A falta de norma específica dictada para Notarios, en este punto la Generalitat, de acuerdo con el Ministerio de Justicia, incluye alguna medida para garantizar la disponibilidad lingüística de las Notarías. Después de más de 35 años de enseñanza del catalán en las escuelas, en realidad, cumplir con este requisito no es ninguna carga.

Cuarenta años en la práctica cotidiana:

Y, a partir de aquí, ¿cuál es la realidad del catalán en la documentación notarial? La Ley 1/1998, de Política Lingüística estableció en su artículo 39.3 que cada año el Gobierno de la Generalitat presentaría al Parlamento



un informe sobre Política Lingüística. Estos informes se han presentado con regularidad y se hacen públicos por parte de la Dirección General de Política Lingüística, últimamente con un diseño atractivo e intuitivo. Entre los datos que se aportan están los relativos al uso de la lengua catalana en los documentos notariales. Resulta interesante echar un vistazo:

Extraigo un largo párrafo del informe sobre el año 2007, el último que tengo a mano de los publicados en formato convencional, en el que se da una visión relativamente clara de la distribución territorial del uso del catalán en las

escrituras. El párrafo, que describe la situación hace diez años, dice:

La siguiente tabla muestra la evolución de la documentación notarial en catalán y (...) en los últimos diez años, tomando como base la estadística comunicada por el Colegio de Notarios a la Generalitat (...). La información se aporta a partir de los datos ofrecidos por el ÍNDICE ÚNICO INFORMATIZADO del que es responsable el Consejo General del Notariado, transformados en número de escrituras por el Colegio de Notarios de Cataluña. Se trata, pues, de una información que abarca como muestra la totalidad de la documentación autorizada en Cataluña.

Documentos notariales en catalán (número y porcentaje) 1998-2007

Any	Barcelona		Girona		Lleida		Tarragona		Total	
	Docum.	%	Docum.	%	Docum.	%	Docum.	%	Docum.	%
1998	43.238	5,4	10.266	10,2	4.290	8,3	6.450	6,3	64.244	6,1
1999	56.236	7,0	21.395	20,7	5.015	9,6	7.064	6,7	89.710	8,4
2000	62.180	7,9	25.339	24,7	4.060	8,0	6.695	6,3	98.274	9,4
2001	69.374	8,3	28.519	25,8	5.365	9,7	6.989	6,0	110.247	9,8
2002	68.642	7,8	26.404	22,7	5.832	10,1	6.656	6,5	107.534	9,2
2003	84.068	8,9	31.087	25,2	7.845	12,4	7.705	5,9	130.705	10,3
2004	82.226	8,4	31.681	24,4	8.629	12,6	7.732	5,4	130.268	9,9
2005	89.396	8,8	32.694	23,2	9.432	12,6	7.012	4,6	138.534	10,0
2006	93.554	9,2	35.606	25,5	10.049	12,9	8.284	5,3	147.493	10,6
2007	84.891	9,7	34.362	28,9	9.526	14,3	7.696	6,2	136.475	11,5

Es constatable la lentitud de la evolución positiva del porcentaje de documentos en catalán, aunque el crecimiento sea constante. La presencia del catalán en los documentos notariales es, no obstante, un hecho consolidado en las comarcas de Girona, Cataluña Central y el Alt Urgell. Así, en 2007 se mantiene el predominio de la lengua

propia, por encima del 50%, en Osona, el Ripollès, la Cerdanya, el Alt Urgell, el Solsonès y la Garrotxa y se incorporan a este grupo de comarcas el Berguedà, el Urgell, el Pla y la Segarra.

Otras comarcas superan con creces la media de Cataluña y todas con un crecimiento

significativo respecto del año precedente. Son el Bages, una comarca donde el uso del catalán pasa del 25,8% al 38,8% y el Gironès, con un 38,3%, lo que hay que destacar si se tiene en cuenta el peso de las ciudades de Girona y Salt, con características urbanas y de capitalidad que juegan, en otros lugares, contra el uso del catalán. El Alt Penedès pasa del 23,7% al 26,9%.

En la Anoia el porcentaje del catalán llega al 23,5% cuando lo que se había declarado el año anterior era el 9%, lo que representa el mayor crecimiento de Cataluña. También crecen el Alt Camp, que pasa del 17,5% al 20,4%; el Empordà, en conjunto, que pasa del 13,4% al 18,5%; en la Selva se pasa del 8% al 14,2%; el Maresme, que pasa del 12,1% al 13,2%; y el Vallès Occidental, del 9,7% al 11,6%, por lo que esta comarca, con dos de las ciudades más pobladas de Cataluña, se sitúa por primera vez por encima de la media gracias al crecimiento continuado en la ciudad de Sabadell.

El resto de las comarcas queda por debajo de la media. En la Noguera, los documentos

en catalán son el 9,2%; en el Baix Camp, el 8,6%; en el Vallès Oriental, el 7,9%; en la ciudad de Barcelona, el 6,3% con un punto de disminución. En el Segrià alcanza el 5,2%; en el Baix Penedès, el 5%; en el Garraf, el 4,4%; en el Tarragonès, el 4,2%; en Badalona, el 4% y en el Baix Llobregat, el 3,7%. Como siempre, los datos más negativos corresponden a las Terres de l'Ebre, que en conjunto quedan en el 3,1% a pesar de que destaca que han duplicado el porcentaje del año 2006, que fue del 1,5%, y los dos Pallars y la Alta Ribagorça, en conjunto, que solo llegan al 1,8%. También son muy pocos los documentos redactados en la lengua propia en L'Hospitalet de Llobregat,

el 1,8%, y en Santa Coloma de Gramenet y Sant Adrià del Besòs, en conjunto, el 0,9%.

Actualmente los informes sobre política lingüística aportan los datos con menos detalle en cuanto a la distribución territorial porque dan otros datos relativos a ámbitos diferentes, como el uso del catalán en internet, en las redes sociales, en las conversaciones telefónicas y otros indicadores seguramente más próximos a la realidad social que la documentación notarial. En cualquier caso, en el último informe publicado en la web de la Generalitat, el del año 2016, los datos aportados son las siguientes:

	Any 2013	Any 2014	Any 2015	Any 2016
castellà	788.083 = 90,6%	762.846 = 90,5%	785.825 = 90,3%	800.075 = 90,4%
català	82.152 = 9,4%	79.828 = 9,5%	84.371 = 9,7%	85.332 = 9,6%

La distribución territorial, sin embargo, debe seguir sin muchas alteraciones, con una cierta normalidad en las tierras de Girona y la Cataluña Central, en las que la lengua catalana y la castellana conviven en los protocolos con cierto predominio del castellano en relación con la lengua habitual de la población y una clara anomalía en el resto de territorios, donde el catalán en los protocolos no llega ni de lejos al porcentaje de población que lo tiene como lengua habitual.

Una lectura positiva de estos años podría ser que el catalán ha entrado en la documentación notarial de manera relevante, en cifras absolutas. Entre 80.000 y 100.000 documentos cada año son una cantidad respetable. Además, no ha habido ninguna tensión significativa, salvo las anecdóticas entre el público y los Notarios. Una lectura negativa podría ser también creer que, si cuarenta años han servido para llegar al 10% de los documentos, ¿se puede esperar más del marco actual? ¿No debería hacerse una cierta reflexión?

Por último, creo que la evolución legislativa y práctica que he expuesto permite extraer las siguientes conclusiones provisionales:

a) La Constitución de 1978 y los Estatutos de Autonomía de 1979 y 2006 oficializan la

lengua catalana y establecen un marco que debería permitir una clara recuperación de su uso oficial y social.

b) La aplicación práctica del reconocimiento de la diversidad territorial y lingüística que hizo la Constitución ha sido sometida a una tensión importante entre las estructuras del Estado, celosas del poder central y el predominio de la lengua castellana, y las de la Generalitat, interesadas en ejercer sus competencias y de promover la lengua catalana.

c) La Generalitat ha llevado a cabo las actuaciones legislativas que tenía a mano, dentro de sus competencias, para facilitar el uso de la lengua catalana en la documentación notarial.

d) El Estado no ha llevado a cabo ninguna actuación, dentro de sus competencias, para facilitar su uso y, en cambio, ha actuado de una forma activa para limitar las actuaciones de la Generalitat por la vía de impugnaciones ante los Tribunales que, en muchas ocasiones, no han tenido éxito, pero que han entorpecido la actuación de la Generalitat. También ha dictado normas contrarias al uso del catalán, sobre todo en los registros.

e) El Notariado solo es una pieza de un engranaje complicado, que es el del mundo

del Derecho en el que participan múltiples actores: jueces y magistrados, fiscales, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios y registradores, abogados, policías, peritos, agentes de la propiedad, entidades financieras... que mediatizan la opción lingüística de la ciudadanía. En comarcas donde el uso de la lengua catalana es socialmente mayoritario, el Notariado se ha adaptado a la realidad de la misma forma que se han adaptado los demás actores del mundo del Derecho, pero en los lugares donde la lengua es menos fuerte, la adaptación es más compleja y a menudo escasa.

f) La actitud personal del Notario sigue pesando mucho a la hora de incentivar o no el uso del catalán en la documentación.

g) Se acepta de forma general que la tipología documental donde se hace más uso del catalán es la de los testamentos, herencias y compraventas entre particulares. Son los documentos más cortos y menos sometidos a intermediarios y en los que el trato personal entre los Notarios y los otorgantes es más directo e inmediato.

h) La presencia del catalán en los protocolos notariales sigue siendo demasiado escasa después de cuarenta años.

El Gobierno local en España tras 40 años de Constitución



Joaquín Tornos Mas

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona.

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona (1987-1991).

Presidente del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya (2004-2006)

INDICE

I.- EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN LOCAL

1. Soberanía, autonomía de las Comunidades Autónomas y de los entes locales
2. La garantía institucional de la autonomía local y la autonomía local como principio constitucional
3. La autonomía local como derecho de participación
4. La autonomía se debe configurar en función de los respectivos intereses
5. La sujeción exclusiva al control de los tribunales
6. La protección de la autonomía local y el recurso especial ante el Tribunal Constitucional
7. La autonomía local como un principio que puede ceder ante otros principios constitucionales. La reforma del artículo 135 de la Constitución y su incidencia en el principio de autonomía local

II.- LA CARTA EUROPEA DE LA AUTONOMÍA LOCAL

III.- ALGUNOS PROBLEMAS VIGENTES DEL RÉGIMEN LOCAL

1. El uniformismo y el régimen especial de los pequeños municipios y las grandes ciudades
2. La relación de las Comunidades Autónomas con los entes locales
3. El viejo problema de la planta local

IV. UNAS BREVES CONCLUSIONES

I.- EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN LOCAL

En un trabajo publicado el año 1998 por un reputado constitucionalista se afirmó lo siguiente: “los entes locales han sido tradicionalmente en España la auténtica cenicienta en el entramado de los poderes públicos, en el que nunca han contado ni con las competencias adecuadas ni con los recursos precisos para el recto desempeño de su labor; esto es algo en lo que *rara avis* hay absoluta coincidencia en la doctrina y la clase política. Sin embargo, es notorio que los entes locales revisten, en este entramado, una notable trascendencia. Esto

es especialmente cierto en el mundo actual, en el que la complejidad socioeconómica, con todas sus exigencias... y la variada red de actividades de los ciudadanos provoca que la vida cotidiana de éstos dependa, en una gran medida, de las autoridades locales”⁽¹⁾.

La constatación es cierta. Los entes locales son una pieza esencial en los Estados modernos democráticos, como administración más cercana a los ciudadanos, a la que se encomienda el cuidado de aspectos esenciales de su vida.

No obstante esta importancia, lo cierto es que la Constitución española no dedicó una especial atención al nivel territorial local. El título VIII, el relativo a la organización territorial del Estado, dedicó sus esfuerzos a regular la creación del nuevo nivel autonómico, uno de los retos centrales del nuevo proceso constituyente. Los pocos preceptos dedicados a la administración local establecieron lo siguiente:

“Artículo 137. El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan.

Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

Artículo 140. La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos. La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto.

Artículo 141. 1. La provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado. Cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica. 2. El Gobierno y la administración autónoma de las provincias estarán encomendados a Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo. 3. Se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia. 4. En los archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos o Consejos.

Artículo 142. Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas".

Estos cuatro artículos contienen todo el tratamiento constitucional del nivel local dentro de la organización territorial del Estado.

Estos cuatro artículos contienen todo el tratamiento constitucional del nivel local dentro de la organización territorial del Estado. Esta parquedad normativa no ha impedido que en la práctica el mundo local haya sufrido un gran cambio tras la aprobación de la Constitución. La democracia hundió rápidamente sus raíces en las elecciones locales, los ciudadanos aprendieron a vivir en democracia en sus respectivos municipios, y al mismo tiempo empezaron a exigir la satisfacción de sus derechos pres-



tacionales a los electos locales. Los nuevos gobiernos locales asumieron, con escasos medios económicos, el reto que se les imponía de tratar de dar satisfacción a las muchas demandas ciudadanas, y gracias a ello lo cierto es que la práctica totalidad de los municipios españoles han sufrido un cambio radical desde el advenimiento de la democracia, y hoy la mayoría de ellos goza de unas infraestructuras y servicios de notable calidad. Nuestros municipios no tienen nada que ver con lo que eran en 1978.

Es oportuno, pues, analizar cómo se han desarrollado estos pocos principios constitucionales, sobre los que se ha construido esta nueva realidad local. El legislador, pero sobre todo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han conformado a partir de los preceptos constitucionales el nuevo marco legal en el que se desarrolla la vida de nuestros entes locales. Este breve trabajo trata de dar cuenta de estas aportaciones jurisprudenciales y legales que han venido a configurar el nuevo régimen jurídico de nuestro mundo local.

Los preceptos constitucionales transcritos, como hemos dicho, se limitan a establecer unos principios muy generales y una estructura básica en relación al régimen local. Así, se afirma que el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Añadiendo, y esta es una referencia muy relevante, que todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses (artículo 137).

Por lo que se refiere en concreto al nivel territorial local el artículo 140 otorga una particular relevancia a los municipios, al garantizar su autonomía y establecen que su gobierno corresponde a sus respectivos ayuntamientos. También tienen reconocidas su existencia la Provincia y la Isla, entidades que se configuran como agrupación de municipios, y se reconoce la posibilidad de crear otras entidades locales (artículo 141).

El artículo 142 garantiza a los entes locales la suficiencia financiera para el ejercicio de sus competencias, sin precisar quién debe garantizarla y qué debe entenderse por este concepto de "suficiencia".

Este marco constitucional se va a proyectar sobre una realidad local sujeta a viejas leyes franquistas, las cuales si bien permitían un ejercicio del poder más o menos ordenado y previsible, carecían totalmente de contenido democrático y no dotaban a los entes locales de un verdadero poder autónomo.

El régimen local franquista respondía, por la tradición histórica de nuestro régimen local, al modelo francés o continental. Después de la revolución francesa se impuso un sistema local caracterizado por la generalización del poder local (todo el territorio del Estado debía estar organizado en base a entes locales), cada comunidad territorial debe tener un ente representativo, un ayuntamiento (lo que explica el gran número de municipios hoy existentes), se impone un sistema uniforme, fundado seguramente en el principio revolucionario



de igualdad, sin tener en cuenta diferencias de tamaño, población o actividades, se asignan a los municipios competencias propias y delgadas, se somete a la actividad local a un férreo sistema de controles administrativos por la administración del Estado (aquí destaca la función del Gobernador Civil), y se reconocen dos niveles locales diferenciados, el municipio y la provincia, este segundo nivel como agrupación de municipios y con la función esencial de ayudar a los pequeños municipios.

Junto a estos principios institucionales básicos la Constitución se encuentra con una realidad local fuertemente fragmentada, con un gran número de municipios, la mayoría de pequeño tamaño. Esta realidad, como veremos, ha sufrido pocos cambios, a pesar de diversos intentos por modificar la planta local. En la actualidad ⁽¹⁾ España cuenta con 8117 municipios, de los cuales el 65% son de menos de 1000 habitantes, el 23% están entre 1.000 y 5000, entre 5001 y 10.000 son el 6,8%, entre 10.001 y 50.000 son el 7,5%, mientras que entre 50.001 y 100.000 son el 1,0%. Entre 100.001 y 500.000 sólo contamos con el 0,7%, y tan sólo existen seis municipios de más de 500.000, lo que supone el 0,1%.

Junto a ello contamos con 47 provincias (en siete Comunidades Autónomas uniprovinciales la provincia se ha integrado en la Comunidad Autónoma), 11 islas, 81 comarcas (distribuidas en Cataluña, Aragón, País Vasco y Castilla y León), 3 áreas metropolitanas (una en Cataluña y dos en la Comunidad Valenciana) y 1018 mancomunidades, lo que afecta a 6190 municipios, es decir, el 76% del total.

Pues bien ¿cómo incidió la Constitución en esta realidad? ¿Cómo se han interpretado los preceptos constitucionales en base a cuyo escaso contenido debía construirse el nuevo régimen del gobierno local? ¿Qué cambios se han introducido sobre el viejo esquema del sistema local propuesto?.

La transformación del régimen local español ha estado determinada en muy buena medida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esta jurisprudencia ha dotado de contenido a los amplios preceptos constitucionales, y ha construido un nuevo sistema de gobierno local sustentado en el alcance que se ha dado al principio de autonomía local ⁽²⁾. Como veremos, en los últimos años, el principio de estabilidad presupuestaria (artículo 135 CE) ha venido a colocarse a la altura del principio de autonomía local y, en parte, ha reducido su alcance.

Por esta razón nos parece de interés dar cuenta de las principales aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de autonomía local.

1. Soberanía, autonomía de las Comunidades Autónomas y de los entes locales.

La aparición de las Comunidades Autónomas junto a los entes locales planteó de inmediato el problema de fijar el alcance de su respectiva autonomía. El Tribunal Constitucional, en una de sus primeras sentencias, la de 2 de febrero de 1981, quiso en primer lugar dejar clara la diferencia entre soberanía y autonomía. En este sentido afirmó que *"ante todo, resulta claro que la autonomía no es soberanía – y aún este poder tiene límites-, y dado*

que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de este donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución".

La autonomía es, por tanto, el reconocimiento de un poder de decisión limitado, que se reconoce a unos entes que forman parte de un todo, el Estado. No se define aquí el alcance de este poder, pero sí se afirma que su ejercicio no puede oponerse al principio de unidad. El poder constituyente, que detenta la soberanía (curiosamente se afirma que incluso este poder tiene sus límites) es el que reconoce junto al principio de unidad el de autonomía.

La misma sentencia de 2 de febrero de 1981 añadió que la autonomía de las Comunidades Autónomas es cualitativamente superior respecto de la administrativa, propia de los entes locales. Esta afirmación se reitera en las sentencias de 14 y 28 de julio de 1981. La razón de esta distinción se fundamenta en el hecho de que *"la autonomía de las Comunidades Autónomas es cualitativamente superior por política (pues incorpora potestades legislativas y gubernamentales) a las de los entes locales, que es sólo administrativa"*.

La misma sentencia de 2 de febrero de 1981 añadió que la autonomía de las Comunidades Autónomas es cualitativamente superior respecto de la administrativa, propia de los entes locales. Esta afirmación se reitera en las sentencias de 14 y 28 de julio de 1981.

Además, la autonomía de las Comunidades Autónomas tendría la naturaleza de ser una autonomía con un contenido garantizado en la Constitución y los Estatutos de Autonomía, y protegida por el Tribunal Constitucional (artículos 143,151 y disposición transitoria segunda de la Constitución), mientras que la autonomía local se determina por el legislador, al que se impone el deber de respetar el contenido básico de la institución (la garantía institucional a la que se refiere la sentencia del Tribunal

Constitucional de 28 de julio de 1981), y se protege por el recurso en defensa de la autonomía local introducido en la ley orgánica del Tribunal Constitucional por la ley orgánica 7/1999 de 21 de abril (artículo 75 bis a quinque de la ley orgánica del Tribunal Constitucional).

No obstante lo anterior, no puede reducirse la autonomía local a su componente administrativo, pues también posee un claro componente político, en la medida en que el gobierno de los entes locales corresponde a corporaciones que surgen de forma directa o indirecta de elecciones democráticas y adoptan decisiones de contenido político. Junto a la administración local existe el gobierno local.

2. La garantía institucional de la autonomía local, y la autonomía local como principio constitucional.

Como ya hemos señalado, el Tribunal Constitucional ha recurrido a la teoría de la garantía institucional para definir la naturaleza y medio de protección de la autonomía reconocida a los entes locales, teoría de la garantía institucional que se toma de la doctrina alemana que fue introducida entre nosotros por el profesor Luciano Parejo ⁽¹⁾.

El Tribunal Constitucional ha recurrido a la teoría de la garantía institucional para definir la naturaleza y medio de protección de la autonomía reconocida a los entes locales, teoría de la garantía institucional que se toma de la doctrina alemana que fue introducida entre nosotros por el profesor Luciano Parejo.

Esta teoría se recogió expresamente en la sentencia de 28 de julio de 1981 en la que se enjuiciaba la ley catalana de supresión de las Diputaciones Provinciales. Para el Tribunal “el orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del

orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta corresponde al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos de reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

Como se desprende de la cita jurisprudencial la garantía institucional protege la existencia de instituciones (en este caso la institución territorial Diputación provincial) frente al legislador, que no las puede desconocer. En el caso de un ente dotado de autonomía esta protección se concreta estableciendo la obligación de respetar un ámbito competencial determinado que permita la reconocibilidad del ente autónomo. Dado que el legislador básico estatal es quien debe configurar el alcance de la autonomía local (sentencia 32/1982 del Tribunal Constitucional), al mismo corresponde establecer este núcleo mínimo competencial que de contenido a la autonomía garantizada en la Constitución. El problema es que para fijar este contenido mínimo de autonomía que exige el Tribunal no existe parámetro normativo en la Constitución, por lo que se debe acudir al impreciso concepto de que se garantice la preservación de la institución “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

La garantía institucional adquiere un nuevo valor cuando se la concibe como un principio constitucional, como un mandato positivo dirigido al legislador. En este caso la autonomía local no es una realidad ya existente que debe ser preservada, sino un objetivo que el legislador debe hacer realidad. Así, el Tribunal Constitucional ha dicho que “la concreta configuración institucional de la autonomía provincial corresponde al legislador, incluyendo la especificación del ámbito material de competencia de la entidad local, así como las fórmulas o instrumentos de relación con otras entidades públicas y el sistema

de controles de legalidad constitucionalmente legítimas “(SSTC 27/1987 FJ 2 y 108/1998, FJ 2).

Desde esta perspectiva la autonomía local se concibe como “un principio constitucional” vinculado a la democracia y a la descentralización. Por tanto, como un valor a desarrollar con el único límite de la colisión con otros valores constitucionales.

3. La autonomía local como derecho de participación.

La autonomía local se hace realidad a través de la actuación de los entes locales en las materias que son de interés para los miembros de la colectividad local.

Ante la imposibilidad de establecer una atribución separada, de forma nítida, de ámbitos materiales responsabilidad de los diferentes niveles territoriales, la ley básica de régimen local optó por afirmar que la autonomía local es el derecho de participar en cuantos asuntos sean de interés local. Así, la exposición de motivos de la ley 7/1985 dice que “el sistema legal de concreción competencial de la autonomía local pretende realizar esa composición equilibrada a que se ha hecho alusión. Sobre el fondo del reconocimiento expreso de las potestades y exorbitancias que corresponden a los entes locales territoriales en su condición de Administración Pública, todo el sistema pivota sobre la plasmación del criterio material desde el que debe producirse la concreción legal de las competencias; criterio que no es otro que el derecho de las Corporaciones locales a intervenir, con la intensidad y el alcance máximos –desde el principio constitucional de la descentralización y para la realización del derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos– que permita la implicación relativa de los intereses de las diferentes colectividades territoriales en cualesquiera de dichos asuntos públicos”.

Concepto de autonomía que se concreta en el artículo 2 de la misma ley básica: “Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capaci-



dad de gestión de la Entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional, en la sentencia 170/1989, la autonomía es el derecho de participación a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos atañen al ente local, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias; y ello con la sintonización completa de nuestro régimen local con el modelo establecido por la Carta Europea de la Autonomía local en 1986.

4. La autonomía se debe configurar en función del respectivo interés.

La sentencia 37/1981 de 16 de noviembre, en su fundamento jurídico primero, estableció otro elemento esencial en orden a configurar el alcance de la autonomía local, al precisar el sentido de la referencia constitucional según la cual la autonomía se posee “para la gestión de los respectivos intereses”.

Para el Tribunal “como tantos otros conceptos de la misma naturaleza en nuestro texto constitucional, el de los intereses respectivos de las Comunidades Autónomas, de los municipios o de las provincias, cumplen sobre todo la función de orientar al legislador para dotar a estas enti-

dades territoriales de los poderes o competencias precisos para gestionarlos. Es el legislador, sin embargo, el que dentro del marco de la Constitución determina libremente cuáles son estos intereses, los define y precisa su alcance, atribuyendo a la entidad las competencias que requiere su gestión”.

La referencia al papel del legislador en la concreción del concepto constitucional de los “respectivos intereses” es especialmente cierta en el supuesto de la configuración de la autonomía local, pues en el caso de las Comunidades Autónomas la Constitución ya lleva a cabo una primera delimitación negativa de sus intereses propios al establecer las competencias del Estado (artículo 149,1 CE). Corresponde al legislador singular que aprueba los Estatutos de Autonomía configurar las competencias autonómicas respetando en todo caso las competencias que la Constitución atribuye directamente al Estado en el artículo 149,1.

La función del legislador en la concreción de los respectivos intereses de los Municipios y Provincias no es fácil. Hay que identificar la materia y determinar si el interés es exclusivo o compartido. Por otro lado, hay que tener en cuenta la intervención del legislador básico general en materia de régimen local, y la intervención del legislador sectorial. Al primero corresponde establecer el núcleo mínimo competencial de los entes locales, pero luego el legislador sectorial deberá completar esta atribución de competencias de conformidad con la ley

básica y con el principio de la garantía institucional.

Este complejo sistema de fuentes es el que se hace presente en la redacción del artículo segundo de la ley de bases del régimen local al que antes hemos hecho referencia. Teniendo en cuenta lo establecido en este artículo el legislador básico establece el núcleo esencial de la autonomía municipal en el artículo 25 en los términos siguientes: “el municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias...”. De este modo se garantiza un núcleo básico de materias en las que, en todo caso, los legisladores estatal y autonómico (según sus respectivas competencias) deberán reconocer las competencias de los municipios. Unas competencias materiales que podrán ser más o menos intensas (exclusivas o compartidas), pero que en todo caso deberán reconocer el derecho del municipio a participar en estos asuntos que son de su interés (su derecho a intervenir en los asuntos que afectan a su círculo de intereses, según establece el artículo 2 antes citado).

El mismo sistema se establece para la definición de las competencias de las Diputaciones provinciales (o entidad equivalente) en el artículo 36 de la ley de bases de régimen local. El citado precepto establece que “son competencias propias de la diputación o entidad equivalente las que le atribuyan en este concepto las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas en los diferentes sectores de la acción pública y, en todo caso, las siguientes...”.

La STC 154/2015 de 9 de julio, en su fundamento jurídico 6, contiene un completo resumen de la jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión.

5. La sujeción exclusiva al control de los Tribunales por el ejercicio de las competencias propias.

Como antes hemos señalado el régimen local se ha caracterizado por la existencia de un férreo control administrativo sobre la actuación de unos entes locales que además carecían de autonomía política, al no existir la elección democrática de los miembros de la corporación local. Las normas y actos de los entes locales estaban sujetas a un fuerte control tutelar por parte de la administración del Estado. Esta situación va a cambiar

de modo radical tras la entrada en vigor de la Constitución y su desarrollo legal.

La ley de bases de régimen local, en sus artículos 65 a 67, estableció el sistema de impugnación de los actos y acuerdos de las entidades locales, suprimiendo de forma indirecta todo control administrativo sobre la actuación de los entes locales a cargo del Estado o de las Comunidades Autónomas.

La ley básica establece que si la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas consideran que un acto o acuerdo de una entidad local infringe el ordenamiento jurídico (artículo 65) o interfiere el ejercicio de su competencias (artículo 66) podrán requerir al ente local para que anule dicho acto en el plazo de un mes, y si no lo hace, podrán impugnar dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa (el requerimiento previo es potestativo). Excepcionalmente, si el acto o acuerdo atenta gravemente al interés general de España, el Delegado del Gobierno previo requerimiento (preceptivo) podrá suspender la eficacia del acto o acuerdo, pero *“acordada la suspensión del acto o acuerdo, el Delegado del Gobierno deberá impugnarlo en el plazo de diez días desde la suspensión ante la jurisdicción contencioso-administrativa”* (artículo 67 de la ley 7/1985). Del control tutelar administrativo se ha pasado al exclusivo control por el poder judicial. Y ello por la interpretación que el legislador básico hizo del principio de autonomía local.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 213/1988 de 11 de noviembre, fundamento jurídico 2, reconoció el significado de los artículos antes citados en los términos siguientes: *“...los artículos 65 y 66 de la LBRL regulan la impugnación de actos y acuerdos de las Corporaciones por parte de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y establecen que la suspensión sólo es potestad de los Tribunales. Queda así suprimida toda potestad de suspender de las autoridades administrativas y gubernativas (salvo la que se confiere al Delegado del Gobierno en el artículo 67)...Las normas que excluyen del control administrativo los actos y acuerdos de las Corporaciones locales tienen la finalidad de asegurar en este aspecto la autonomía de tales Corporaciones, que está garantizada por el artículo 137 de la CE”*.

Más adelante el Tribunal reconoce que esta limitación de los controles a los controles ju-



diciales es una opción del legislador básico, pues previamente se había reconocido la posibilidad de controles administrativos de legalidad, prohibiendo en todo caso los de oportunidad. En este sentido la sentencia citada afirma que *“es cierto que este Tribunal ha considerado que los controles administrativos de legalidad no afectaban al núcleo esencial de la garantía institucional de la autonomía de las Corporaciones locales (STC 4/1981 y otras posteriores). Pero hay que tener en cuenta que con estas declaraciones el Tribunal no pretendía ni podía pretender la determinación concreta del contenido de la autonomía local, sino fijar los límites mínimos en que debía moverse esta autonomía y no podía traspasar el legislador. Con ello no se impedía que el legislador, en ejercicio de una legítima opción política, ampliase aún más el ámbito de la autonomía local y estableciese con carácter general la desaparición incluso de esos controles, como hace la ley de 1985”*.

Sobre esta cuestión ha vuelto a pronunciarse el Tribunal en las sentencias 154/2015 de 9 de julio, FJ 6-B y la 6/2016 de 21 de enero, FJ 4,D, recordando que en materia de controles sobre los entes locales deben diferenciarse los límites directamente derivados de la Constitución respecto de los añadidos por el legislador básico de régimen local al amparo del artículo 149-1-18 CE, y añadiendo que *“el legislador autonómico debe respetar la ley reguladora de las bases del régimen local y, por tanto, el modelo de control de la actividad local que esta ha establecido en cuanto expresión de la autonomía local legalmente garantizada”*.

6. La protección de la autonomía local: el recurso especial ante el Tribunal Constitucional.

Como hemos expuesto, el alcance real de la autonomía local depende de su formulación en las leyes estatales y autonómicas, disponiendo ambos legisladores de un amplio margen de decisión, limitado tan sólo por el principio constitucional elaborado por la doctrina del Tribunal Constitucional del respeto de la garantía institucional de los entes locales. Este hecho motivaba que la autonomía local pudiera ser desconocida por los legisladores estatal y local sin que los entes locales pudieran defenderse al carecer de acción frente al ejercicio de la potestad legislativa del Estado y de las Comunidades Autónomas.

La ley de bases de régimen local se limitó a reconocer la legitimación de los entes locales para impugnar las disposiciones y actos de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas cuando lesionaran su autonomía *“tal como esta resulta garantizada por la Constitución y esta ley”* (artículo 63,2).

De acuerdo con la previsión legal antes citada para hacer frente a los ataques a la autonomía, que provinieran de leyes estatales o autonómicas, el párrafo tercero del artículo 65 de la misma ley de bases reconoció a los entes locales la legitimación para que instaran su impugnación ante el Tribunal Constitucional de conformidad con el



artículo 119 de la ley básica. Esta remisión supone que el ente local debe dirigirse a la Comisión Nacional de Administración local para que ésta, si lo estima oportuno, solicite a su vez a los órganos legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad que impugne la ley que se considera inconstitucional por ser lesiva de la autonomía local garantizada constitucionalmente.

Por tanto, frente a los ataques a la autonomía local provenientes de normas con rango de ley, los entes locales carecían de poder para impugnar las normas con fuerza de ley ante el Tribunal Constitucional.

Esta situación de debilidad, reiteradamente denunciada por los entes locales, llevó a modificar la ley orgánica del Tribunal Constitucional introduciendo un recurso especial en defensa de la autonomía local⁽⁵⁾.

La ley orgánica 7/1999 de 21 de abril introdujo en la ley orgánica del Tribunal Constitucional un nuevo capítulo IV, "De los conflictos en defensa de la autonomía local" dentro de su título IV. Este nuevo capítulo está formado por el artículo 75, bis a quinques. El planteamiento de estos conflictos en defensa de la autonomía local puede tener como objeto normas del Estado con rango de ley o disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada.

El principal problema que plantea este nuevo procedimiento ante el Tribunal

Constitucional es el relativo a la determinación de la legitimación. El legislador vio con preocupación que se pudiera abrir la vía de este nuevo conflicto ante el Tribunal Constitucional a los más de 8000 municipios y 42 diputaciones provinciales, generando un previsible incremento de la litigiosidad ante un Tribunal ya colapsado. Por ello se limitó la legitimación en el artículo 75,ter en los términos siguientes: "Están legitimados para plantear estos conflictos:

a) El municipio o provincia que sea destinatario único de la ley.

b) Un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente.

c) Un número de provincias que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo la mitad de la población oficial.

Esta situación de debilidad, reiteradamente denunciada por los entes locales, llevó a modificar la ley orgánica del Tribunal Constitucional introduciendo un recurso especial en defensa de la autonomía local.

2. Para iniciar la tramitación de los conflictos en defensa de la autonomía local será necesario el acuerdo del órgano plenario de las Corporaciones locales con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las mismas.

3. Una vez cumplido el requisito establecido en el apartado anterior, y de manera previa a la formalización del conflicto, deberá solicitarse dictamen, con carácter preceptivo pero no vinculante, del Consejo de Estado u órgano consultivo de la correspondiente Comunidad Autónoma, según que el ámbito territorial al que pertenezcan las Corporaciones locales corresponda a varias o a una Comunidad Autónoma. En las Comunidades Autónomas que no dispongan de órgano consultivo, el dictamen corresponderá al Consejo de Estado.

4. Las asociaciones de entidades locales podrán asistir a los entes locales legitimados

a fin de facilitarles el cumplimiento de los requisitos establecidos en el procedimiento de tramitación del presente conflicto".

Este complejo sistema de legitimación, en los casos normales de leyes de destinatario no único, ha llevado a que los recursos planteados en defensa de la autonomía local han sido hasta el presente muy pocos (como primeras sentencias pueden citarse la 240/2006 de 20 de julio y la 47/2008 de 11 de marzo).

Los entes locales poseen hoy, por tanto, una vía para defender su autonomía frente al legislador estatal y autonómico mediante el planteamiento de un conflicto ante el Tribunal Constitucional, pero en la práctica esta vía es de muy difícil utilización.

7. La autonomía local como un principio que puede ceder ante otros principios constitucionales. La reforma del artículo 135 de la Constitución y su incidencia en el principio de autonomía local

La reforma exprés de la Constitución española que dio lugar a la nueva redacción del artículo 135, al imponer como principio rector de todas las administraciones el principio de estabilidad presupuestaria, obligaba a la contención del gasto e imponía la pérdida de la capacidad de endeudamiento.

El nuevo precepto, cuya redacción y aprobación vino impuesta desde las instituciones comunitarias, se debe situar en el momento de la gravísima situación de crisis económica que vivía España, tras unos años de euforia desbocada y falta de rigor en el gasto y la capacidad de endeudamiento. Había que recuperar la confianza de los mercados y conseguir la reducción de la prima de riesgo, y para ello era necesario reducir de forma significativa el déficit, con la esperanza de poder volver a períodos de crecimiento sostenido.

Pues bien, este nuevo marco constitucional (criticado por la rapidez con la que se aprobó y la pérdida de soberanía que de facto supuso) va a incidir de forma significativa en el nuevo marco legal del régimen local.

Para hacer efectivo el nuevo principio constitucional de estabilidad presupuestaria el año 2012 se creó la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), para elaborar un programa de ra-

cionalización administrativa. La Comisión elaboró un largo listado de medidas con el fin de mejorar el funcionamiento de las administraciones en sus distintos niveles territoriales, propuso la simplificación de cargas administrativas y la introducción de medidas de mejora en la gestión interna de la administración pública, impulsó la implantación de la administración electrónica y medida de adelgazamiento en las administraciones públicas. Con el fin de dar contenido al principio constitucional del artículo 135 se aprobó la ley 2/2012 de 27 de abril de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Estos criterios de nueva ordenación de las administraciones y el nuevo marco legal introducido por la ley 2/2012, informaron la ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local, la LRSAL, con la que se trató de racionalizar el mundo local de conformidad con el nuevo principio constitucional de estabilidad presupuestaria. Frente al desarrollo de la autonomía, se impuso el principio de estabilidad, como criterio rector de toda la nueva ordenación del régimen local.

Los objetivos principales de la ley fueron delimitar las competencias de los municipios, con el fin de eliminar duplicidades y competencias impropias. Se trataba de poner coto a las asunciones de funciones prestaciones reclamadas por los ciudadanos, y que en ocasiones correspondían a la administración autonómica o a la estatal, lo que incrementaba el nivel de gasto local y, por tanto, su déficit y endeudamiento. En segundo lugar se impone la racionalización de la estructura organizativa, de acuerdo con los principios de estabilidad y sostenibilidad financiera. Si en algún momento se barajó la supresión del nivel provincial, finalmente se reforzó, que se le atribuyó la competencia de subrogación en el ejercicio de las competencias de los municipios de menos de 20.000 habitantes. También se favorece la fusión voluntaria de municipios, y se imponen límites a la creación de entes descentralizados funcionalmente, para reducir el volumen del sector público y privado local. En esta última línea se favorece el recurso a la gestión indirecta de servicios frente a la gestión directa por entidades públicas o mercantiles locales. Por último. Se refuerzan los mecanismos de control financiero y presupuestario, aumentando los poderes de control interno en manos de los interventores



Impugnada la LRSAL por diversas Comunidades Autónomas el Tribunal Constitucional ha venido a establecer, que la autonomía local es un principio que puede ceder en su posible concepción general si así lo exigen otros principios constitucionales que puedan considerarse prevalentes. Muchas han sido las sentencias dictadas en relación a la LRSAL. Así, las SSTC 41/2016 de 3 de marzo, 111/2016 de 9 de junio, 168/2016 de 6 de octubre, 180/2016 de 20 de octubre, 44/2017 de 27 de abril, 45/2017 de 27 de abril, 54/2017 de 11 de mayo, 93/2017 de 6 de julio, 101/2017 de 20 de julio y 107/2017 de 21 de septiembre, y no podemos referirnos a toda su doctrina. Pero como hemos apuntado, el principio de estabilidad presupuestaria ha permitido una ampliación de las competencias estatales y una reducción significativa de la autonomía local en particular en los aspectos organizativos ⁽⁶⁾.

La debilidad de la técnica de la garantía institucional para proteger a la autonomía local se ha puesto de manifiesto cuando se pasa directamente a ponderar el principio de autonomía local con otros principios constitucionales como el de estabilidad presupuestaria. Así parece establecerse en la STC 41/2016, FJ 3, cuando se dice que “el artículo 149,1-18 CE ampara sin lugar a dudas normas básicas tendentes a introducir criterios de racionalidad económica en el modelo local español con el fin de realizar los im-

perativos de los artículos 32,1 y 103,1 CE y la estabilidad presupuestaria con norma de conducta a la que están sujetas las entidades locales (artículo 135,2CE)”. Las bases estatales, por tanto, no tienen ya como fin único ni prevalente el desarrollo y garantía de la autonomía local. Las bases estatales pueden servir para limitar la autonomía local si ello es preciso para garantizar el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria.

II. LA CARTA EUROPEA DE LA AUTONOMÍA LOCAL

La referencia al texto constitucional, su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el desarrollo normativo de las previsiones constitucionales, debe completarse con la toma en consideración de la Carta Europea de la Autonomía local, un Tratado internacional redactado y firmado por los Estados miembros del Consejo de Europa en octubre de 1985 y ratificado por España ⁽⁷⁾.

La Carta Europea exige a los Estados firmantes que reconozcan normativamente el principio de autonomía local “en la legislación interna y en lo posible en la Constitución”, y establece en sus preceptos un concepto común de autonomía local. Así, en su artículo 3,1 afirma que “por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los



asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes". Un precepto sintético pero que contiene una referencia de gran valor al afirmar que la autonomía es el "derecho y la capacidad efectiva" de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos.

Igual trascendencia posee el segundo párrafo del artículo 3 cuando afirma que este derecho, la gestión de los asuntos propios, se ejerce por "Asambleas o Consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal y que pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos. Esta disposición no causará perjuicio al recurso a las asambleas de vecinos, al referéndum o a cualquier otra forma de participación directa de los ciudadanos, allí donde esté permitido por la Ley". Se impone aquí el principio democrático, la garantía del gobierno representativo local.

Una cuestión debatida ha sido la posición de la Carta dentro de nuestro sistema de fuentes. Por nuestra parte asumimos las consideraciones de LASAGABASTER⁽⁸⁾ para quien la Carta, al ser una norma de derecho internacional, prevalece sobre las leyes, según lo dispuesto en el artículo 96,1 de la Constitución y 1,5 del Código Civil, por lo que procedería la inaplicabilidad de las normas internas que contradigan lo previsto en el Tratado, esto es, en la Carta. La teoría del citado profesor encuentra respaldo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1991 de 14 de febrero.

En todo caso, la Carta Europea de la Autonomía Local ha tenido un cierto significado pues, como se ha dicho, "tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como en las sentencias del Tribunal Constitucional aflora la mención a sus disposiciones, reconociendo sin fisuras el carácter normativo y su función integradora del orden estatal y comunitario del régimen local"⁽⁹⁾

III. ALGUNOS PROBLEMAS VIGENTES DEL RÉGIMEN LOCAL

1. El uniformismo y el régimen especial de los pequeños municipios y las grandes ciudades.

El uniformismo de nuestro régimen local ha sido uno de los defectos tradicionalmente imputados a nuestro sistema de régimen local. Derivado del modelo francés, como

antes señalamos, se ha impuesto desde siempre un modelo uniforme para todos los entes locales, sin atender a sus diferencias de diversa naturaleza (tamaño, población, actividades), lo que da lugar a un marco normativo muchas veces disfuncional. No puede ser lo mismo el régimen de una ciudad de más de 500.000 habitantes respecto de un municipio rural de 1.000 habitantes.

Alguna diferencia se estableció en la ley básica de 1985 al determinar los servicios locales de prestación obligatoria en función de los tramos de población, artículo 26, y al prever "régimenes especiales", artículos 29 y 30, para los casos de funcionamiento en régimen de Concejo Abierto (una cuestión de escasa relevancia), o para los pequeños municipios y los de carácter rural⁽¹⁰⁾. Se reconocía de este modo el grave problema de los pequeños municipios y en particular de los rurales, hoy aquejados de un fuerte proceso de despoblación.

Una cuestión debatida ha sido la posición de la Carta dentro de nuestro sistema de fuentes. Por nuestra parte asumimos las consideraciones de LASAGABASTER⁽⁸⁾ para quien la Carta, al ser una norma de derecho internacional, prevalece sobre las leyes, según lo dispuesto en el artículo 96,1 de la Constitución y 1,5 del Código Civil.

Muy poco se ha avanzado en este tema. En el Informe sobre el Gobierno local del MAP de 1992 el profesor Tomás Font decía que "no cabe duda que una de las más graves situaciones que se debe afrontar es el tema de los pequeños municipios de que se nutre la enorme fragmentación del mapa municipal español". Y hoy estamos prácticamente igual⁽¹¹⁾.

Algo más se ha hecho en relación a los grandes municipios, en concreto a través de la ley de medidas para la modernización del Gobierno local 57/2003 de 16 de diciembre, que se incorporó a la ley básica de régimen local de 1985 como un nuevo título X. La citada ley puede encontrar su origen en el año 1994, cuando las siete ciudades de mayor población (Madrid, Barcelona, Sevilla, Valencia, Bilbao, Zaragoza

y Málaga) firmaron un documento en el expresaban la reivindicación de poseer un régimen jurídico especial que les permitiera actuar con mayor autonomía, con un régimen organizativa singular y con mayores medios financieros. Se trataba de reaccionar frente al uniformismo del régimen local que impedía actuar con la eficacia y eficiencia necesaria en razón de la singularidad de los diferentes entes municipales.

La ley 57/2003 dio en parte respuesta a estas demandas, aunque nada dijo sobre el tema financiero. La ley estableció su aplicación a las ciudades de más de 250.000 habitantes o municipios de más de 175.000 que fueran capital de provincia, pudiendo incorporarse también de forma excepcional otros entes municipales y los cabildos insulares.

Las novedades más importantes son las organizativas, imponiendo la nueva ley básica un nuevo modelo general para las llamadas "grandes ciudades", sin perjuicio de las adaptaciones que pueda hacer luego cada ente local (aunque por lo pormenorizado del nuevo régimen se dejó poco espacio al desarrollo normativo de lo básico).

La ley trata de reforzar la figura del Alcalde como órgano de gobierno, y atribuye buena parte de las tareas administrativas a la Junta de Gobierno, la antigua comisión de gobierno. El Alcalde nombra y dirige la Junta de Gobierno, y el Pleno pierde parte de sus competencias administrativas y ejecutivas, y se reconvierte en órgano de control y de elaboración de normas y decisiones estratégicas. Se busca un gobierno más fuerte y en principio más eficiente. El régimen de los grandes municipios puede decir que se ha "parlamentarizado". Debe destacarse que en la Junta de Gobierno puede integrarse hasta 1/3 de personas no electas.

Otras novedades organizativas importantes son la obligatoriedad de establecer un sistema desconcentrado de ejercicio del poder municipal a través de la creación de distritos, presididos por un concejal, la creación de un consejo social de la ciudad, de una comisión especial de sugerencias y reclamaciones, y de un órgano para la resolución de las reclamaciones económico administrativas, en este último caso, un órgano que viene a generalizar lo que fue el Consell Tributari que de modo pionero creó el Ayuntamiento de Barcelona en el año 1988.

2. La relación de las Comunidades Autónomas con los entes locales.

El régimen local se construyó en la Constitución dentro del nuevo modelo general de organización territorial del Estado. Y en este punto nuestro sistema sigue también, aunque de forma matizada, el modelo clásico francés, según el cual las entidades locales son piezas de la organización estatal, articulándose formas de relación del Estado con los entes locales. El modelo federal, por su parte, establece un doble sistema de relaciones, de modo que el Estado central se relaciona con los Estados federados o Regiones, y estos niveles intermedios son los que se relacionan con los entes locales, que pasan a formar parte de su organización territorial interna.

Como se ha dicho ⁽¹²⁾ la dificultad de articulación de nuestro poder local en la nueva estructura del Estado se debe a que “el nuevo régimen de poder autonómico surge dentro de las coordenadas de los modelos regionales o federales, mientras que el poder local en España ha sido tradicionalmente construido desde el modelo de Estado centralista jacobino”.

La ley 57/2003 dio en parte respuesta a estas demandas, aunque nada dijo sobre el tema financiero.

En todo caso, como hemos apuntado, nuestro sistema local, de acuerdo de nuevo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha creado un modelo intermedio, lo que se ha definido como el modelo bifronte. Según este modelo al Estado corresponde establecer las bases del régimen jurídico local (STC 214/1989), y le corresponde hacer efectiva la garantía institucional de los entes locales necesarios, municipio y provincia. Dentro de este marco, las Comunidades Autónomas pueden desarrollar el marco normativo local.

Por lo que hace referencia a las relaciones con los entes locales las mismas no se reservan con exclusividad a las Comunidades Autónomas, ya que el Estado también puede relacionarse directamente con los entes locales. No obstante, las Comunidades Autónomas han tratado de reforzar sus vínculos directos con los entes locales, tratando de reducir a su vez las relaciones de éstos

con la administración estatal. Es lo que se ha denominado la “interiorización” del régimen local ⁽¹³⁾. Un claro ejemplo es el Estatuto catalán de 2006, cuyo artículo 160 establece que “*corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el principio de autonomía local, incluye: a) Las relaciones entre las instituciones de la Generalitat y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Generalitat, incluyendo las distintas formas asociativas, mancomunadas, convencionales y consorciales*”. Precepto por otra parte no cuestionado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 31/2010, si bien exige que se respete la normativa básica estatal.

3. El viejo problema de la planta local.

El problema de la planta local, esto es, qué niveles de administración local deben existir y con qué competencias, está vigente en nuestro sistema constitucional desde sus orígenes. De nuevo debemos recordar lo ya dicho, y como el modelo francés impuso un sistema según el cual cada colectividad local debía tener un ente representativo, un municipio, lo que llevó a la creación de los más de 8.000 municipios aún hoy existentes en España. Como consecuencia de ello se debió crear un ente local intermedio, la provincia, que diera apoyo a los pequeños municipios, incapaces de prestar los servicios mínimos exigibles a sus ciudadanos. Desde este momento se han reiterado las discusiones y propuestas sobre la necesidad de reordenar esta planta local, apelando normalmente a la necesidad de buscar un sistema más eficaz y eficiente, incidiendo sobre todo sobre los pequeños municipios, a los que se acusa de ser estructura vacías de contenido ⁽¹⁴⁾.

Pero las propuestas por llevar a cabo una solución traumática, la supresión de municipios o la imposición forzosa de su fusión, han fracasado. Nada impide constitucionalmente suprimir municipios, o redefinir los límites y funciones de las provincias. La garantía institucional de estos entes exige que se mantenga la institución como tal, que tras la reforma los niveles municipal y provincial sean “reconoscibles”, pero nada impide reducir el número de municipios y exigir un mínimo de habitantes para su subsistencia.



Pero lo cierto es que cuando se ha tratado de impulsar una reforma de este tipo (la última vez cuando se inició la tramitación de la LRSAL), siempre ha surgido la tensión entre los principios de eficacia y eficiencia y el de democracia, y ha terminado por prevalecer este último. Además las tensiones políticas surgen cuando se trata de reducir el número de entes locales y, por tanto, de electos locales, por lo que los partidos políticos no dejan de hacer cálculos sobre cómo afectará la reforma a su poder territorial. Esta realidad ha impedido alcanzar los consensos políticos necesarios para acometer una reforma de este calado.

La consecuencia final es que las soluciones traumáticas se abandonan y se trata de actuar a través de medidas que incentiven la agrupación voluntaria de municipios, las formas de colaboración, ya sea mediante soluciones organizativas (mancomunidades) o convenios.

La última reforma de nuestro régimen local, la LRSAL, ha vuelto a insistir en la conveniencia de las agrupaciones voluntarias, favoreciendo su creación, y ha mantenido el nivel provincial, reforzando su papel de ente de apoyo de los pequeños municipios.

Cuestión diversa es la creación de otros niveles territoriales locales intermedios, como pueden ser las Comarcas o las Áreas Metropolitanas. Aquí puede jugar un papel destacado la legislación autonómica, con el fin de adecuar su planta local a su



propia realidad. El problema es que el ente intermedio provincial está hoy garantizado por la jurisprudencia constitucional y, por tanto, los nuevos entes intermedios deben coexistir con el mismo, lo que puede dar lugar a supuestos de duplicidades e ineficacia.

IV. UNAS BREVES CONCLUSIONES

Tras cuarenta años de régimen local puede afirmarse que nuestro régimen local ha mantenido sus características estructurales básicas, pero ha sido transformado radicalmente por la introducción del principio democrático y de la autonomía local, lo que ha comportado un cambio sustancial en su modo de actuación y de control ciudadano. Estos nuevos principios han impulsado una modificación profunda en la ordenación de los términos municipales y en la prestación de servicios a los ciudadanos. Como hemos dicho pasear hoy en día por los pueblos y ciudades de España nos descubre unos paisajes que no guardan relación con lo que se podía ver en 1978. Al mismo tiempo, los ciudadanos reciben la prestación de muchos más servicios y de mucha mayor calidad. Y todo ello, hay que destacarlo, sin que el problema de la financiación local se haya solucionado y siendo los entes locales los menos endeudados de todas las administraciones territoriales del Estado.

Esto no quiere decir que no existan problemas. La insuficiencia financiera sigue siendo crónica. Los entes locales continúan siendo la cenicienta en el reparto de recursos territoriales. En el inicio de la construcción del Estado autonómico se acuña la teoría del reparto 50-25-25, esto es, 50% de recursos para el Estado, 25% para las Comunidades Autónomas y los entes locales. Hoy, una vez transferida la sanidad y educación a las Comunidades Autónomas éstas vendrían a disponer del 50% de los recursos, pero los entes locales se mantendrían en torno a un 17%.

Por otra parte los problemas del inframunicipalismo y la despoblación siguen sin resolverse.

La crisis política se ha adueñado también del mundo local, en buena medida por los reiterados casos de corrupción. Existe una profunda brecha de desconfianza entre los ciudadanos y sus electos locales. La transparencia y el recurso a fórmulas de participación directa pueden paliar esta descon-

fianza, pero el proceso será seguramente lento.

La prevalencia del principio de sostenibilidad financiera puede ahogar la vida local, su imaginación y capacidad para ofrecer respuestas imaginativas a los nuevos retos que plantea la sociedad. Siempre las novedades del régimen administrativo se han introducido por el nivel local. Sería una pena que se cercenara esta capacidad de innovación por unos controles competenciales y presupuestarios férreos.

En definitiva, debe ofrecerse un balance positivo sobre lo que significó la Constitución de 1978 para nuestro régimen local, pero no pueden olvidarse los retos que hoy existen con el fin de poder poner realmente este primer nivel de administración al servicio de los intereses de los ciudadanos

NOTAS

(1) GARCÍA MORILLO, J. La configuración constitucional de la autonomía local. Marcial Pons, Madrid 1998, pág.11.

(2) Los datos los tomamos del INE, Padrón de 2014.

(3) Una reflexión general sobre el principio de autonomía local en nuestro sistema constitucional se encuentra en CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, J.L. El debate sobre la autonomía municipal. RAP 147, 1998.

(4) PAREJO ALFONSO, L. Garantía institucional y autonomías locales, IEAL, Madrid 1981. También sobre la garantía institucional, en sentido crítico, ESTEVE PARDO, J. Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local. REDC 31, 1991.

(5) Vid. AAVV. Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional. MAP, Madrid, 1997.

(6) Vid. Al respecto, VELASCO CABALLERO, F. Justicia constitucional sobre la LRSAL: PUNTO FINAL. Anuario de derecho municipal, 2016. Marcial Pons- UAM 2017, págs. 22 a 44.

(7) España hizo excepción a la firma del artículo 3,2 en tanto que imponía la necesidad de la elección directa de los miembros de las Corporaciones provinciales.

(8) LASAGABASTER, I. La Carta europea de la autonomía local, Iustel, Madrid 2007. También sobre esta cuestión puede verse FERNÁNDEZ FARRERES, G. La posición de la Carta Europea de la Autonomía Local en el sistema de fuentes del

derecho español, en "La autonomía de los entes locales en España", Fundación Democracia y Gobierno local, Barcelona/Madrid 2003.

(9) BANDRÉS CRUZAT, J.M. La Carta Europea de la Autonomía Local en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, QDL junio de 2009. Vid. También FERNÁNDEZ MONTALVO. La presencia de la Carta Europea de Autonomía Local en los pronunciamientos jurisprudenciales sobre autonomía local, en Anuario de Gobierno local 2004, dirigido por T. Font, Fundación Gobierno y Democracia Local, Madrid 2005.

(10) El artículo 30 de la ley básica de 1985 introdujo esta posibilidad con remisión a las leyes autonómicas en los términos siguientes: "Las Leyes sobre régimen local de las Comunidades Autónomas, en el marco de lo establecido en esta Ley, podrán establecer regímenes especiales para Municipios pequeños o de carácter rural y para aquellos que reúnan otras características que lo hagan aconsejable, como su carácter histórico-artístico o el predominio en su término de las actividades turísticas, industriales, mineras u otras semejantes". Por su parte el Estatuto catalán de 2006, en su artículo 84,3, hacía una llamada a la diversidad en el tratamiento del régimen local en los términos siguientes: "La distribución de las responsabilidades administrativas en las materias a que se refiere el apartado 2 entre las distintas administraciones locales debe tener en cuenta su capacidad de gestión y se rige por las leyes aprobadas por el Parlamento, por el principio de subsidiariedad, de acuerdo con lo establecido por la Carta Europea de la Autonomía Local, por el principio de diferenciación, de acuerdo con las características que presenta la realidad municipal, y por el principio de suficiencia financiera". Y el artículo 88 establece que "Las leyes que afectan al régimen jurídico, orgánico, funcional, competencial y financiero de los municipios deben tener en cuenta necesariamente las diferentes características demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y de capacidad de gestión que tienen".

(11) Vid. Al respecto las reflexiones del profesor LÓPEZ RAMÓN, F. Políticas ante la fragmentación del mapa municipal, en REALA, no 313-314, mayo -diciembre de 2010.

(12) ORTEGA ÁLVAREZ, L. Comunidades Autónomas y entes locales, IDP, Barcelona.

(13) Vid. Al respecto ORTEGA ÁLVAREZ, L. La interiorización autonómica del régimen local, en La reforma Estatutaria del régimen local, CEPC, Madrid 2006.

(14) Sobre esta cuestión vid, por todos el volumen La planta del gobierno local, coordinador Díez Sánchez, Actas del VIII congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Alicante 8y 9 de febrero de 2013.

El Derecho Civil Catalán después de la Constitución



Robert Follia i Camps

Decano del Colegio Notarial de Cataluña (1990-1995).

Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña (2000-2008).

Vicepresidente del Consejo General del Notariado (1990-1995)

En el año 2010, con motivo de los cincuenta años de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, el Colegio Notarial de Cataluña organizó una serie de conferencias en cuya clausura se habló del significado e importancia de la Compilación y se destacó que, teniendo en cuenta la época en la que se promulgó, fue un texto fundamental y decisivo para la conservación del Derecho catalán y su desarrollo posterior.

Hoy, al cumplirse cuarenta años de la promulgación de la Constitución española, de 27 de diciembre de 1978, se ha considerado oportuno dedicar unos trabajos sobre su influencia en distintos ámbitos, entre los cuales se encuentra el Derecho civil catalán. Quiero empezar destacando que, en este aspecto, de la misma forma que la Compilación mantuvo, a partir de ese momento, lo más sustancial de nuestro Derecho y es-

to posibilitó su aplicación en los Tribunales ante el olvido al que había quedado relegado hasta ese momento, la Constitución posibilitó, a pesar de las interpretaciones restrictivas del Tribunal Constitucional, que el Derecho civil catalán, sin olvidar sus raíces, fuera algo nuevo, ajustado a los tiempos y completo.

El artículo 149.8 atribuye al Estado la competencia sobre la legislación civil:

“...sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obliga-

ciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.”

(BOE, núm. 311.3, de 29 de diciembre de 1978).

Este artículo ha sido y sigue siendo objeto de una doble interpretación. La primera afirma que las comunidades autónomas solo tienen competencias para mantener y conservar su propio Derecho civil, pero sin principios generales ni nuevas soluciones; la segunda sostiene que el Parlament tiene plena capacidad legislativa en relación con el Derecho civil, salvo la reserva expresa de la legislación del Estado, que tiene que ser interpretada restrictivamente. Casi siempre la primera solución ha sido la del



Tribunal Constitucional. La segunda, la que ha defendido tanto el Parlament como la mayoría, por no decir la totalidad, de los juristas catalanes, que ha conseguido, como veremos, cambiar la doctrina del Tribunal Constitucional claramente restrictiva y que impedía entrar en la formulación de principios generales y de nuevas soluciones. Esta limitación era imposible de sostener, entre otras causas, como han señalado los juristas, por el simple hecho de que los cambios constitucionales, reflejo de los cambios sociales de nuestro país, hacían inservibles muchos de los principios clásicos del Derecho catalán; por tanto, era lógico que se interpretara cómo se podían sustituir. En el caso contrario, hubiera habido un auténtico vacío legal.

La primera muestra de capacidad legislativa del Parlament fue como una delegación del poder del Estado, ya que era obligatorio adaptar algunos preceptos de la Compilación a la normativa constitucional.

En cierto modo, la primera muestra de capacidad legislativa del Parlament fue como una delegación del poder del Estado, ya que era obligatorio adaptar algunos preceptos de la Compilación a la normativa constitucional, pero el Parlament entendió que era necesaria la adaptación de la situación de aquel momento y no solo de la normativa constitucional.

Así, en 8 de abril de 1981, después de una proposición no de ley presentada por la totalidad de los grupos parlamentarios de la cámara, se estableció que la adaptación se efectuaría en dos etapas. La primera, tendría que ser una adaptación estricta y urgente a la Constitución; mientras que la segunda se haría con menos prisa y en un plazo más largo e integraría las modificaciones necesarias para adecuar la Compilación a las necesidades sociales y a la realidad catalana del momento.

En esta primera fase se aprobó la Ley de modificación de la Compilación, de 20 de marzo de 1984, que introdujo novedades muy interesantes, como por ejemplo el nuevo redactado del artículo primero que, después de seguir declarando la primacía de las disposiciones del Derecho civil de Cataluña frente al Código civil, añadió la



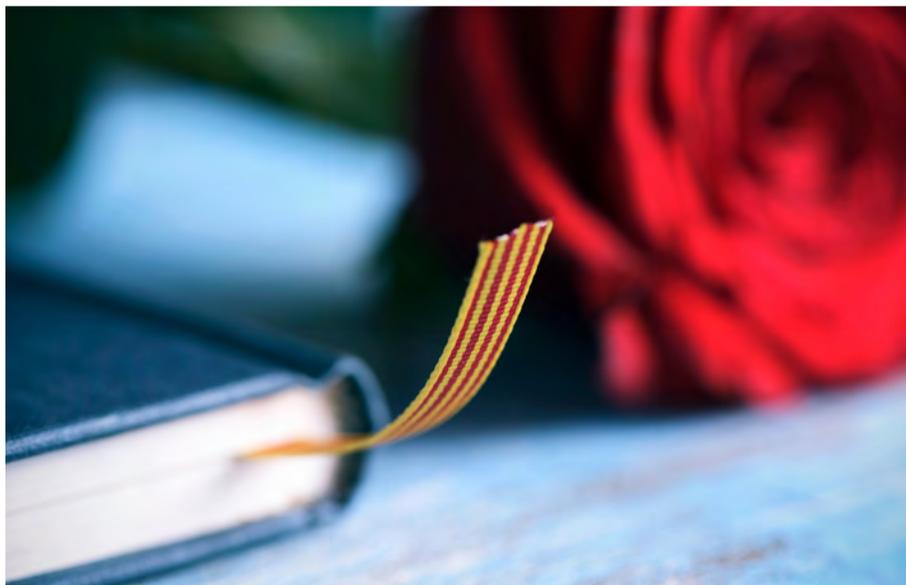
palabra *integrar* junto a la de interpretar dichos preceptos. Y, en consecuencia, unas disposiciones finales en las cuales se afirmaba o se desprendía claramente que las disposiciones del Derecho civil de Cataluña ya no provenían del artículo 2 del Código civil, sino que lo hacían directamente de la Constitución y del Estatuto de Autonomía; ya no se hablaba de disposiciones de la Compilación, sino de Derecho civil de Cataluña, un concepto más amplio. Además, incluía la jurisprudencia dentro del capítulo de fuentes e incorporaba el concepto de tradición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Casación de Cataluña, al mismo tiempo que se consideraba principio general de Derecho como elemento orientador, integrador e interpretador.

En la segunda fase, la actividad del Parlament fue radical a través de la promulgación de leyes especiales. Se prefirió este sistema frente al de modificaciones concretas de artículos de la Compilación porque parecía un sistema más práctico, tanto para las modificaciones como para las innovaciones y, a su vez, más acorde con las tendencias modernas, sin perjuicio de integrarse, a la larga, en un solo código.

Entre las leyes que se promulgaron destacan, en primer lugar, las tres de 25 de mayo de 1987: la primera, de modificación del artículo 6 de la Compilación respecto de la adopción; la segunda, la Ley de Reforma de las Reservas Legales, que las suprimía, y la Ley de Sucesión intestada. Esta fue

importante porque estableció una norma general sobre este tipo de sucesión, señalando no solo a los herederos, sino también el sistema de cuenta y la doctrina general en esta materia. Por esto fue impugnada por el Tribunal Constitucional, que suspendió su aplicación, lo que provocó una fuerte reacción entre los juristas catalanes y que motivó que el Tribunal Constitucional, posteriormente, retirara la impugnación.

Varias fueron las leyes especiales. A título de ejemplo podemos destacar: la Ley de Censos, de 16 de marzo de 1990, que reguló claramente esta institución; la Ley de 9 de abril de 1990, de Modificación de la Regulación de la Legítima, que la consideró como un simple derecho de crédito y que, en parte, ha sido copiada por alguna otra autonomía; la Ley de 29 de noviembre de 1991, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble, que regulaba la prenda, que no tenía una norma concreta, y el Derecho de retención, también impugnada por el Tribunal Constitucional; la Ley de Uniones Estables de Pareja, de 15 de julio de 1998, la primera del Estado español en esta materia y que ha sido más o menos copiada por otras comunidades autónomas. La de Regulación de los Derechos de Usufructo, Uso y Habitación, de 20 de noviembre de 2000, que clarificó los dos primeros e introdujo la regulación del usufructo de fondo de inversión, o la Ley, de 31 de diciembre de 2001, de la Adquisición y la Ocupación, que también fue impugnada por el TC y de la



que, como en los demás casos, también retiró la impugnación.

Entre estas leyes especiales cabe destacar dos leyes que excedían por mucho el carácter de Ley especial y tenían un contenido claramente codificador: la Ley de 30 de diciembre de 1991, que aprobó el Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, y la Ley de 15 de julio de 1998, del Código de familia.

El Código de sucesiones recoge lo fundamental del Derecho romano y de las instituciones propias de Cataluña, adaptándolas a las nuevas situaciones. Pero lo que cabe destacar es que, como declara el Preámbulo, esta Ley contenía una normativa autónoma, completa y global del Derecho sucesorio catalán, por lo que se excluía la aplicación directa o supletoria del Código civil de Cataluña. La Ley declaraba que “sustituye todo el derecho de sucesiones hasta hoy vigente en Cataluña y lo reordena en un solo texto, evitando la dispersión legislativa”.

El segundo, el Código de familia, también es un texto completo que abarca toda la legislación de esta materia que, como dice el Preámbulo, “contiene una normativa completa y autónoma de todas las instituciones propias del derecho de familia, con la sola excepción, por las razones ya mencionadas, de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio”.

También hace una referencia a un futuro código patrimonial.

Estos precedentes condujeron de forma natural a la idea de un Código civil único de Catalunya. Con anterioridad al Código de familia, por ejemplo, en la recepción del Conseller Bassols como miembro de número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, él mismo lo avanzó en el título de su discurso de ingreso: “Tras la Codificación del Derecho civil catalán”, que promulgaba que, habiéndose aprobado el Código de sucesiones, se tenía que ir hacia un Código de familia y después hacia uno patrimonial, y culminar toda esta obra en un único Código civil catalán, del cual estos tres vendrían a ser los libros fundamentales ligados por un nuevo título preliminar.

En general, se fue formando una opinión casi unánime entre los juristas sobre la realización de un código único más o menos extenso. De ese modo, en las Jornadas de Derecho Catalán de Tossa del año 1998 también se proclamó la necesidad de un auténtico Código civil catalán, aunque solo se pensaba en un libro tercero, el de Derecho patrimonial y un título preliminar.

La puesta en marcha de este Código llegó por un doble camino: de entrada, el de la creación del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, por los Decretos 13/2000, de 10 de enero, y 190/2000, de 9 de mayo y, más tarde, por la promulgación de la primera Ley, el 16 de diciembre de 2002, que establecía la estructura sistemática del Código, que contiene dos títulos, el primero “Disposiciones preliminares” y, el

segundo “La prescripción y la caducidad”, a cuya redacción contribuyó eficazmente el Observatorio.

La importancia de esta Ley es que da por creado el Código civil de Cataluña, simplemente afirmando que “El Derecho civil de Cataluña está constituido por las disposiciones del presente Código, las demás leyes del Parlament en materia de Derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio.” (art 111.1). Sigue con el enunciado de los principios generales, entre los cuales podemos destacar el de interpretación e integración de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Casación de Cataluña y el del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no modificadas por este Código, así como su carácter de Derecho común, el de libertad civil, territorialidad, etc.

La claridad y la contundencia de dicha Ley tuvo como consecuencia una fuerte impugnación por parte del Tribunal Constitucional, que motivó a su vez que la Comisión de Juristas por la Defensa del Derecho Civil Catalán promoviera una serie de actividades que culminaron en el acto celebrado en el Colegio de Abogados el 28 de octubre de 2003.

En las “Disposiciones preliminares” ya queda claro que el Código existía desde aquel momento, aunque el resto fueran leyes dispersas sin codificar, y esto se manifiesta en el Preámbulo que “recoge y sistematiza los preceptos contenidos en el título preliminar y en las disposiciones finales segunda y cuarta de la Compilación del derecho civil de Cataluña, y los completa, por una parte, con unos principios y doctrinas que, si bien son consustanciales con el derecho civil de Cataluña, se explicitan de forma expresa por vez primera, y, por otra, con normas que, aunque de modo disperso, ya se encuentran en el ordenamiento jurídico catalán vigente.”

La claridad y la contundencia de dicha Ley tuvo como consecuencia una fuerte impugnación por parte del Tribunal Constitucional, que motivó a su vez que la Comisión de Juristas por la Defensa del Derecho Civil Catalán promoviera una serie



de actividades que culminaron en el acto celebrado en el Colegio de Abogados el 28 de octubre de 2003, donde cincuenta entidades representativas del mundo jurídico firmaron un manifiesto al que se adhirieron posteriormente más de siete mil particulares y casi seiscientos entidades. Después de esta reacción el Tribunal Constitucional levantó primero la suspensión de la Ley y luego retiró definitivamente los recursos.

El Observatorio de Derecho Privado de Cataluña fue el encargado de proponer las modificaciones de cada materia (familia, sucesiones y patrimonio) a través de sus secciones, al principio mediante normas especiales que posteriormente se refundirían y, más adelante, con la redacción definitiva de los distintos libros que constituirían la estructura del Código.

Es preciso explicar brevemente por qué se estableció un sistema de código abierto: se debió a la consideración de que el Derecho civil está sujeto a un proceso de cambio cada vez más dinámico, lo que hace que muchas leyes, a pesar de formar parte de un código, no tengan carácter permanente e inmutable. Por otra parte, el progreso social y el desarrollo científico y tecnológico obligan a que el Derecho civil dé una respuesta rápida y continuada a las nuevas necesidades de regulación. Además, y muy especialmente, las directrices legislativas emanan en muchos casos de las Directivas de la Comisión Europea, por lo que deben aplicarse sin dilaciones. Este sistema abierto permite que se puedan cambiar e integrar artículos sin alterar la numeración ni la estructura del Código. A nivel formal consiste en un sistema numérico decimal que permite identificar e individualizar con tres cifras cada libro, título y capítulo, y a continuación, separados por un guión, el número de cada artículo.

El Observatorio de Derecho Privado de Cataluña fue el encargado de proponer las modificaciones de cada materia (familia, sucesiones y patrimonio) a través de sus secciones, al principio mediante normas especiales que posteriormente se refundirían y, más adelante, con la redacción definitiva de los distintos libros que constituirían la



estructura del Código, que fueron seis: el Primero, sobre las disposiciones generales; el Segundo, sobre la persona y la familia (inicialmente solo familia); el Tercero, sobre las personas jurídicas; el Cuarto, sobre las sucesiones; el Quinto, sobre los derechos reales, y el Sexto, sobre las obligaciones y los contratos. No obstante, su aprobación no se ha producido por este orden, sino que lo primero que se aprobó fue el Derecho patrimonial, después el relativo a las personas jurídicas; a continuación, las sucesiones (que tuvo dos redacciones) y, finalmente, el todavía no terminado sobre obligaciones y contratos. Sin embargo, durante este proceso de formación, el Observatorio estuvo sujeto a un importante cambio: se convirtió en un órgano de control y consulta, y los trabajos se encargaron a comisiones especialmente nombradas que recogieron y actualizaron los trabajos anteriores.

Entrando brevemente en el estudio del contenido del Código destacan:

Del Libro primero ya hemos dicho que marca los principios de nuestro derecho, de ahí su relevancia. También porque contiene un segundo título dedicado a la prescripción y la caducidad, que establece unas normas claras sobre esta última que faltaban completamente.

El Libro segundo, relativo al Derecho de familia, ha sido el más discutido y fue objeto de una aprobación por mayoría muy ajustada, ya que el resultado fue de 69 votos a favor y 64 en contra, y el motivo es que este

Código tiene un fuerte contenido ideológico, en el que se regulan las relaciones más íntimas y aquellos derechos de la persona relacionados con sus creencias. Fue precisamente en este punto donde se generaron opiniones muy alejadas. Además, el Libro se presenta como algo nuevo, incluso en la forma, agresivo, progresista y sin entroncamiento casi con el Derecho romano, sino más bien, en cualquier caso, con los nuevos Derechos europeos, recogiendo acuerdos o convenciones internacionales; por eso en el Preámbulo se afirma que esta Ley “sustituye todo el Derecho catalán de familia y de la persona anterior y, convenientemente armonizado y ajustado a las necesidades sociales actuales, lo incorpora a lo que debe ser el texto más emblemático del Derecho civil catalán.”

Del Libro tercero, relativo a las personas jurídicas, podemos decir que es el de carácter más técnico y fue aprobado casi por unanimidad (129 votos a favor y 4 en contra). Tiene como primer objetivo refundir, sistematizar y armonizar la legislación catalana de asociaciones y fundaciones, y a la vez formular unas disposiciones generales que contienen el estatuto básico de la personalidad jurídica del Derecho catalán. Cabe destacar que su contenido se aplica directamente no solo a las asociaciones y las fundaciones sobre las que tiene competencia la Generalitat, sino también a las delegaciones de asociaciones y de fundaciones que, con arreglo a la legislación estatal, tienen la consideración de

extranjeras y ejercen mayoritariamente sus actividades en Cataluña y, subsidiariamente, a las demás personas jurídicas privadas que no ha incorporado el Código (cooperativas, mutualidades de previsión social y cajas de ahorro).

Destaca también el reconocimiento del principio de autonomía organizativa reduciendo al mínimo estrictamente necesario el Derecho imperativo, así como el claro reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones y las fundaciones.

El Libro cuarto, relativo a las sucesiones, tuvo dos redacciones y también se aprobó por unanimidad. Es el que recoge con más fuerza los preceptos del Derecho romano y las instituciones clásicas del Derecho propio, fundamentalmente agrícolas. Podemos afirmar que mantiene en esencia los principios catalanes del Derecho sucesorio, como la necesidad de heredero y la universalidad de dicho título, a la vez que acepta los principios sociales más modernos de la igualdad de todos los hijos, de sexos, de las uniones estables de pareja y la admisión de las uniones del mismo sexo. También podríamos decir que pasa del *pairalisme* a la empresa, y va hacia a la libertad y la seguridad de tráfico; por ejemplo, reduce la duración de los fideicomisos y debilita los efectos de la legítima con disposiciones sobre su admisión y renuncia. También es importante la modificación de la institución contractual de heredero, por la introducción de los pactos sucesorios que tienen más alcance y de los que forman parte los heredamientos. Cabe destacar que estos pactos (salvo los heredamientos) no tienen ya causa matrimonial, sino solo sucesoria e incluso contractual; por eso se dice que “dos o más personas pueden convenir la sucesión por causa de muerte de cualquiera de ellas, mediante la institución de uno o más herederos y la realización de atribuciones a título particular” (art.431.1).

El Libro quinto, relativo a los derechos reales, también fue aprobado por unanimidad y contiene, como señala el Preámbulo, una regulación nueva, propia de Cataluña, de instituciones fundamentales en el Derecho de cosas, como son la posesión, la propiedad y las situaciones de comunidad, especialmente la llamada propiedad

horizontal, e introduce la regulación de los derechos de vuelo y de hipoteca. Su regulación mantiene actualizadas instituciones tradicionales del Derecho catalán, algunas de ascendencia romana, como el usufructo o las servidumbres, y otras de origen medieval, como son los derechos de censo o la medianería, pero hace hincapié en los aspectos más innovadores, como son la regulación del hecho posesorio y de sus consecuencias jurídicas y una regulación de los límites y limitaciones de la propiedad conforme a la cultura jurídica actual. Quisiera hacer hincapié en la amplia regulación que se efectúa de las situaciones de comunidad que incluye la propiedad horizontal, que considera instrumento fundamental para el acceso a la vivienda. Igualmente, es importante la regulación de la comunidad especial por turnos.

El Libro sexto, que ha sido el último que se ha aprobado, promulgado por Ley, de 15 de febrero de 2017, tiene como particularidad que no regula toda la materia, sino que, como dice el Preámbulo, su objeto es “establecer la estructura del Libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, aprobar la regulación de los contratos de compraventa, de permuta y de mandato, modificar e incorporar los contratos regulados por leyes especiales y sustituir la Compilación del Derecho civil de Cataluña”. Sigue destacando que, en principio, había que formular una estructura sistemática que permitiera hacer incorporaciones futuras aprovechando el carácter de código abierto. Así, se estructura inicialmente el Libro en tres títulos: el relativo a las disposiciones generales, que quedan pendientes de regulación; el título segundo, relativo a los tipos contractuales, del que aprueba unas secciones, y el título tercero, relativo a las fuentes no contractuales de las obligaciones, de las que no dice nada. A pesar de esta limitación de contenido, fue impugnado por el Tribunal Constitucional en el Recurso número 2557/17, de 14 de junio, lo que supuso su suspensión automática. Con todo, esta ha sido levantada por el Auto de 3 de octubre de 2017, por lo que la Ley está plenamente en vigor desde el 1 de enero de 2018.

En cuanto a su contenido, destaca principalmente la regulación del contrato de

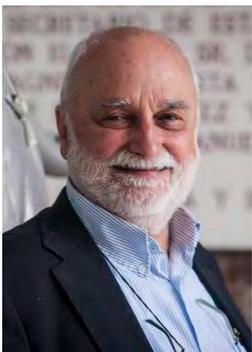
compraventa, ya que se refiere a las ventas tanto de bienes muebles como inmuebles, incluyendo, por tanto, los contratos de compraventa civil, mercantil y de consumidores. Manifiesta que la compraventa que propone este Libro tiene muy en cuenta el proceso de construcción del Derecho privado europeo de contratos, a la vez que incorpora las normas y Directivas comunitarias sobre el Derecho de los consumidores. Debe subrayarse que se aparta de la doctrina romana y del Código civil en lo relativo a la evicción y saneamiento por vicios ocultos, pero las obligaciones del vendedor incluyen la transmisión del dominio y la de garantizar que el bien sea conforme al contrato, es decir, que reúna las condiciones previstas en este y sean adecuadas a su uso y destino. Otro de los aspectos destacables es la regulación del contrato de cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura y sus garantías. También es novedad la regulación del mandato, que debe ser siempre representativo y que el Libro regula con mucho detalle.

Como conclusión podemos afirmar que la Constitución ha propiciado un notable desarrollo del Derecho civil catalán, a pesar de la redacción no demasiado acertada del artículo 149.8. No obstante, no podemos olvidar el talante conciliador que regía la redacción de la Constitución y que, muchas veces, no permitía disposiciones muy claras. Considero que no puede hacerse ningún reproche a los *padres constitucionales* por la redacción de este artículo, ya que, a pesar de las interpretaciones restrictivas del Tribunal Constitucional, gracias al esfuerzo del Parlament y con la ayuda de la opinión jurídica catalana, se han conseguido unos resultados muy aceptables.

En cuanto al propio Código civil de Cataluña debemos señalar que es un texto respetuoso con nuestro Derecho histórico y, a la vez, nuevo y vinculado a los aspectos sociales actuales, inspirado en nuestras fuentes y, a la vez, en los Derechos más modernos y la legislación comunitaria. Podemos afirmar que se trata de un buen texto que, a pesar de alguna carencia, se puede considerar casi modélico o, al menos, un texto muy presentable.

La coexistencia de los Derechos civiles españoles en cuarenta años de Constitución. Trayectorias y perspectivas

Garantía constitucional de la pluralidad de Derechos civiles



Jesús Delgado Echevarría
*Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.
Presidente de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*

La Constitución de 1978 rompe con el que fue objetivo principal de la codificación civil española, al no establecer como meta el Código civil único para toda España. Aparente novedad. Lo cierto es que la Constitución de 1978 continúa por el camino que la codificación civil y la cuestión foral habían tomado realmente, desde el mismo año 1888, al reconocer la pluralidad de Derechos civiles españoles; como había proclamado ya la entonces reciente reforma del Título preliminar del Cc. en 1974. La novedad real y decisiva es que ahora la Constitución garantiza la persistencia de los Derechos forales o especiales a través de la atribución de la competencia legislativa sobre cada uno de ellos, «allí donde existan», a la Comunidad au-

tónoma correspondiente. Aclararlo así, en términos de «garantía de la foralidad», es la gran contribución del Tribunal Constitucional (en su fundamental STC 88/1993, de 12 de marzo, que sienta doctrina reiterada luego en pronunciamientos posteriores, señaladamente en la STC 31/2010, de 28 de junio, al enjuiciar el Estatuto de Cataluña).

El art. 149.1.8ª CE resulta ser entonces un paso adelante sin salirse de la senda recorrida por el ordenamiento español del siglo XX, que tuvo un gran impulso desde el Congreso Nacional de Derecho civil de 1946, en que el horizonte de la unificación se hace cada vez más lejano y la pluralidad más visible y deseada. Un

paso adelante en la misma dirección, por eso la Constitución pondrá el énfasis en la foralidad (civil) y no en la autonomía (política).

Pero en 1978 seguía presente y quizás dominante entre los juristas españoles un relato distinto de la codificación civil, procedente de la Restauración y cristalizado en la posguerra en algunos textos prestigiosos muy influyentes (pienso en particular en Federico de Castro y sus discípulos), que valoraba los Derechos civiles forales como anomalías históricas, concesiones excepcionales que, en determinados momentos, había tenido que hacer la nación española a fuerzas disgregadoras, cuyo destino deseable



era su desaparición. La codificación española había fracasado, en el siglo XIX, en su intento unificador, pero era cuestión de tiempo y constancia su triunfo final.

Es difícil entender que juristas que aceptaban la Constitución como norma jurídica, superior a las demás del ordenamiento, con fuerza de ley inmediatamente aplicable y capacidad para derogar todas las anteriores contrarias, siguieran en los años ochenta y posteriores haciendo valer de ley de bases de 1888 (interpretada, por lo demás, sesgadamente) como criterio con el que medir y reducir el alcance de la Constitución, alegando incluso que tal ley de bases tenía «valor supralegal» o «materialmente constitucional». No eran pocos los juristas que, en los años ochenta, seguían manteniendo en activo su ideal unificador (lo que en sí no es reprochable individualmente, aunque muy inquietante como actitud académica extendida) y se negaban a aceptar que tal unificación había dejado de ser un objetivo, una directriz, en el ordenamiento constitucional; que, técnicamente, la hipotética tarea unificadora no es posible sin cambiar la Constitución, pues esta se constituye, precisamente, en garante (de la conservación) de la foralidad civil.

No puede ocultarse que entre los civilistas españoles de finales del siglo pasado y lo que llevamos del presente hay dos discursos enfrentados sobre la codificación civil y la cuestión foral. La Constitución no ha puesto fin a este enfrentamiento (desgraciadamente, apenas hay debate, que

sería bienvenido), a esta presencia de dos relatos con discursos incompatibles que, en el fondo, responden a dos concepciones de España, de su historia y de su futuro. La emergencia acuciante de la «cuestión catalana» no ayuda a una reflexión sosegada.

La Constitución no ha puesto fin a la cuestión foral, pero sin duda ha abierto las puertas a un desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales que ha podido sorprender a algunos y, a algunos, ha decepcionado en sus expectativas de un futuro con unidad de códigos, porque hace irreversible la pluralidad de los derechos civiles españoles.

La Constitución es garante de la foralidad, de la perduración de la pluralidad de los Derechos civiles españoles. Como he dicho, esta es la declaración más importante que ha hecho el TC. La segunda en importancia, que todos los Derechos civiles, tanto los autonómicos como el estatal, están sujetos a sus normas, a sus principios y a sus declaraciones de derechos. Obvio, nada polémico, pero fundamental: desde la Constitución, que informa por igual códigos y compilaciones, estatales o autonómicos, nadie puede pretender para el Código civil estatal la centralidad y guía de la moral social «a la altura de los tiempos», frente a unos Derechos forales que serían residuos del pasado, desviaciones de lo razonable provisionalmente toleradas, en definitiva, menos valiosos, premodernos, medievales, que aún no habrían accedido a la modernidad decimonónica. Los re-

proches ya eran injustos en el siglo XIX, fruto de la convicción de la superioridad moral de las «leyes de Castilla, tan laudables y plausibles en todo el Universo» (como dice el Decreto de abolición de los fueros de Aragón y Valencia en 1707, al tiempo que proclama la voluntad del monarca de «reducir todos los reinos de España a la uniformidad de unas mismas leyes»).

Los principios y valores constitucionales permean hoy lo mismo las leyes civiles estatales que las autonómicas y todas ellas deben interpretarse y valorarse con los mismos criterios de moral social. Todas ellas están en pie de igualdad.

Las Compilaciones vigentes en 1978 debieron adaptarse a la Constitución, ciertamente, pues algunos de sus preceptos colisionaban con aquella. Lo mismo que el Código civil, aquejado de los mismos defectos, como muestran sus reformas de 1981 y 1990, en atención a la igualdad de los cónyuges y de los hijos cualquiera que sea su filiación.

Las Compilaciones vigentes en 1978 debieron adaptarse a la Constitución, ciertamente, pues algunos de sus preceptos colisionaban con aquella. Lo mismo que el Código civil, aquejado de los mismos defectos, como muestran sus reformas de 1981 y 1990, en atención a la igualdad de los cónyuges y de los hijos cualquiera que sea su filiación. El Código civil dejó definitivamente de ser el portador de la «constitución civil» (del modelo de familia, de propiedad, de herencia, de contratos) para sujetarse, lo mismo que los demás Derechos civiles españoles, a la Constitución política. La «constitucionalización del Derecho civil» despoja al Código civil estatal de toda pretensión de centralidad o superioridad «constitucional».

Trayectorias y perspectivas

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) ha querido celebrar los cuarenta años de Constitución con una gran obra colectiva, cinco volúmenes, cinco mil páginas, unos diez quilos de peso incluido



el recio cajón de cartón que los cobija. Entre sus trescientas contribuciones (escritas las más por catedráticos de constitucional, de administrativo y de ciencia política) no hay ninguna dedicada a la codificación civil, al artículo 149-1.8ª CE, a la pluralidad de Derechos civiles en España. El título de la magna obra es *España constitucional (1978-2018)*. Hay en ella, además de un volumen entero dedicado a la Constitución, apartados sobre derechos y libertades, igualdad, poder judicial, organización territorial y sociedad civil y constitución económica. Se habla hasta de literatura, lo que está muy bien (y muy bien escrito por José-Carlos Mainer, con el título «¿Entre el desencanto y la normalidad?», que acaso podría servir también para estas páginas). La ausencia, en este contexto, de una referencia específica a la codificación civil y la pluralidad de Derechos civiles (a la «conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales», si se prefiere la literalidad del texto constitucional) parece más bien fruto de la ignorancia, del desconocimiento; pero también del desconcierto que el tema produce en la cabeza de los intelectuales estudiosos de la vida jurídico-política de España, quizás porque el tema no ha sido visto por los gobiernos en estos cuarenta años como cuestión de Estado y no ha tenido presencia tampoco en los programas o declaraciones de los grandes partidos españoles. En el mejor de los casos, se ha visto como si fuera una simple incidencia o consecuencia de la organización territorial.

El libro del CEPC a que me refiero tiene un sugestivo subtítulo, «Trayectorias y perspectivas», del que me apropio en este apartado porque podría haber sido escogido con acierto para atender precisamente a la trayectoria del «problema foral» a través de la Constitución y su futuro no determinado. Paso a través de la Constitución de un fenómeno que nació mucho antes que ella, que lo recoge y encauza, pero tampoco fija definitivamente su destino. El Derecho civil español plural será el que se vaya haciendo mediante las leyes emanadas de los órganos constitucionalmente previstos, interpretadas por los tribunales predisuestos para ello; el que los particulares vayan haciendo en la práctica judicial y extrajudicial en el marco de las normas vigentes.

El trayecto empieza mucho antes de la Constitución de 1978, antes también de 1888, en que la codificación tiene uno de sus hitos más importantes con la publi-

cación del Código civil. Pero el Código no cerró el proceso codificador, la tarea quedó abierta y pendientes los trabajos, que la ley de bases de aquel año encauzó con la previsión de realizar unos apéndices. Solo uno se aprobó, el aragonés de 1925. En 1946, como consecuencia de un gran Congreso Nacional de Derecho civil que fue convocado por los juristas aragoneses y celebrado en Zaragoza, el futuro se llamaba «compilación». Compilaciones se hicieron y se aprobaron y recién promulgada la última, la navarra, el Código civil, cerca ya de los noventa años de su vigencia, cambió su título preliminar (1974), no ya para decir que los Derechos forales se conservarán «por ahora», sino para proclamar «el pleno respeto a los derechos especiales o forales», considerados, junto con el propio Código «régimenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional».

Aún no habían tenido tiempo algunos juristas españoles para asumir el gran cambio que respecto de la convivencia de los Derechos civiles españoles constataba el título preliminar –escribí en 1979– cuando la Constitución produjo otra vuelta de tuerca que cerraba toda posibilidad al discurso de la unificación del Derecho civil, del Derecho civil único. «Allí donde existan» Derechos civiles forales habrá, según la Constitución, Comunidades autónomas competentes para su conservación y desarrollo. Su competencia exclusiva al respecto proporciona la garantía constitucional de la foralidad civil.

La trayectoria, en el tiempo largo, va de la pluralidad a la pluralidad. De la pluralidad de Derechos civiles recibidos del antiguo régimen a la pluralidad garantizada por la Constitución; pasando por el designio unificador («unos mismos códigos regirán en toda la monarquía»), su frustración en 1888, la incertidumbre del «por ahora», el camino ascendente de las compilaciones, la constatación de una etapa consolidada de pluralismo en 1974.

En 1946, al menos en la intención de los convocantes aragoneses del Congreso, el horizonte del Código civil único (el «Código civil de las Españas») no se abolía, aunque el final del proceso unificador nadie contaba con llegar a verlo. Tras cuarenta años de Constitución, lo más razonable es dar por supuesto que la pluralidad continuará por mucho tiempo, y pensar en medidas para gestionarla con normalidad y para la nor-



malidad. Yo creo que esta pluralidad no es un mal, un problema incómodo, producto o causa de una frustración colectiva. Creo, con las conclusiones de un Congreso que, también en Zaragoza, tuvimos en 1981, que la coexistencia de los Derechos civiles españoles es un bien enriquecedor. En cualquier caso, también quienes lo vean de otra manera deben contar con que es una realidad legítima que no va a desaparecer, al menos en mucho tiempo, por lo que conviene al interés de todos los españoles, cualquiera que sea el Derecho civil por el que rijan sus actos, que los juristas aborden los posibles desajustes con ánimo de solucionar problemas, y de tender puentes donde pueda haber fisuras.

No es previsible un futuro político en España sin Comunidades autónomas con Derecho civil propio sobre el que legislar. Resulta muy difícil imaginar la supresión de las Comunidades autónomas y la vuelta a un Estado unitario, más probable la configuración de un Estado federal. Pero aun en el improbable caso en que se volviera a un Estado unitario, el conocimiento de la historia nos llevaría a prever que los Derechos forales se conservarían y evolucionarían también en un país rígidamente centralista: como ocurrió durante la mayor parte de los siglos XIX y XX.

De la adaptación constitucional a la modernización de los Derechos civiles autonómicos

La Constitución española, al tiempo que garantizaba la persistencia de la pluralidad



de Derechos civiles españoles, exigía reformas en ellos (lo mismo que en el Código estatal y por las mismas razones). Exigía reformas y establecía también los cauces para su realización. Las Cortes Generales modificarían el Código civil, los Parlamentos autonómicos los Derechos civiles forales o especiales «allí donde existan». La constitución de estos Parlamentos habría de esperar hasta la aprobación de los Estatutos de Autonomía y su puesta en marcha. Ya nos hemos olvidado de que estas previsiones constitucionales planteaban, de momento, algunas dificultades: primero, durante el lapso de tiempo entre la Constitución y los Estatutos, ¿algún legislador podía modificar las Compilaciones?; luego, para las autonomías como la aragonesa y la balear, nacidas por la vía lenta, con competencias legislativas limitadas y discutidas, quizás había que esperar cinco años para poder incluir en una reforma del primer estatuto la competencia legislativa sobre Derecho civil: García de Enterría acertó a dar con una interpretación del art. 148 que nos sacaba del apuro. Podemos olvidarlo. Pero no olvidemos el otro aspecto, la decidida voluntad en las Comunidades autónomas con Derecho civil propio de adaptar su Derecho civil «al sentir de los tiempos actuales y a la Constitución». La inadecuación constitucional, que se daba igualmente en el Código civil, «es tanto menos sorprendente en un ordenamiento que ha permanecido congelado desde hace más de doscientos cincuenta años. El Parlamento de Cataluña, con las facultades que le concede el art. 9.2 del Estatuto de Autonomía, tiene el propósito de elaborar los textos legales necesarios para

una adecuación urgente a la realidad de nuestro tiempo, reflejada en los preceptos constitucionales». Así dice el Parlamento de Cataluña en los primeros meses de su existencia, al presentar alegaciones a la cuestión de inconstitucionalidad que acabó por sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1981. Lo más notable es que el Tribunal, que no se pronunció acerca de la constitucionalidad de la norma cuestionada, por entender que no era aplicable al caso (una sucesión abierta en 1975), quiso mostrar su respeto por el legislador autonómico: «El hecho de que, como en el presente caso sucede, se trate de una norma cuya acomodación al espíritu de los tiempos se ha visto dificultada por circunstancias históricas que no son imputables al legislador hoy competente, el cual por lo demás ha dado muestras de una plausible diligencia para acometer esa tarea actualizadora, no es, sin duda, determinante, pero refuerza aún más, si ello es posible, la necesidad de dar toda su trascendencia a las exigencias procesales en el ámbito de los procesos de inconstitucionalidad.» (Ponente: Francisco Rubio Llorente). Esta declaración del Tribunal que, como se reconoce, no era necesaria para el fallo, caracteriza en pocas palabras una realidad histórica y el gran cambio que la Constitución ha introducido. Los Derechos forales habían visto dificultada su adecuación al espíritu de los tiempos por circunstancias históricas que, con la Constitución, han cambiado. Doscientos cincuenta años de congelación, recuerda el Parlamento catalán, evocando el Decreto de Nueva Planta. Porque en toda la etapa de la codificación liberal lo único que se había previsto

era su abrogación, con la concesión a regañadientes y en el último momento de una conservación «por ahora» de un cúmulo mínimo de normas que los poderes públicos no se veían en condiciones de expulsar del ordenamiento, como anomalías toleradas, contrarias el espíritu de los tiempos. Incluso después del Congreso de 1946, en la elaboración de las compilaciones la Comisión de Codificación imponía que las normas propuestas para ellas reprodujeran normas antiguas de los respectivos derechos y que estuvieran vigentes, con lo que forzaba a ejercicios de historicismo por parte de los foralistas, que luego les eran reprochados por los mismos que se los imponían. Además, con aún menor soporte legal, se exigía que las normas de las Compilaciones no se parecieran demasiado a las del Código, con cuyo pretexto se suprimieron muchos artículos de los proyectos, proporcionando más argumentos a los que tildaban a los Derechos forales de rarezas faltas de coherencia y de sistema. El mantenimiento de unos Derechos fragmentarios, arcaicos, inadaptados a la realidad presente, parece ser el ideal del «foralismo centralista», como mal menor ante la imposibilidad de suprimir los Derechos forales, y que se expresa en tanto recursos de inconstitucionalidad redactados por la abogacía del Estado por cuenta del Gobierno, por ejemplo cuando reprochan, sin ningún fundamento constitucional ni otro aparente que sus propios prejuicios, que tal o cual precepto civil autonómico no se modifica «a costa del propio Derecho foral» o que reproduce textos del Código civil estatal.

La gran enseñanza de la realidad en los primeros años de la Constitución es que los Derechos forales, los ciudadanos que gozan de ellos y sus representantes políticos, emprendieron de inmediato y con todo entusiasmo la tarea de ponerlos al día y de adaptarlos a los preceptos y principios constitucionales.

La gran enseñanza de la realidad en los primeros años de la Constitución es que los Derechos forales, los ciudadanos que gozan de ellos y sus representantes políticos, emprendieron de inmediato y con todo entusiasmo la tarea de ponerlos al día



y de adaptarlos a los preceptos y principios constitucionales. Con la misma diligencia se pusieron también a modificarlos de acuerdo con el espíritu de los tiempos, más allá de exigencias constitucionales. Ahora tenían los instrumentos para la tarea aplazada o estorbada. Lo hicieron con la misma libertad –fundada en la Constitución– con que el legislador competente modificaba el Código civil o aprobaba otras leyes civiles. Poco a poco, mediante leyes que en cada Comunidad con Derecho civil propio tenían rasgos y ritmos distintos, los Derechos civiles autonómicos han modernizado el Derecho civil, muy señaladamente en las materias de Derecho de familia y de sucesiones, con notables aciertos que resultan aún mayores por comparación con el Código, que es hoy el que en estas materias resulta ser más viejo y necesitado de puesta al día para adaptarse al «espíritu de los tiempos».

Con algunos errores y excesos. Luego diremos algo de los excesos, en particular por extralimitación de la competencia autonómica. Pero antes, todavía, observemos otra gran lección de la realidad.

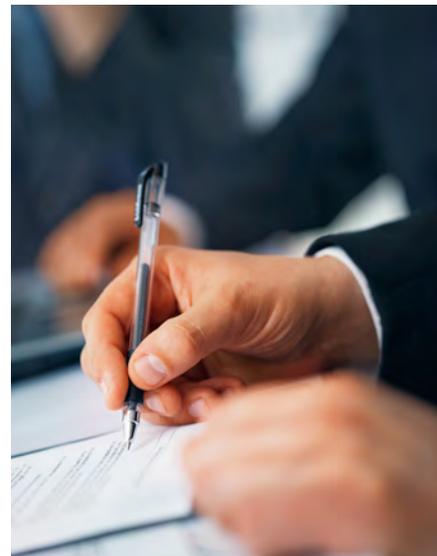
La eficacia social de los Derechos civiles autonómicos

Los Derechos civiles forales o especiales tienen hoy una eficacia social muy superior a la que habían mantenido desde el siglo XIX. Podríamos decir que se ha normalizado lo que antes aparecía como algo excepcional, raro y poco o mal conocido en la experiencia y la práctica de jueces y abogados. No es solo que ahora lo aprecien como algo valioso, sino que forma parte del tejido ordinario de su quehacer profesional. En su aprecio por los ciudadanos y por los profesionales de la correspondiente Comunidad autónoma ha influido, sin duda, que ahora ese Derecho es el que ellos hacen como cosa propia, no el impuesto desde instancias más lejanas sin tener en cuenta sus preferencias. El éxito de los Derechos civiles forales o especiales debe mucho, por tanto, a la distribución de competencias legislativas que hace la Constitución. Importa quién legisla, y que este sea un legislador cercano contribuye sin duda a la legitimación y eficacia sociales del Derecho. Pero para esta eficacia social importa también, y a la larga creo que más, la aplicación del Derecho; en primer lugar, la aplicación judicial del Derecho.

Residenciar la casación foral en los tribunales superiores de justicia con sede en

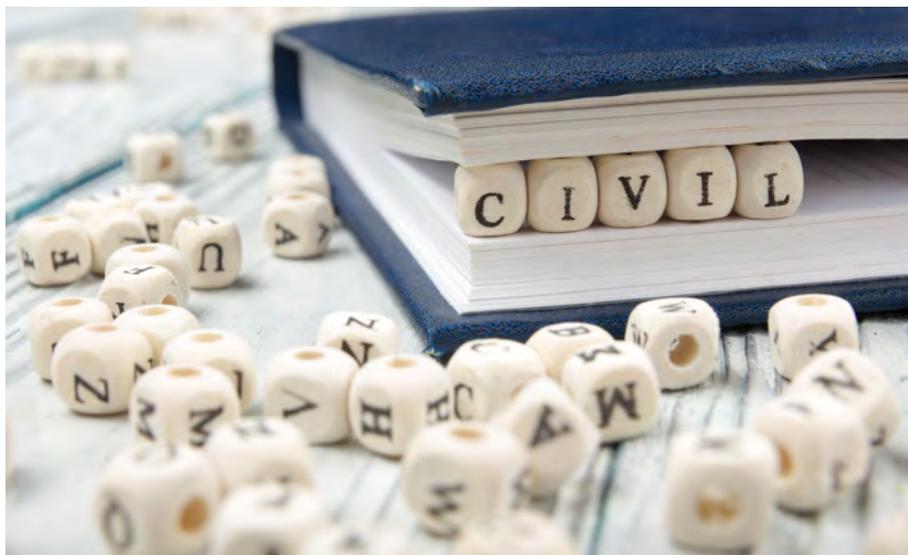
las Comunidades autónomas con Derecho civil propio era la decisión coherente con la «garantía de la foralidad» que la Constitución estableció. La experiencia catalana del Tribunal de casación durante la segunda república fue decisiva: pienso que entre quienes redactaron materialmente la Constitución solo los políticos y juristas catalanes tenían claras las ideas al respecto. No es simple casualidad que la entonces joven profesora de la cátedra «Durán y Bas» que estudió, con un pequeño grupo de civilistas, la jurisprudencia civil de aquel Tribunal de la República sea hoy magistrada del Tribunal Constitucional. Pero no era, esta de la casación descentralizada y especializada, una reivindicación puramente catalana, como testimonia una iniciativa de juristas de varios territorios de fuera en 1908, con ocasión de la Exposición Hispano-Francesa celebrada en Zaragoza, expresada en un manifiesto colectivo que pedía un Tribunal de Casación foral (para los derechos aragoneses, catalán, navarro y balear) con sede en Zaragoza.

Para un observador externo, que ignora las posibles tensiones o conflictos institucionales o personales que acaso se produjeron, resulta ejemplar la trayectoria del poder judicial en esta difícil acomodación a la estructura territorial del Estado y la pluralidad legislativa, no solo civil. Tiene valor algo más que simbólico que la Escuela Judicial esté situada en Barcelona, el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) en San Sebastián y la Escuela de Verano del Poder Judicial en A Coruña; especialmente si se recuerda que el poder ejecutivo no ha querido trasladar la sede de ninguna institución relevante fuera de Madrid (y cuando ha querido, como ocurrió con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, no pudo). No creo que, en el año 1978, los jueces españoles tuvieran mayor conocimiento o afecto por los Derechos civiles forales que el conjunto de los juristas españoles. Sin duda se produjeron resistencias internas, frustraciones de expectativas y enfados personales, pero el hecho es que en todos los juzgados y tribunales de España se aplicaron las nuevas leyes civiles autonómicas –y también las Compilaciones anteriores– con absoluta normalidad. Conducta obligada, obviamente, los jueces están sujetos a la ley. Pero no era esta la experiencia de los cien años anteriores, en que los jueces, alentados desde el Tribunal Supremo, evitaban aplicar Derechos que, mayoritariamente, desconocían y procuraban eludir.



El desconocimiento, claro, persistía: ¿habrá que recordar que en ninguna Facultad de Derecho de España, tampoco en aquellas situadas en territorios forales, se incluían estos Derechos en los planes de estudios? El Poder Judicial estableció, en principio de acuerdo con las Universidades, cursos de formación específicos cuya superación proporcionaba unos puntos muy buscados para los traslados y ascensos en la carrera. Hubo resistencias, como testimonian algunos recursos contra el reglamento que los regulaba. Pero, en términos generales, la estrategia de formación y promoción ha sido un éxito y hoy los jueces que sirven destinos en Comunidades con Derecho civil propio lo conocen bien, lo aplican con normalidad e incluso, algunos, con expertos de renombre.

Por supuesto, todas las profesiones jurídicas se han puesto al día. Los abogados, los notarios, los registradores que prestan sus servicios en territorios con Derecho civil propio lo han estudiado, lo conocen y lo usan como cosa ordinaria en el ejercicio de sus profesiones. Ha habido y sigue habiendo Congresos, Jornadas, cursos, cursillos, seminarios, muy superiores en importancia y frecuencia a cuanto se conocía antes de 1978. Las instituciones autonómicas los propician y a veces financian, lo mismo que mantienen publicaciones especializadas. Puede incluso haber autoridades encargadas estatutariamente de velar por la defensa, estudio y difusión de estos ordenamientos civiles, como es el caso señalado del Justicia de Aragón, o comisiones más o menos permanentes que preparan la legislación y se ocupan de comprobar y facilitar



su observancia. Hay diferencias de orientación y de grado en esas actividades de reflexión y estudio, como las ha habido históricamente –por ejemplo, solo en Aragón y Cataluña hubo Universidades en el antiguo régimen–, pero no se corresponden exactamente con las tendencias históricas: en el País Vasco el estudio del nuevo Derecho civil vasco recibe una atención muy superior a la que pudo tener durante siglos en un territorio que carecía de universidad, de audiencia y de obispado.

Jornadas, Congresos, becas, premios, muestran una pujanza de los Derechos civiles forales o especiales desconocida antes de 1978. Es una buena noticia. Ahora bien, estos apoyos especiales de los poderes públicos a su estudio y aplicación, ¿son solo temporales y transitorios? ¿Hasta el momento de su total normalización? Podemos pensar que, aun a diferentes ritmos, los Derechos civiles autonómicos llegarán a ser vividos, estudiados y aplicados como cualquier otro sistema normativo vigente o aplicable. Con normalidad.

Especial fragilidad de los Derechos civiles autonómicos

Sin embargo, hay al menos dos datos que inclinan a pensar que alguna actividad especial de promoción y apoyo por parte de las autoridades públicas será necesaria o muy conveniente por tiempo indefinido. Estos Derechos son seguidos y aplicados en comunidades humanas relativamente pequeñas –de algo más de siete millones de personas a algo más de seiscientos mil en el

otro extremo–, que son las únicas realmente interesadas en su estudio y aplicación. Son pocas personas, pocos juristas, pocos expertos. Dicho con un ejemplo, un navarro, para su Derecho civil foral, cuenta con las enseñanzas y la experiencia de otros navarros; mientras que para la aplicación del Derecho de seguros o de hipotecas tiene las de todos los juristas españoles. Para hacer más denso el conocimiento del Derecho navarro conviene a los navarros que sus instituciones lo patrocinen.

Hay una sensación bastante extendida de que los legisladores autonómicos han incurrido en algunos excesos, que han sobrepasado el límite de sus competencias constitucionales.

El otro dato está relacionado con el anterior. Los civilistas españoles conocen más y mejor los Derechos forales o especiales, pero asimétricamente. En realidad, los conocen solo algunos civilistas, una minoría (muy numerosa), los formados en las universidades de las Comunidades autónomas con Derecho civil propio que trabajan en ella. Cada uno el suyo. Pero la mayoría, formados en las universidades del resto de España, que son las más, los ignoran.

Hay cierto peligro de fragmentación. Antes de 1978 los licenciados en Derecho en España sabían muy poco de los Derechos forales, pero casi por igual todos ellos. Los

planes de estudios eran los mismos en todas las Universidades. Los catedráticos de cualquiera de ellas procedían de todos los lugares de España y se trasladaban de una a otra sin que sus enseñanzas cambiaran sustancialmente. Los que alcanzaron el doctorado antes de 1953 lo habían cursado en la Central, que entonces lo era realmente, donde leyeron su tesis, y todos habían ganado su oposición en unos ejercicios celebrados en Madrid. Los cambios posteriores en la carrera universitaria y en los planes de estudios han contribuido decisivamente al mejor conocimiento de los Derechos civiles forales, pero también han hecho más difícil el debate interno sobre esta cuestión en el conjunto de los civilistas españoles. Me parece evidente que los civilistas españoles –más estrictamente, los profesores de Derecho civil de España– formamos parte de una misma comunidad científica, pero en ella el estudio e investigación de los Derechos distintos al del Código civil se ve en demasiadas ocasiones, más que como una legítima especialización voluntaria del investigador, como una opción anómala, acaso una infracción de los tabúes de la tribu. Uno puede especializarse en protección de la infancia, o en seguros, o en responsabilidad civil, y lo que publique será evaluado de acuerdo con su calidad. No ocurre lo mismo si se investiga sobre instituciones de los Derechos forales o especiales.

Las críticas a los excesos. La crítica política

Hay una sensación bastante extendida de que los legisladores autonómicos han incurrido en algunos excesos, que han sobrepasado el límite de sus competencias constitucionales. Para algunos juristas, los Derechos civiles autonómicos han crecido mucho más allá de sus expectativas. Las expectativas de estos juristas sobre la contención de estos Derechos civiles se vieron defraudadas también por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (la «conexión suficiente» puede llevar a cualquier sitio) y, quizás aún más, por la forma en que los sucesivos gobiernos han gestionado los recursos de inconstitucionalidad y sus no infrecuentes retiradas como contrapartida por la votación de determinadas leyes en el Congreso, en especial las de presupuestos. El rostro político de la cuestión, hoy más conflictiva que hace veinte años, es insoslayable.

La crítica política a la situación actual es legítima, pero creo que los juristas, en



cuanto tales, debemos partir del reconocimiento y aceptación de la adecuación constitucional de todas las leyes emanadas de los parlamentos autonómicos y publicadas como tales en los correspondientes boletines oficiales, tanto si nos gustan como si no. Lo mismo que respecto de las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y por las mismas razones. En ambos casos, salvo que, eventualmente, el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos.

Podemos pensar que la Constitución no lo hizo bien, que debió haber delimitado mejor las competencias autonómicas y las estatales (...), pero nos está vedado, como juristas (...) tratar leyes emanadas de los legisladores autonómicos a través de los procedimientos adecuados como anomalías, estridencias o, mucho menos, ilegalidades.

Podemos pensar que la Constitución no lo hizo bien, que debió haber delimitado mejor las competencias autonómicas y las estatales –por ejemplo, yo creo que mejor que el criterio de la «conservación, modificación y desarrollo» de unos Derechos preexistentes hubiera sido el de enumeración circunstanciada de materias, y es el que propongo para una eventual modificación de la Constitución, si modificación ha de haber–, pero nos está vedado, como juristas (juristas españoles, al servicio de todos los españoles) tratar leyes emanadas de los legisladores autonómicos a través de los procedimientos adecuados como anomalías, estridencias o, mucho menos, ilegalidades. Por la misma razón por la que rechazamos que algunos juristas (o algunos jueces, o algunos obispos) tilden de inconstitucionales, nulas o inexistentes, leyes que, por ejemplo, admitan el matrimonio entre personas del mismo sexo o la interrupción del embarazo de forma tal que resulte contraria a sus convicciones religiosas. Con la diferencia de que, en estos últimos casos, el rechazo a las leyes estaría fundado en razones sustantivas, en valores y principios morales que, para ellos, tienen un lugar preeminente desde el que juzgar las leyes humanas. Nunca podríamos decir lo mismo de un pretendido principio, o valor, de la unidad del Derecho civil.

El diseño constitucional es imperfecto y supone, para el buen funcionamiento del sistema –también si el diseño fuera mejor– una actitud de lealtad y confianza por todas las partes. Posiblemente esta actitud se ha roto más de una vez. También por parte del Estado.

Los recursos de inconstitucionalidad

No cabe esperar que el Tribunal Constitucional ponga remedio de manera satisfactoria a los posibles excesos en el ejercicio de la competencia autonómica. No porque el TC no lo esté haciendo bien, en mi opinión, sino por la deficiente concepción del art. 149-1.8ª CE y por el propio diseño constitucional de los recursos que resuelve el mismo, y que difícilmente podría mejorarse. Por supuesto, el TC seguirá respondiendo en sus sentencias a eventuales recursos, en las que, previsiblemente, no se apartará de los criterios asentados en 1993 y 2010.

Pero, sobre todo, los recursos, si los hay, no pueden alcanzar sino a algunos casos muy delimitados. Los recursos de inconstitucionalidad son, evidentemente, de ejercicio político. No por degeneración o corruptela, sino porque así están, para bien, previstos en la Constitución. Son recursos interpuestos por actores políticos (el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas), que no tienen en ningún caso el deber de recurrir. No hay algo así como una fiscalía o un vigilante de la Constitución que actúe de oficio en defensa de esta. No lo hay, y sería un desastre que hubiera algo parecido, como advirtió en su momento Rubio Llorente. El ejemplo que él ponía es muy expresivo: como todo el mundo debería recordar, la autonomía andaluza no se estableció por los cauces constitucionales. El referéndum no se ganó en todas las provincias. Deberían recordarlo todos los juristas, no, evidentemente, para denostar la existencia de la Comunidad autónoma de Andalucía, mucho menos para tener por nulas, inexistentes o en el limbo todas las leyes andaluzas, sino para no dejar de tener presente que la Constitución no impide y acaba amparando decisiones políticas que, en su momento, son consideradas por todos los actores políticos como necesarias o ineludibles. Lo que ocurrió fue que, ante el hecho de que en Almería no se había alcanzado la mayoría de votos requerida, se mo-



dificó el art. 8º de la Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, de acuerdo con la cual se había convocado el andaluz, por la Ley orgánica 12/1980, de 16 de diciembre. Esto permitió a las Cortes Generales, mediante ley orgánica, «sustituir la iniciativa autonómica prevista en el artículo 151» de la Constitución. Sustituirla por algo que, obviamente, la Constitución no consideraba. Interponer un recurso contra las ingeniosas iniciativas legislativas que posibilitaron la autonomía andaluza hubiera sido, sin duda, una insensatez irresponsable.

El recurso de inconstitucionalidad es de ejercicio político. Además, el Presidente del gobierno y los órganos colegiados de las Comunidades autónomas, cuando tengan la intención de interponerlo contra leyes (autonómicas o estatales), pueden (quizás deben) iniciar negociaciones para resolver las discrepancias, pudiendo instar, en su caso, la modificación del texto normativo. La Exposición de Motivos de la LO 1/2000, de 7 de enero, que añadió los apartados 2 y 3 del art. 33 de la LO del TC, es muy explícita en subrayar la importancia del deber de colaboración entre los entes que integran nuestro Estado compuesto, de modo que se favorece que lleguen a «acuerdos que solucionen posibles conflictos y que devengan en una pacífica aplicación de la normativa propia de cada Administración en un marco de lealtad institucional». Es obvio, por tanto, que sobre las leyes autonómicas de Derecho civil el Estado y la Comunidad autónoma pueden negociar y pactar. Algo totalmente alejado de cualquier fundamentalismo esencialista sobre qué sean o cuál



sea la esencia de los Derechos forales. Una invitación a las prudentes decisiones políticas caso por caso y según las circunstancias de los tiempos. Aunque sin mucho convencimiento, sugiero que debates y negociaciones entre civilistas de toda España, sin duda necesarios en mucho mayor número y calidad de lo que hoy vemos, mantenidos con espíritu científico y cooperativo, podrían dar sus frutos en la negociación de acuerdos sobre leyes civiles en las Comisiones Bilaterales de Cooperación.

Cuestiones de inconstitucionalidad

Algunos juristas, al caer en la cuenta de que el trascurso del tiempo hace imposibles los recursos de inconstitucionalidad – este límite, el del plazo de interposición, no es tampoco de lamentar en el diseño constitucional de los recursos–, y que por este camino será incuestionable por siempre la validez de las leyes autonómicas, recuerdan la existencia de las cuestiones de inconstitucionalidad. Ciertamente, por tiempo indefinido los tribunales podrán tratar de evitar la aplicación de una «norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo», cuando crean que tal norma es contraria a la Constitución. Lo que incluye el caso en que la contrariedad a la Constitución consista en la extralimitación de la competencia autonómica. Ha ocurrido ya. Ahora bien, las cuestiones de inconstitucionalidad no parecen muy adecuadas para estos supuestos, porque el Tribunal que plantea la cuestión tiene que argumentar que aquella norma es precisamente la aplicable al caso y que, en su opinión, no

debe aplicarla a pesar de que su contenido no es contrario a ningún principio o valor constitucional sustantivo. Lo previsible es que los Tribunales planteen la cuestión cuando también cuestionen el contenido de la norma, y que el Tribunal Constitucional valore este contenido. En cualquier caso, no considero deseable la multiplicación de cuestiones de inconstitucionalidad basadas puramente en la incompetencia del legislador. Las cuestiones están siempre sujetas al azar de los pleitos, el interés de los litigantes y el ingenio de sus abogados. La purificación judicial del sistema, si alguien quiere verlo así, sería muy azarosa e incierta por esta vía. A la larga quizás también encontremos cauces y justificaciones para que los tribunales ordinarios puedan dejar de aplicar la norma autonómica que no consideren aplicable (por ejemplo, por entender que el tema es de Derecho mercantil y no civil) y aplicar la del Estado sobre la misma materia. Como sistema, no parece tampoco deseable.

Dos tipos de excesos y riegos

Por supuesto, es obligado tratar de limitar en lo posible los excesos. Excesos y abusos en las leyes civiles autonómicas los hay sin duda. Disfunciones en el juego conjunto de los Derechos civiles coexistentes, también. Criticar su existencia y aplicar o proponer medidas para evitar o reducir estos defectos es propio de los juristas. En cuanto juristas que los somos de todo el Derecho civil español –del ordenamiento español, de todo él, Derechos autonómicos incluidos–, tenemos que partir del sistema

tal cual es: las leyes civiles autonómicas tienen la misma validez y fuerza de obligar que las estatales y están ahí para quedarse, porque su existencia está garantizada por la Constitución.

Tal como yo lo veo, podemos distinguir dos tipos de excesos y riesgos en las leyes civiles autonómicas: el identitario y soberanista, por una parte; el de la inadecuación práctica, la inutilidad, las disfunciones, por otra. Ejemplo de lo primero sería que una Comunidad Autónoma planteara la publicación de un Código civil suyo como estructura de (un nuevo) Estado: la legislación civil como acto de recuperación de soberanía de una nación. De lo segundo, la desafortunada pretensión de utilizar el Derecho civil como «mecanismo contrahegemónico para transformar las desigualdades»; más en general, todas las pretensiones de instrumentalizar el Derecho civil al servicio de políticas públicas coyunturales. Pero también las disfunciones producidas al legislar sobre actos con previsible efectos en el tráfico jurídico más allá del propio territorio de la Comunidad autónoma (casi todas las regulaciones civiles autonómicas tienen estos efectos), de manera tal que resulte imprevisible el ámbito de aplicación y, por tanto, la regulación a que en definitiva estará sujeto el acto. Problemas relacionados con el Derecho interregional privado, que es competencia del Estado que este ejerce mal, por omisión negligente.

Es obligado tratar de limitar en lo posible los excesos. Excesos y abusos en las leyes civiles autonómicas los hay sin duda. Disfunciones en el juego conjunto de los Derechos civiles coexistentes, también.

Los excesos del primer tipo tienen un cariz predominantemente político y están asociados a la intención de «desbordar los marcos constitucionales». Solo se ha proclamado así expresamente en Cataluña, como pretensión de una parte de las fuerzas parlamentarias, que no es compartida por otras que han votado también las leyes civiles catalanas. Como ciudadano español, me siento afrentado por quienes se apropian de las competencias autonómicas para atacar al Estado español y atizar un conflicto con el resto de los españoles que parecen



buscar que sea irresoluble. Ahora bien, el Código civil catalán tiene sentido y puede asimismo defenderse desde el rechazo a las pretensiones soberanistas o independentistas, dentro de la Constitución española vigente, con las críticas que procedan a su contenido.

Un gran avance en España ha sido, precisamente, que el contenido de los Derechos forales no tenga que seguir necesariamente aquellos rasgos históricos que caracterizaron sus instituciones.

Como jurista español interesado por los Derechos forales desde el principio de mi carrera, hace algo más de cincuenta años, y que he dedicado bastantes horas y páginas al Derecho civil catalán, me considero legitimado para formular también otro tipo de crítica a las pretensiones soberanistas sobre el Derecho civil: va contra los valores que considero más estimables e históricamente fecundos del Derecho civil (no solo del catalán) su utilización por el soberano, el que sea, como mero instrumento de su poder, para legitimarlo o acrecentarlo. El señor del Derecho civil no es el soberano, sino los ciudadanos. Legislar sobre Derecho civil es, antes y más que un acto de ejercicio del poder del Estado, un servicio que los poderes públicos prestan a los ciudadanos que son los sujetos de ese Derecho. No he dicho sujetos a ese Derecho, porque lo que quiero señalar es que los ciudadanos son los protagonistas del Derecho privado, que son sus intereses y su voluntad los que configuran sus relaciones como particulares (en los límites que señalen los poderes públicos, *sub tutela iuris publici*); ellos son los que gozan de ese Derecho, los que se alegran del mismo («alegrarse de los fueros», aragonesismo que denota la facultad de acogerse a ellos y gozarlos). La función principal de los legisladores autonómicos, en materia de Derecho civil, es poner a disposición de los particulares instituciones y cauces de Derecho privado que les faciliten la regulación de sus propios asuntos de acuerdo con sus criterios y preferencias. Lo mismo cabe decir del legislador estatal.

Es cierto, y valioso, que los Derechos civiles autonómicos son señas de identidad, constituyen rasgos definitorios de un país.



Lo seguirán siendo mientras quieran los ciudadanos, que tampoco están obligados a seguir construyendo sus edificios de ladrillo al estilo mudéjar ni a colocar en ellos elementos decorativos de cerámica coloreada al modo modernista (según residan, por ejemplo, en Aragón o en Cataluña). Evidentemente, no se trata de rasgos, los del Derecho, fijados de una vez por todas, en algún momento histórico y que hayan de perdurar inamovibles. En las vigentes leyes aragonesas, baleares, catalanas, gallegas, navarras o vascas podemos encontrar instituciones de origen muy antiguo, que mantienen líneas de continuidad hasta hoy; e instituciones nuevas que se añaden o sustituyen a las tradicionales. Como en el Código civil español (Leyes de Toro, Ordenamiento de Alcalá) o en el francés (*Droit écrit, Droit coutumier*) y en cualquiera de los códigos civiles del mundo (son caso aparte los de transferencias culturales, como el Código de obligaciones de Turquía de 1923; que, por cierto, ha sido derogado por otro de 2011).

Superación del historicismo. Crítica de los contenidos y propuestas de optimización

Un gran avance en España ha sido, precisamente, que el contenido de los Derechos forales no tenga que seguir necesariamente aquellos rasgos históricos que caracterizaron sus instituciones. De hecho, las leyes vigentes continúan en unos casos la trayectoria histórica, en otros la corrigen y en otros añaden regulaciones a cuestiones que, hace un siglo, ni se planteaban. Esto, en mi opinión, es bueno, muy bueno, es

lo normal en las sociedades democráticas avanzadas. Con independencia de quién legisle. Legislación civil como servicio a la ciudadanía, cuyo es el Derecho.

Crítica, por tanto, al contenido de las legislaciones civiles, con los mismos criterios sea quien sea el legislador. Parejas de hecho, custodia compartida, fiducia sucesoria, legítimas, prenda de créditos... Enumero instituciones casi al azar. En esta crítica jurídica, a la necesidad, oportunidad, utilidad, coherencia, eficacia, de lo legislado, podemos y debemos decir mucho los civilistas españoles. Cualquiera que sea nuestra vecindad civil, la Comunidad Autónoma en que trabajamos, nuestras preferencias sobre la articulación territorial de España o sobre el pluralismo legislativo en materia civil. En este terreno, no es motivo de crítica que la regulación difiera de otra u otras españolas, actuales o históricas. Como no lo es que se parezca o no a regulaciones francesas, inglesas o canadienses. Ahora bien, puede ocurrir que unas nos parezcan mejores que otras y que podamos argumentar razonablemente nuestras preferencias. La existencia de una pluralidad permite comparar y preferir el mejor modelo. Es una de las ventajas de la situación de pluralismo, que deberíamos aprovechar.

De hecho, hay regulaciones sobre legítimas, pactos sucesorios, testamentos mancomunados o regímenes matrimoniales que muchos civilistas españoles consideran preferibles a las del Código civil estatal. Y viceversa, claro. Que haya juristas, políticos y opinión pública activa, en diversas partes de España, discurriendo sobre las normas



civiles mejores (en algún sentido) debería facilitar una mejora de la calidad de todas las leyes civiles, por la eficaz vía de la copia de los mejores modelos (*Benchmarking*: tomar a los mejores como referencia; una conducta muy recomendable también en la actividad de legislar).

La Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil

De hecho, esta ha sido la actitud de los autores de la Propuesta de Código civil presentada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, completada en mayo de 2017. En particular, en lo pertinente al Derecho de sucesiones. Como explica Rodrigo Bercovitz, presidente de la Asociación y promotor y animador de esta importante propuesta al frente de su Junta Directiva, es en el Título VI del Libro IV de la Propuesta, dedicado al Derecho de Sucesiones, «donde se aprecian cambios de mayor calado»; «para dichos cambios y mejoras técnicas se han tenido en cuenta las soluciones ofrecidas por los Derechos civiles forales o especiales, habida cuenta de que todos ellos han procedido a una actualización importante de la materia basada en los principios constitucionales». Detallando la propuesta, añade, «cabe mencionar la introducción de los pactos sucesorios y del testamento mancomunado, además de una nueva formulación algo más estricta de la fiducia sucesoria (...). Asimismo, se ha aprovechado para regular directamente la invalidez de los testamentos, subsanando así la carencia de la que adolece al respecto el Código vigente. También merece atención como

novedad la anteposición del llamamiento en la sucesión legal al cónyuge viudo por delante de los ascendientes (...). Por lo que a las legítimas se refiere se opta por una ampliación de la libertad de testar del causante».

Es hoy el Código civil español el texto legal que necesita una urgente reforma, sin la que difícilmente podría mantener el papel central en el ordenamiento jurídico que los códigos civiles pretendieron y ganaron en la codificación decimonónica. La Propuesta de la APDC (de la que forman parte una amplia mayoría de los catedráticos y Profesores Titulares de Derecho civil de España) opta «por un nuevo Código civil frente a la alternativa de seguir actualizando el Código vigente», opción que el Prof. Bercovitz argumenta con detalle. Por supuesto, esto incluye el derecho patrimonial, tanto propiedad y derechos reales como obligaciones y contratos. En cuanto a esta última materia, objeto del Libro V de la Propuesta, «se han aprovechado como antecedentes de carácter nacional la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación (PMOC), publicada en 2009, la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (PCM), publicada en 2015, así como el Anteproyecto de ley derivada de esta última. Se han aprovechado también como antecedentes de carácter europeo, los Principios de Derecho contractual europeo (PECL), el Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference, DCGR*) y

el Proyecto Gandolfi o de Pavía sobre un Código Europeo de Contratos».

Las «bases de las obligaciones contractuales»

Con Obligaciones y contratos, incluidos los contratos con consumidores y la protección de estos y el Derecho mercantil, entramos en el terreno más difícil en que el legislador tiene que tomar opciones comprometidas. Lo que no puede hacer el legislador español, en mi opinión, es no hacer nada. El Libro IV del Código civil es insostenible en su actual redacción, que es casi sin modificaciones la del siglo XIX: todos sabemos que no expresa las reglas vigentes, aquellas que se siguen en la práctica de los particulares y sus asesores y se aplican por jueces y tribunales. Las razones para modificarlo y completarlo muy sustancialmente se darían igualmente en países como Francia o Alemania (que, de hecho, han modificado sus códigos). En España, además, un nuevo libro de obligaciones y contratos en el Código civil español sería la mejor manera de redefinir el campo de las relaciones entre Código civil y leyes civiles autonómicas e introducir racionalidad técnica en los previsible conflictos. Para empezar, una buena regulación estatal desincentivaría iniciativas autonómicas, pues enervaría el argumento de la utilidad y pondría en primer plano el de los inconvenientes prácticos, económicos, de la diversidad de reglas sobre contratos entre quienes operan en el mismo mercado. Redefiniría la insidiosa cuestión de las «bases de las obligaciones contractuales» (insidioso, Diccionario de la Lengua española, 4ª acepción, «Dicho de un padecimiento o de una enfermedad: Que, bajo una apariencia benigna, oculta gravedad suma»). Por infringir el límite de las «bases de las obligaciones» anuló el Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República la ley catalana de contratos de cultivo (votada por Esquerra, contra la Lliga, cuyos diputados se ausentaron de la votación en el Parlamento catalán). La Sentencia (13 contra 10) se emitió el 10 de junio de 1934. De inmediato los diputados de Esquerra Republicana de Cataluña se retiraron de las Cortes Españolas, y a ellos se sumaron los del PNV, por solidaridad. En octubre Companys, precisamente uno de los fundadores de la Unió de Rabassaires, proclamó «el Estado Catalán, dentro de la República Federal Española». Fue encarcelado junto con su gobierno y se suspendió la aplicación del Estatuto de Autonomía, hasta las elecciones de febrero de 1936. Por supuesto,



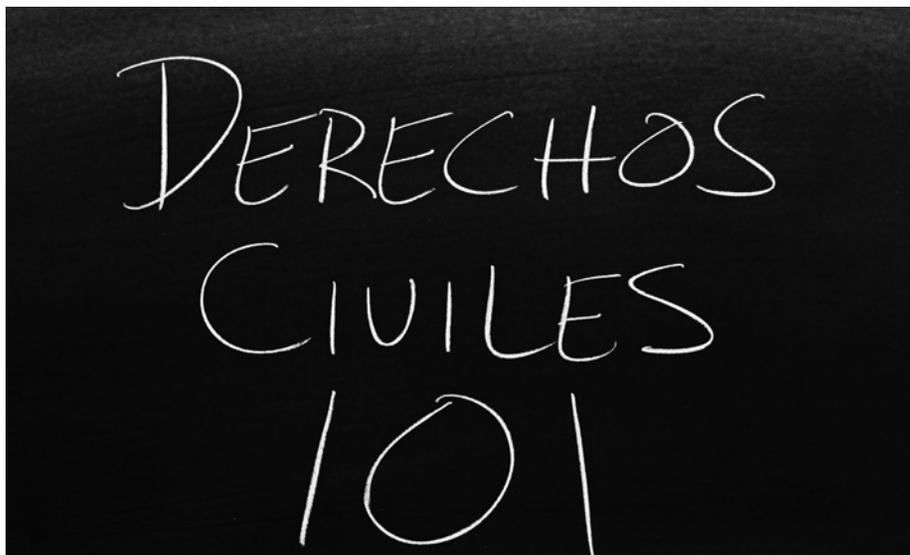
es cuestionable establecer relaciones directas de causa a efecto, pero hay suficientes datos en la secuencia histórica como para no correr el riesgo de jugar otra vez al azar de una definición imposible de «bases de las obligaciones contractuales». El recordatorio histórico me parece necesario y suficiente para pedir prudencia. Desde la aprobación de la Constitución, he oído este llamamiento algo angustiado un par de veces (supongo que se ha emitido más veces): a Rubio Llorente y a Santiago Carrillo. Los dos tenían muy buenas razones para recordárnoslo. En cualquier caso, no es lo más sensato poner al Tribunal Constitucional en la tesitura de dilucidar qué sean las «bases de las obligaciones contractuales», lo que apenas serviría sino para «dañar la imagen del Tribunal, ya bastante dañada por el uso que de él se ha hecho en estos últimos años» (palabras de Rubio Llorente en octubre de 2012, en otro contexto –su artículo «Un referéndum para Cataluña»–, pero totalmente pertinentes en este).

Una ley de Derecho interregional privado

La existencia de una pluralidad de ordenamientos civiles en un país configura un sistema, por hipótesis, más complejo que la unidad. Requiere mecanismos de coordinación. Hasta ahora hemos mencionado dos mecanismos de normalización de los resultados legislativos que predeterminan algunos parámetros de estos: la predeterminación del legislador (art. 149.1. 8ª CE) y la sujeción de los contenidos de las normas legales a las normas y principios constitucionales. También, los posibles mecanismos de corrección de los excesos: los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad.

Es imprescindible otro mecanismo, este de coordinación de la aplicación de las normas: básicamente, el Derecho interregional privado. Es competencia exclusiva estatal, lo que habría de facilitar su eficiencia. Existe, como conjunto normativo estatal, desde 1888, y mantiene desde entonces dos rasgos básicos: la relevancia de la vecindad civil como punto de conexión y la remisión a las normas españolas de Derecho internacional privado.

Ha funcionado razonablemente bien, a pesar de que no era sino fruto de la improvisación del legislador. Pero hace tiempo que debió ser renovado, quizás desde los cincuenta. En 1946, se pidió y previó una



ley de Derecho interregional privado, como instrumento necesario para la articulación de la convivencia de las Compilaciones cuya redacción se ponía entonces en marcha. Tras la Constitución de 1978 y la acción legislativa de las Comunidades una revisión a fondo se imponía. Hoy es mucho más urgente, pues a los problemas heredados añadimos que el predominio de las normas europeas en materia de Derecho internacional privado produce una ruptura del sistema, ya que las reglas del capítulo IV del Título Preliminar del Código civil, a las que remite su art. 16, son residuales y anacrónicas. A ello se añaden las dudas razonables sobre si, cuándo y por qué, han de aplicarse las normas de Derecho internacional a los conflictos internos.

La existencia de una pluralidad de ordenamientos civiles en un país configura un sistema, por hipótesis, más complejo que la unidad.

Llama la atención que no se conozcan iniciativas para la reforma del Derecho interregional, ni oficiales ni oficiosas, ni de partidos o grupos políticos ni en el seno de la academia. Explicaciones puede haber muchas, aunque ninguna justificación. En mi opinión, el elemento que por sí solo mejor explica este desistimiento colectivo es la falta de reflexión y de aceptación de la realidad plural del Derecho civil en España. Obviamente, cuando se pensaba que el destino de los Derechos forales era

desaparecer más pronto que tarde no había ningún estímulo para regular bien su aplicación espacial y personal. Legislar –el Estado– sobre Derecho interregional legitima la pluralidad existente, a la vez que facilita el funcionamiento coordinado de esta pluralidad. Pero esto último es lo que necesitan los ciudadanos y a lo que tienen derecho. El Estado, hasta ahora, no solo se ha abstenido, sino que ha dado muchas muestras de que no desea prestar este servicio a los ciudadanos. Cuando negocia tratados o reglamentos europeos que tienen que ver con el Derecho privado olvida, al menos negligentemente, la existencia de instituciones civiles en el Derecho español distintas de las del Código estatal –pactos sucesorios, testamentos mancomunados, legítimas muy diversas o su exclusión, por ejemplo– y la existencia misma de la pluralidad interna al considerar las remisiones al Derecho español.

Por otra parte, las autoridades del Estado, las centrales y las autonómicas, los políticos lo mismo que los juristas teóricos o prácticos, cuando se encuentran con la necesidad de pronunciarse respecto de un punto capital, el de la vecindad civil, no saben qué hacer. Ha ocurrido, y no es síntoma de buena salud, en la tramitación de la Proposición de Ley de las Cortes de Aragón, sobre extinción y recuperación de la vecindad civil, tomada en consideración por amplísima mayoría en el Congreso de los Diputados y enviada al olvido en la Comisión de Justicia del mismo. Las comparecencias de expertos a petición de los Grupos parlamentarios, en sí medio laudable de ilustración de Sus Señorías, vistas hoy, quizás no fueran otra cosa que una



dilación amable del decepcionante resultado final. Pero sirvieron también para poner de manifiesto que muchas de las opiniones allí expuestas por juristas no procedentes de Comunidades autónomas con Derecho civil propio tenían como premisa y casi consistían exclusivamente en la negación desiderativa del pluralismo realmente existente en nombre de unos ideales unificadores que hacían prevalecer incluso sobre la previsión constitucional. Ciertamente, no cabe olvidar la coyuntura política, ya a punto de estallar la crisis catalana; tampoco la diversidad de criterios entre juristas y políticos de distintas Comunidades con Derecho civil propio, que explicarían por sí mismas el entierro parlamentario de la proposición de ley. Hasta puede considerarse prudente el silencio del legislador en esta coyuntura. Pero una ley de Derecho interregional es necesaria y urgente para coordinar la aplicación de los Derechos civiles españoles: con el criterio básico de que los ciudadanos puedan prever con razonable seguridad las consecuencias de sus acciones y omisiones en el ámbito del Derecho civil y puedan confiar en la eficacia de los instrumentos jurídicos que el Estado pone a su disposición en cualquiera de los Derechos civiles coexistentes.

Además, como he escrito en otra parte, hay que partir de que los conjuntos normativos civiles que la Constitución denomina «Derecho civil foral o especial» están en pie de igualdad entre sí y con el Derecho civil estatal que no es competencia exclusiva del Estado. Tal igualdad o paridad de todos los Derechos civiles españoles (sin que ninguno de ellos pue-

da considerarse más representativo de una concepción «española» del Derecho, cuyas normas hubieran de tener un *plus* de imperatividad) debería llevar a mayores posibilidades de disposición sobre la propia cualidad de la «vecindad civil» y a un más libre acceso a las instituciones de cada uno de los Derechos civiles (pactos sucesorios, testamentos mancomunados...) por quienes tienen cierto contacto vital con ellos. *Professiones iuris* y otras formas de autonomía conflictual podrían tener amplio campo de acción, mayor que el posible en el Derecho internacional privado, pues en el interregional no se presentan los obstáculos y limitaciones supuestos por el orden público y la pluralidad de jurisdicciones.

Sería vana pretensión por mi parte tratar de señalar ni siquiera las líneas maestras de una futura ley de Derecho interregional, que no es posible llevar a buen puerto sin el previo esfuerzo inteligente y conjuntado de expertos civilistas e internacionalprivatistas, no sólo del ámbito académico. También sería muy deseable en algún momento la participación en el proceso legislativo de las Comunidades autónomas con Derecho civil propio, aunque hubiera que inventar los cauces. Nada de esto es fácil, pero es necesario.

Adaptación mutua

En la teoría de las organizaciones no suele olvidarse entre los mecanismos de coordinación la adaptación mutua, que, en su expresión más sencilla, se realiza a través de la simple comunicación informal.

La adaptación mutua es siempre necesaria, sean cuales sean la complejidad de la organización, la rigidez jerárquica o el resultado de los mecanismos de normalización de procesos, de productos o de habilidades. En nuestro caso, sería muy útil propiciar procesos de adaptación mutua mediante comunicación informal entre los distintos centros de producción de normas, es decir, los Gobiernos –autores de los proyectos de ley– y los órganos legislativos, los de las Comunidades Autónomas entre sí y, sobre todo, con el Gobierno y el Legislativo del Estado. Comunicación informal siempre necesaria, más aún, como ocurre en nuestro caso, cuando no están previstos cauces formales de cooperación. Imaginar amables y productivos encuentros entre miembros de las Comisiones de Derecho civil de las Comunidades Autónomas y de la Comisión General de Codificación es hoy soñar, ya que la historia ha convertido a la Sección 1ª de la CGC, quizás a su pesar, en guardiana de la intangibilidad de un Código civil obsoleto que nunca fue revolucionario y aún no ha asumido que no puede ser la gestora de la nostalgia de la improbable unidad del Derecho civil de España, pero las cosas podrían cambiar. Deben cambiar.

No debería ser imposible el reconocimiento recíproco de los miembros de unas y otras comisiones como colaboradores en la tarea de preparar técnicamente la legislación civil de España, la de todos los españoles; la aceptación de unos y otros como pertenecientes a la misma comunidad científica al servicio de la comunidad jurídica constituida por todos los ciudadanos sujetos de los Derechos civiles españoles.

No debería ser imposible el reconocimiento recíproco de los miembros de unas y otras comisiones como colaboradores en la tarea de preparar técnicamente la legislación civil de España, la de todos los españoles; la aceptación de unos y otros como pertenecientes a la misma comunidad científica al servicio de la comunidad jurídica constituida por todos los ciudadanos sujetos de los Derechos civiles españoles.



Otros escenarios posibles. He recordado antes que el art. 33 de la Ley del TC (reforma LO 1/2000, de 7 de enero) prevé negociaciones en el seno de las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre la Administración general del Estado y las Comunidades Autónomas para resolver las discrepancias surgidas respecto de una ley autonómica sobre la que el Estado se plantea presentar recurso de inconstitucionalidad. Tales negociaciones han existido en más de una ocasión cuando la discrepancia versaba sobre los límites de la competencia legislativa en materia de derecho civil. Lo que muestra que tales negociaciones serían posibles también, en el marco de las citadas Comisiones Bilaterales, fuera del contexto estricto del recurso de inconstitucionalidad. Es decir, que, queriendo, las Comisiones Bilaterales podrían ser uno de los cauces de comunicación y diálogo sobre futuras o hipotéticas leyes y, en general, sobre problemas derivados de la coexistencia de varias leyes.

También podríamos encontrar otros cauces de reuniones e intercambio de información y de opiniones. Evidentemente, para todo lo que tiene que ver con el Derecho civil hay que contar con civilistas expertos, con profesores de Derecho civil en lugar destacado.

Ya puestos, también podríamos encontrar otros cauces de reuniones e intercambio de información y de opiniones. Evidentemente, para todo lo que tiene que ver con el Derecho civil hay que contar con civilistas expertos, con profesores de Derecho civil en lugar destacado. Para interponer recursos –políticos– contra leyes civiles autonómicas quizás sea suficiente con el asesoramiento de la Abogacía del Estado (que no destaca, precisamente, por su formación en Derecho civil y su sensibilidad por la pluralidad legislativa); para dialogar cooperativamente son necesarios expertos reconocidos. Son necesarios en cualquier caso, en todas las situaciones imaginables, formales o informales, de interacción entre agentes de los gobiernos, autonómicos o central, relacionadas con el Derecho civil, pero mucho más en la cooperación con intenciones constructivas.



Quien conozca mejor que yo –lo que no es difícil– los entresijos y palancas de la sala de máquinas del Estado encontrará, si busca, muchos más cauces y ocasiones para propiciar intercambios de información que mejoren la adaptación mutua y, con ella, la coordinación más fluida en el sistema global del Derecho civil español.

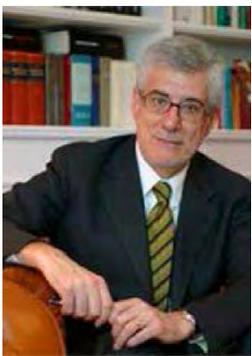
La comunidad científica de los civilistas –que a muchos efectos podemos entender que comprende no solo a los profesores de Derecho civil, sino también a jueces, abogados, notarios o registradores (no por serlo, sino por su formación especializada)– tiene un papel decisivo en el futuro del Derecho civil español. En el momento actual, su mayor reto es, precisamente, la modernización del Código estatal –su sustitución por otro es, en mi opinión, el mejor camino– a la vez que la normalización de los Derechos civiles autonómicos (ya modernizados) y la fijación de las reglas de su juego conjunto, es decir, las de Derecho interregional privado.

Eventualmente, su contribución podría tomar la forma de redacción de textos ejemplares normativos de instituciones comunes en todos los Derechos coexistentes y su ofrecimiento a la opinión pública y a los legisladores competentes para que los tengan en cuenta y en su caso los hagan suyos simultáneamente, a la manera de los *restatements of law* americanos. También como guía para magistrados y abogados en la aplicación de las normas vigentes. Sugirió algo así mi colega Vaquer hace algunos años, y creo que no ha sido el único. Implicaría un

cambio en la mentalidad más extendida entre los juristas españoles sobre el papel de los juristas de a pie en la creación del Derecho y los fenómenos de *soft Law*. Tampoco se ve fácil entre nosotros inventar una ALI, pero merecería la pena intentarlo.

Llegados al final de este escrito, algún lector podrá pensar que mi visión del futuro es muy optimista. Lo es moderadamente, y creo que con fundamento. El Derecho civil español es hoy visiblemente mejor que el que teníamos en 1978. Lo es la legislación, tanto la estatal (reformas del Código civil, principalmente para adaptarlo a la Constitución) como la autonómica, de «modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales» de acuerdo con la misma Constitución. Los jueces que aplican las leyes, los abogados que asesoran y litigan, los notarios, los registradores... son también mejores, en mayor número, y saben más. Somos más, muchos más y mejor preparados, los profesores de Derecho civil de las Universidades españolas. En fin, las instituciones del Estado funcionan, superarán la crisis política más grave de estos cuarenta años y la democracia española saldrá robustecida. En lo esencial, sobre el futuro inmediato de España, soy optimista. Superada la crisis, sabremos también articular y coordinar satisfactoriamente la compleja coexistencia de los distintos Derechos civiles españoles: cuestión en sí menor, pero expresiva de los graves problemas históricos de fondo en la articulación de las distintas Españas.

Cuarenta años después



Juan-José López Burniol

Decano del Colegio Notarial de Cataluña (1987-1989).

Vicepresidente de Fundación Bancaria La Caixa.

Vicepresidente del Consejo General del Notariado (1987-1989)

El consenso de la Transición

Ha escrito José Álvarez Junco que “el régimen (franquista) duró demasiado. Sobrevivió a sus camaradas fascistas en 1945, en parte gracias a su identificación con el catolicismo y en parte también a la protección recibida de Estados Unidos en pleno ambiente de la Guerra fría. Pero en los años 1960 y 1970, al final de su trayectoria, en medio de una Europa próspera, democrática y en proceso de unión, la España de Franco resultaba una rareza bochornosa, asociada a atraso económico y cultural, opresión política, clericalismo y omnipresencia militar y policial en el paisaje. El catalanismo y el vasquismo, en cambio, al enfrentarse con el régimen, se vieron ungidos con el óleo santo de la democracia y la modernidad, tan alejados de sus orígenes carlistas y de los métodos brutales que seguía empleando el vasquismo radical. De ahí la doble y ambigua legitimación nacional de la Constitución de 1978, con ese artículo segundo, producto de

la transacción –el “consenso”–, que deja el sujeto de la soberanía indefinido entre esa “nación española” de unidad “indisoluble” y esas “nacionalidades” cuya existencia consagra. Las espadas quedaron en alto”.

¿De dónde surgió el consenso? Permítanme dos anécdotas para intentar explicarlo.

Primera. El 11 de julio de 2005 tuve ocasión de hablar con un destacado político catalán en un acto público. En un aparte y mientras divagaba de manera atractiva sobre un episodio de la reciente historia española, dejó escapar esta frase: “En realidad, la Transición comenzó mucho antes de la muerte de Franco”. No precisó más su pensamiento y la situación derivó pronto hacia otros derroteros. ¿Qué quiso decir? No lo sé con certeza, pero intuyo que se refirió al hecho de que la Transición fue posible por la relativa estabilidad y prosperidad económica de los años 60, fomentada -o

por lo menos encauzada- por la política de los tecnócratas del tardofranquismo. Porque debe reconocérseles a éstos que, por lo menos, no estragaron al país con un debate ideológico garbancero, fruto del más triste *mediopelismo* hispano, como el que se prodigó estérilmente en décadas anteriores. Su coartada giró en torno al “*crepúsculo de las ideologías*” que defendió Gonzalo Fernández de la Mora. Así pues, este modesto desarrollo sentó las bases sociológicas mínimas que hicieron posible la Transición.

Otra anécdota. Creo que fue al cumplirse los diez años de la reinstauración de la Monarquía, cuando se celebró un programa televisivo de conmemoración y análisis en el que participaban diversos políticos, entre ellos Ramón Trias Fargas. Me parece recordar que también estaban Rodolfo Martín Villa y Julio Busquets Bragulat, un militar demócrata, autor años antes de un libro titulado “*El militar de*



carrera en España”, que fue prologado por el general Manuel Díaz-Alegría y alcanzó en su momento cierta notoriedad. Tanto Trías como Busquets ya han fallecido. Pues bien, mediado el programa Ramón Trías fue interrogado sobre quién había sido, a su juicio, el auténtico protagonista de la Transición, a lo que respondió que, sin menospreciar la decisiva intervención del Rey, el auténtico protagonista de la Transición era el pueblo, la gente. Y añadió estas o parecidas palabras: *“Si al día siguiente de la muerte de Franco, se hubiesen abierto dos puestos para suministrar armas en la plaza de Cataluña, uno para las derechas y otro para las izquierdas, nadie habría acudido a recogerlas; tanto sufrió la gente durante la guerra civil y la posguerra, que nadie quería revivir tan terrible experiencia”*.

En estas dos anécdotas tenemos –a mi juicio– las tres claves de la Transición:

1. El miedo cerval de la inmensa mayoría de los españoles a repetir, aunque fuese a pequeña escala, el drama insondable de la guerra civil.
2. Un modesto desarrollo económico, que hacía que mucha gente tuviese algo que perder: el trabajo, el pisito, el cochecito, la nevera, el televisor y algo que echarse con regularidad a la boca, con la esperanza de que los hijos mejorasen de condición. La España de *“Cuéntame”*.
3. Una predisposición profunda a no enzarzarse en debates sobre símbolos,

formas de gobierno, sublimes ideas y grandes palabras. Prescindir de los grandes relatos –*“sopars de duro”*–, ir al grano y lograr lo posible, que fue mucho más de lo que algunos reconocen. *“Ruptura presentada como reforma”*, dijo Martín Villa. Quizá exageraba, pero lo que sí es cierto es la voluntad de consenso que presidió todo el período, comenzando por la aceptación de la institución monárquica por la izquierda. Quizá ninguna imagen muestre de forma tan expresiva este espíritu como la de la dirección del Partido Comunista de España, tomada la tarde misma del día de su legalización, con la bandera rojigualda al fondo. Recuerdo, especialmente, a Pilar Bravo, que también ya se ha ido. Hay que añadir, además, que esta voluntad de consenso, manifestada de forma espléndida en los pactos de la Moncloa, se prolongó después de la promulgación de la Constitución, haciendo posible que la derecha –por medio de la Unión de Centro Democrático– sentase las bases de la reforma fiscal y acometiese la secularización del derecho de familia, y que la izquierda –el Partido Socialista– llevase a la práctica, poco después, la reconversión industrial.

Éste espíritu permitió–centrándonos en el que hoy es la cuestión más grave que tiene planteada España– ensayar una solución ecléctica del problema de la estructura territorial del Estado, mediante la fórmula novedosa del Estado Autonómico, que fue objeto de un consenso constitucional

largamente trabajado y cristalizado no sin dificultades enormes.

Muchos españoles nos sentimos orgullosos de aquellos años y de los políticos que llevaron entonces las riendas del Estado, cuando éste –en el orto de la democracia– estaba sometido a presiones tremendas y desafíos gravísimos. El cariño enorme que rodeó a Adolfo Suárez en la hora de su lento y triste crepúsculo, es mucho más que una manifestación de aprecio por el trabajo bien hecho; es la gratitud por su voluntad permanente de concordia, por su acreditada apertura y constante respeto a las posiciones de los demás, por su coraje moral y por su valor físico, cualidades que exhibió de modo eminente y en las que tantos y tantos españoles nos vimos tan digna y ejemplarmente representados.

Nada tiene que ver este espíritu de la Transición con el nivel de crispación que ha alcanzado la vida política desde hace ya demasiados años, lo que hace que haya afirmado en más de una ocasión que se ha retrocedido, en algunas actitudes, a niveles propios de épocas anteriores a la de los tecnócratas del tardofranquismo.

Nada tiene que ver este espíritu de la Transición con el nivel de crispación que ha alcanzado la vida política desde hace ya demasiados años, lo que hace que haya afirmado en más de una ocasión que se ha retrocedido, en algunas actitudes, a niveles propios de épocas anteriores a la de los tecnócratas del tardofranquismo. Quien haya leído hasta aquí podrá entender lo que quiero decir, sin pretender mezclar churras con merinas, es decir, demócratas con autoritarios. Lo que afirmo es, simplemente, que se ha vuelto al terreno de los relatos excluyentes y de la instrumentalización del patriotismo. España es nuestra, Cataluña somos nosotros... y otra vez nos hemos vuelto a enzarzar en una confrontación amarga de difícil salida.

La revisión del sistema

Hans Kelsen inicia su *“Teoría general del Derecho y el Estado”* con estas palabras:

“El Derecho es un orden de la conducta humana. Un “orden” es un conjunto de normas. El Derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del Derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del Derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico puede entenderse plenamente la naturaleza del Derecho”.

Sentado que el Derecho es un “conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de sistema”, la siguiente afirmación lógica es que el Derecho, como todo sistema formal, no es una realidad cristalizada e inmutable (postulados más consecuencias lógicas), sino que constituye una realidad dinámica (proposiciones de las que derivan otras proposiciones, según ciertas reglas de inferencia), que adquiere vida propia e independiente de la voluntad inicial del legislador, de modo que autogenera una dialéctica propia de adaptación a las cambiantes circunstancias sociales, de desarrollo de sus principios básicos y de corrección de sus disfunciones. De ello se infiere que, cuando el legislador constitucional español implantó el sistema autonómico, puso en marcha un proceso dinámico que se rige por los principios que informan el propio sistema y se atiene a sus propias reglas. Este proceso consiste en una progresiva redistribución del poder político, concorde con el reconocimiento de la plurinacionalidad del Estado y respetuoso con la cohesión social y la solidaridad interterritorial, que inevitablemente desembocará en una estructura política de corte federal.

Este espíritu está recogido, por ejemplo en la nota de opinión emitida por el “Círculo de Economía” poco antes de la celebración de las últimas Jornadas de Sitges que organiza anualmente. En ella se dice que “España vive una crisis política de enorme profundidad, sin duda la mayor desde la Constitución de 1978. Aunque en una perspectiva europea e internacional comparada no somos raros, dado que otras democracias occidentales están padeciendo crisis similares, esto no puede llevarnos a banalizar nuestros problemas ni a desatenderlos. En nuestro



caso, la manifestación más intensa, grave y urgente de esta crisis política es el problema catalán. Sin abordarlo, no sólo la vida política catalana permanecerá alterada sino que lo estará también el conjunto de la vida política y social española. La modernización española permanecerá bloqueada mientras no atendamos al problema catalán. En este sentido, la crisis política catalana es la crisis del conjunto del proyecto español de convivencia.

Pero, pese a la gravedad de la situación, no podemos resignarnos al deterioro progresivo de la convivencia cívica, a la fractura social, a la polarización política y a la desconfianza empresarial. Muy al contrario, debemos aspirar a que la sociedad española y la catalana en particular -sus agentes sociales, sus instituciones cívicas- y, en especial sus fuerzas políticas con representación parlamentaria, promuevan acciones para reestablecer la convivencia y la gobernabilidad. Lo que exige extraer algunas enseñanzas de lo que ha sucedido hasta ahora. Estas enseñanzas pueden concretarse en tres: La primera es el respeto al principio de legalidad. La segunda es el principio democrático. Y la tercera es que ambos principios deben conjugarse y equilibrarse. ¿Cómo? Ésta es la cuestión. Veamos.

Se trata de un problema político, que sólo puede ser afrontado con una actitud y con una herramienta. La actitud ha de venir determinada por el espíritu de concordia,

la voluntad de pacto y la predisposición transaccional. Y la única herramienta que puede utilizarse es la palabra, es decir, el diálogo. Pero no se trata de cualquier diálogo. De nada sirve un *diálogo informativo*, pues ya nos lo tenemos todo dicho recíprocamente. Tampoco vale un *diálogo dialéctico*, pues que las respectivas posiciones han cristalizado y son poco menos que inamovibles. Sólo cabe un *diálogo transaccional*, que venga marcado por recíprocas concesiones sensibles, que duelen y dejan inicialmente insatisfechas a ambas partes, pero que luego dan como resultado la base sobre la que pueda llegar a asentarse una convivencia en paz y recíprocamente potenciadora.

No todos los problemas se resuelven solos. Ni todos los problemas los resuelve el tiempo. El problema español del reparto del poder -el mal llamado “problema catalán”- no es de los que se desvanecen. Al contrario, se agrava con el paso de los años. De nada sirve ampararse en la ley, amagándose tras de ella como si de un “burladero” se tratase. De nada sirve dejar la resolución del conflicto al arbitrio de jueces y tribunales. Hay que afrontarlo políticamente, exigiendo a todos -como presupuesto irrenunciable- el cumplimiento de la ley, pero sabiendo que la solución no se halla en la letra de la ley interpretada rígidamente. Ni sin la ley, ni sólo con la ley. La pauta de acción tendrá que ser ésta: *La ley como marco, la política como tarea y la palabra como instrumento.*

Elementos de la función notarial a partir de la Constitución



Joan Carles Ollé Favaró
Decano del Colegio Notarial de Cataluña.
Director de la Comisión de Codificación de Cataluña.
Vicepresidente del Consejo General del Notariado (2011-2014)

La recepción constitucional del modelo moderno y contemporáneo de notariado

El origen moderno del notariado español se sitúa en la ley del Notariado de 1862, todavía vigente después de múltiples reformas y las más diversas vicisitudes históricas, texto legal que constituye uno de los pilares sobre los que se asienta en nuestro país la configuración del moderno Estado liberal y de Derecho en la segunda mitad del siglo XIX. Se instaura el carácter de función pública de la profesión, se crea un único cuerpo de notarios, se separa la fe pública judicial de la extrajudicial y se incrementa de manera importante la exigencia técnica de acceso a la profesión, mediante la selección rigurosa con el sistema de oposiciones, que requería una preparación jurídica, además de la licenciatura en Derecho a partir de 1917. También se establece la autonomía funcional

y el asesoramiento del notario a las partes, características que le diferencian del resto de funcionarios, y se introduce la autoría del notario respecto del documento que redacta dando forma jurídica a la voluntad de las partes, uno de los grandes aciertos de la ley. Sin embargo, como han señalado algunos autores, la norma no alcanza, al menos inicialmente todos sus objetivos, pues no logra integrar a todos los fedatarios (subsisten los Corredores de Comercio y los Agentes de Cambio y Bolsa) ni alcanza la atribución íntegra de la jurisdicción voluntaria.

El Reglamento Notarial de 1944, partiendo de reglamentos anteriores y aprobado en circunstancias difíciles, hoy vigente también después de diversas reformas e impulsado por el entonces Director General de los Registros y del Notariado, José María de Porcioles y Colomer, completa

la regulación del estatuto notarial destacando la doble condición de funcionario público y profesional del derecho característica del notariado latino y organizando la estructura territorial de la corporación sobre la base de los Colegios territoriales, que siguen el mapa de las antiguas Audiencias territoriales, y que tienen una importante presencia en los respectivos territorios de su competencia, y a los que la ley atribuye la facultad inspectora y sancionadora, así como la competencia en la ordenación de la profesión mediante la aprobación de circulares. Prácticamente la autonomía de los Colegios Notariales no tenía más límite que la dependencia jerárquica de la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Ministro de Justicia. Al mismo tiempo, se instauraba un sistema de elección de las Juntas Directivas de clara inspiración democrática, con sufragio universal. No sería hasta el Decreto



de 2 de febrero de 1952 que se crearía la Junta de Decanos, con el objetivo de representar la totalidad de la profesión y de defender y coordinar sus intereses comunes.

La Constitución de 1978 recepcionó una figura del notario ya muy central y asentada en la sociedad española, tras décadas de ejercicio ejemplar y de probada excelencia técnica, como figura de prestigio y garantía de la seguridad jurídica de los ciudadanos. Fernando García de Cortázar lo ha expresado con notable clarividencia: “El Notariado alcanza toda su significación como elemento fundamental de la consolidación de la sociedad y economía liberales, necesitadas de plenas garantías jurídicas para su correcto funcionamiento. Como depositario de la fe pública el notario reunía en su persona todo el saber jurídico que le exigía una labor día en día más compleja, podía exhibir unos conocimientos garantizados por el riguroso criterio con que había sido seleccionado y además su condición de funcionario le aseguraba el aval del Estado que lo legitimaba, revistiéndolo de una autoridad incuestionable en el ejercicio cotidiano de su profesión...Aún más, en una España sacudida por sucesivas convulsiones sociales y políticas, el notario actúa como pilar del orden constituido y salvaguarda del principio de propiedad y de la transmisión de bienes por encima de cualquier contingencia.”

El reflejo directo de la Constitución Española en la función notarial será

estudiado a continuación a partir del principio constitucional de seguridad jurídica establecido en su artículo 9.3, de la competencia exclusiva del Estado sobre el notariado, que se configura como cuerpo único estatal, contemplada en el artículo 149.1.8 y del principio democrático en la organización interna de los Colegios profesionales que impone el artículo 36.1 del texto constitucional. Después se examinarán los que a, mi juicio, constituyen los principales hitos o elementos de la función notarial en estas cuatro décadas.

La función notarial y el principio constitucional de seguridad jurídica. La justicia preventiva

Todas las Constituciones modernas, a partir de la Constitución de Estados Unidos de América de 1787 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada en 1789 por la Asamblea Nacional francesa han atribuido a la seguridad y, como una manifestación de la misma, a la seguridad jurídica el carácter de un derecho natural e imprescriptible del hombre. El artículo 8 de la citada Declaración definía la seguridad como “la protección atribuida por la sociedad a cada uno de sus miembros para la protección de su persona, de sus derechos y de sus propiedades”. Se abrió una nueva era, en que el sometimiento y la protección por igual de todos ante la ley iba a convertirse en la clave de bóveda del moderno Estado de Derecho.

Nuestra Constitución de 1978 garantiza la seguridad jurídica. Así lo dice su artículo 9.3 en el que la seguridad jurídica se convierte en una de sus finalidades intrínsecas. El concepto de seguridad jurídica va asociado a la certeza en la norma en las relaciones jurídicas y a la predictibilidad en la aplicación de aquella por el Estado. El Consejo de Estado dijo, en su Memoria de 1992 que “la seguridad jurídica garantizada en el artículo 9.3 CE significa que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse, lo cual supone por un lado un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ella se definen. Esas dos circunstancias, certeza y estabilidad, deben coexistir en un Estado de Derecho.” El Tribunal Constitucional, en sus sentencias ha ido perfilando el concepto de seguridad de jurídica. Y en la 38/1997, de 27 de febrero afirmó que “existe un umbral de confianza, en el que la estabilidad del orden jurídico y de las situaciones del mercado se justifican en razones de interés público.”

Como he afirmado en otras ocasiones para la realización de la seguridad jurídica el Ordenamiento debe establecer instituciones, sistemas y mecanismos eficaces, que garanticen a los ciudadanos no sólo el conocimiento de la Ley, sino su comprensión y aplicación. A través de estas instituciones, entre las que el Notariado ocupa una posición central, se realiza la seguridad jurídica que, a su vez, es presupuesto esencial para la realización del tráfico económico, puesto que este depende de la confianza de los agentes en el mercado en que sus actos, que provocan la circulación de la riqueza, serán eficaces, en tanto que sean conformes a la Ley. La seguridad jurídica es, por tanto, un factor de progreso y de crecimiento económico.

La concepción decimonónica de la autonomía privada, como ámbito de libertad, dirigido a la satisfacción exclusiva del interés subjetivo del particular, ajeno, por tanto, a la realización de intereses generales, se encuentra superada totalmente desde nuestra Constitución de 1978. Desde la concepción del Estado como Estado social, todo poder subjetivo está sobrepasado por intereses generales concurrentes y preordenado a la



realización de su función social, de forma y manera que toda posición subjetiva de poder se justifica por la preexistencia de intereses generales antecedentes, se define como resultante de la satisfacción de intereses individuales y, subjetivamente, se legitima por la previa realización de los intereses generales subyacentes, pues es en esta tarea donde el particular obtiene legitimación para la satisfacción de su propio interés. La presencia de intereses generales en toda situación subjetiva de poder o relación jurídica entre particulares, demanda la presencia de un representante de la Administración, a fin de que vele por su respeto y realización.

El control preventivo del cumplimiento de la legalidad se convierte en su más eficaz defensa, en cuanto permite su realización efectiva, e impide su trasgresión, pues actúa "ex ante", con carácter previo a que pueda producirse. La revisión posterior de los actos o negocios jurídicos, en los supuestos y con los efectos previstos en la ley, no deja de comportar cierta frustración en los resultados, no responde plenamente ya a ese ideal de justicia preventiva, que consiste precisamente en que el acto se amolde estrictamente al imperio de la ley y por tanto nazca válido, lícito y eficaz desde el momento mismo en que se han dado las manifestaciones concurrentes de voluntad y las contraprestaciones de las partes, algo que por definición sólo puede conseguir el jurista representante de la Administración, el notario, que ha participado en la generación y posterior nacimiento del acto.

El correcto funcionamiento de los mercados exige el eficaz desarrollo de las relaciones jurídicas, razón por la cual resulta decisiva la presencia de un funcionario público con alta preparación técnica que garantice que aquéllas sólo muy excepcionalmente pueden ser discutidas. La intervención del notario incorpora, por tanto, el valor añadido de reportar un índice de litigiosidad bajísimo, de prevenir y evitar con carácter general el pleito y el conflicto. La necesidad de seguridad jurídica hoy se acrecienta más todavía por la rapidez con que se realizan los negocios y la complejidad jurídica de los mismos que deriva de la internacionalización de las relaciones jurídicas. El notario y la escritura están en el centro mismo del *iter* transmissivo, en el momento de consumarse

el negocio, y garantizan su seguridad y legalidad.

El notariado y el Estado constitucional y autonómico

La Constitución establece en su artículo 149.1.8 que la El Estado tiene la competencia exclusiva de "ordenación de los registros e instrumentos públicos...". Conviene hacer un recorrido por la doctrina constitucional en este punto, en lo que respecta a la función notarial.

La sentencia del TC nº 120/1992, de 21 de septiembre, en conflicto de competencias promovido por la Generalitat en relación con el RD 2253/1985 de 22 de mayo de 1985 sobre especialización en Derecho Foral o Especial como mérito preferente para el nombramiento de notarios en las CCAA. de Aragón, Cataluña, Galicia y Navarra, declaró que la competencia controvertida corresponde al Estado, ya que esta cuestión forma parte del Estatuto profesional de los Notarios, y el Estado tiene la competencia exclusiva sobre la ordenación de los instrumentos públicos, siendo los notarios funcionarios públicos del Estado integrados en un único cuerpo nacional. La sentencia añade que las competencias de la Generalitat de Catalunya en relación a las notarías ubicadas en su territorio se limitan a la ejecución de la legislación estatal en materia de nombramientos, y la participación en la fijación de las demarcaciones notariales y de número de notarios.

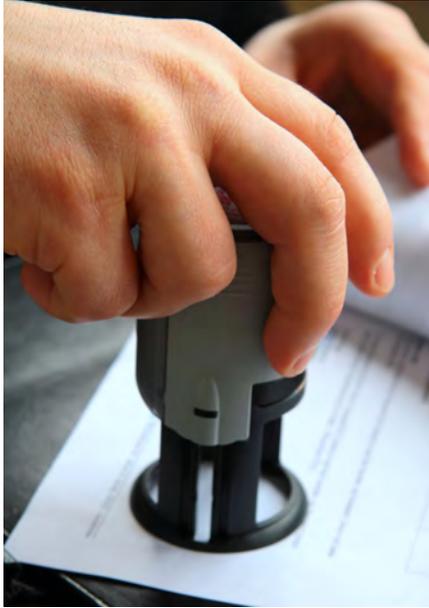
El correcto funcionamiento de los mercados exige el eficaz desarrollo de las relaciones jurídicas, razón por la cual resulta decisiva la presencia de un funcionario público con alta preparación técnica que garantice que aquéllas sólo muy excepcionalmente pueden ser discutidas.

El propio TC ya había declarado en la conocida sentencia 67/1983, de 22 de julio el alcance de la competencia relativa a la ejecución de la legislación estatal en materia de nombramientos, estableciendo que la competencia autonómica de nombramiento de notarios no comprende



todo el proceso previo de selección sino sólo el acto final de ese proceso. Y en relación con el contenido de la competencia de que regulaban diversos Estatutos de participación en la fijación de las demarcaciones notariales, la sentencia del TC 87/1989 de 11 de mayo declaró que la revisión de las demarcaciones notariales no vulnera la competencia autonómica de participación en las mismas, ya que la norma estatal que las regula ha de interpretarse en el sentido de entender incluida a la Generalitat de Catalunya entre los Organismos que deben informar preceptivamente en la materia. De todas formas, el Alto Tribunal en estas sentencias referidas al Estatuto de Cataluña de 18 de septiembre de 1979 afirmaba que el principal obstáculo para la atribución de competencias efectivas en estas materias, derivaba del propio artículo 24 del anterior Estatut, que no atribuía expresamente estas materias a la Generalitat, a diferencia del artículo 32 del Estatuto de la II República de 1932 que sí lo hacía.

En definitiva, para el Tribunal Constitucional el artículo 149 de la Constitución atribuye no sólo la titularidad de las competencias relativas al régimen de la naturaleza y contenido de las escrituras públicas y de la regulación de los requisitos y condiciones de validez y eficacia de las mismas (sentencia 74/1989, de 24 de abril), sino también a la ordenación de la función pública que desempeñan los notarios, y a su régimen estatutario.



Una nueva etapa en esta materia se inició con el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 18 de junio de 2006, que en su artículo 147 que atribuye a la Generalitat "1. La competencia ejecutiva en materia de notarías, que incluye en todo caso: a) El nombramiento de los notarios,... por medio de la convocatoria, la administración y la resolución de las oposiciones libres y restringidas, y de los concursos, que ha de convocar y llevar a cabo hasta la formalización de los nombramientos" así como "c) El establecimiento de las demarcaciones... incluyendo la determinación de los distritos de competencia territorial de los notarios". En definitiva, se contemplaba expresamente la competencia ejecutiva en demarcación, concursos y oposiciones.

Como es bien sabido, el Estatut de Catalunya fue objeto de varios recursos ante el Tribunal Constitucional respecto de bastantes artículos, habiendo recaído años más tarde la importante sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010, a la que siguieron otras resolviendo en sentido similar. En sus fundamentos de derecho, la sentencia avala la legalidad del artículo 147 del Estatuto, si bien establece unas directrices respecto de cómo debe ser interpretado y aplicado. En cuanto a la competencia en materia de convocatoria, administración de las oposiciones y concursos el TC afirma que "corresponde al Estado disciplinar, con el alcance y detalle que en cada caso se requiera, las oposiciones y concursos de estos cuerpos, acompañando a dicha

regulación las medidas de coordinación, e incluso de carácter ejecutivo, que deba realizar el propio Estado, si resultan necesarias". Y en cuanto a la competencia en materia de demarcación la sentencia establece que se trata de una competencia de carácter ejecutivo "que plasmará en el territorio de Cataluña los criterios de demarcación que fije la legislación del Estado la cual podrá tener el grado de exhaustividad que resulte procedente, pudiendo el Estado retener para sí las cuestiones concretas en el ámbito de la coordinación y de la ejecución que sean necesarias para la adecuada aplicación de dichos criterios."

Igualmente la sentencia declaró la constitucionalidad del artículo 33.2 del Estatuto que regula los derecho lingüísticos ante las administraciones públicas y las instituciones estatales, si bien interpretando que lo que este artículo garantiza es el derecho de opción lingüística de todo ciudadano en Cataluña en sus relaciones con notarios, registradores, jueces, magistrados y fiscales, sin privilegio o preterición de ninguna de las dos lenguas cooficiales, remitiéndose en cuanto a la acreditación por dichos funcionarios del conocimiento suficiente de ambas lenguas a la previsión del propio artículo "en la forma establecida en las leyes", es decir, a la legislación estatal, que sólo impone a los funcionarios el deber de conocimiento del castellano en todo el territorio nacional.

Como quiera que desde la aprobación del Estatut hasta la Sentencia que resolvió los distintos recursos de inconstitucionalidad transcurrieron aproximadamente cuatro años en que el EC estuvo íntegramente en vigor, las competencias en materia notarial de la Generalitat fueron ejercidas, cuanto menos parcialmente, sin tener los parámetros del TC. Es digno de ser resaltado que en dicho periodo, y también en la actualidad, dejando aparte algunos titubeos iniciales, dicho ejercicio ha sido flexible y prudente, habiendo discurrido las cosas razonablemente bien en todo este tiempo, anticipándose incluso, con la colaboración del Colegio Notarial, algunas de las soluciones adoptadas posteriormente por la sentencia.

Se dio la circunstancia que en el momento de entrar en vigor el Estatut el día 9 de agosto de 2006, el gobierno central estaba gestionando un proyecto de demarcación

que estaba muy avanzado en su tramitación, pero que no estaba aprobado todavía. Se generó una importante controversia pero finalmente se aprobó el Decreto 173/2007, de 9 de febrero sobre la demarcación en todas las CCAA, incluida Cataluña. Como explica el compañero Ramón Costa, notario de Mollet (Barcelona) además del dictamen favorable (no vinculante) del Consejo de Estado, el Estado esgrimió que, ante la falta de disposiciones transitorias explícitas en el nuevo Estatuto para este tema, se debía aplicar por analogía la disposición transitoria segunda, punto 1, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que establece que los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de dicha ley se rigen por la normativa anterior. Por cierto, el contenido de la demarcación fue muy criticada desde el notariado, pues creaba doscientas veinte plazas, que en su mayoría se consideraban innecesarias, habiéndose tenido en cuenta por los poderes públicos una situación de crecimiento económico puramente coyuntural, como la posterior crisis económica se encargó de demostrar.

En materia de concursos para la provisión de vacantes, el Gobierno tripartito catalán, en un primer momento, en 2008, en base al artículo 147.1 EC, convocó separadamente dos concursos notariales, con lo que en ese periodo hubo un doble concurso.

En materia de concursos para la provisión de vacantes, el Gobierno tripartito catalán, en un primer momento, en 2008, en base al artículo 147.1 EC, convocó separadamente dos concursos notariales, con lo que en ese periodo hubo un doble concurso, el que convocaba la Generalitat para la plazas de Cataluña y el que convocaba el Estado para las plazas del resto de España. Lo que sucedió en la práctica es algo que ya cabía esperar: su cubrieron muy pocas de las plazas convocadas en Cataluña, incrementándose de manera preocupante las notarías vacantes, habiéndose llegado a crear una situación puntual en algún Distrito de problemas de prestación del servicio público.

El notariado es un cuerpo único estatal por lo que las competencias autonómicas en dicho ámbito, en un Estado de vocación federal como el nuestro, deben de ejercitarse coordinadamente con el Gobierno Central para evitar disfunciones y preservar el correcto funcionamiento del sistema. Con ese planteamiento, después de haber ganado las elecciones colegiales en Noviembre de 2008, los miembros de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Cataluña nos dirigimos a la Consejera de Justicia de la Generalitat, Montserrat Tura, y a la Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco Morales, solicitando la convocatoria de los concursos coordinadamente por ambas Administraciones. La propuesta fue aceptada de buen grado por los responsables políticos y a partir de 2009 se instauró el nuevo sistema, en el que ambas Administraciones convocan y resuelven su concurso en el ámbito de sus respectivas competencias pero se ponen de acuerdo para convocar y resolver el mismo día, de manera que todos los notarios del Estado puedan optar a todas las plazas a la vez.

Todos los Gobiernos catalanes y centrales sucesivos han mantenido y siguen aplicando con total normalidad un sistema que funciona excelentemente y que ha permitido, por ejemplo, que treinta y cinco nuevos notarios de la última promoción de 2018, el cuarenta por ciento del total, hayan concursado a plazas catalanas. De similar manera, el Departament de Justicia, a petición en su momento de la Junta Directiva, aplica de manera muy flexible el requisito del idioma, bastando una declaración jurada del notario en la que se comprometa a tener o contratar oficiales de notaría con un conocimiento del idioma del nivel C como mínimo, si bien en el primer concurso en el que se traslade a Cataluña se le dispensa del cumplimiento de este requisito. Lo que se trata es de garantizar el derecho de opción lingüística de los ciudadanos y de que sigan viniendo a Cataluña, como siempre, muchos notarios del resto de CCAA.

El que fuera Director General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat, Pascual Ortuño, lo expresó muy certeramente en su momento: "La colaboración con el Colegio se ha explicitado particularmente en lo que se refiere a la cuestión de la acreditación del conocimiento de la lengua catalana. La fórmula consensuada disipa cualquier



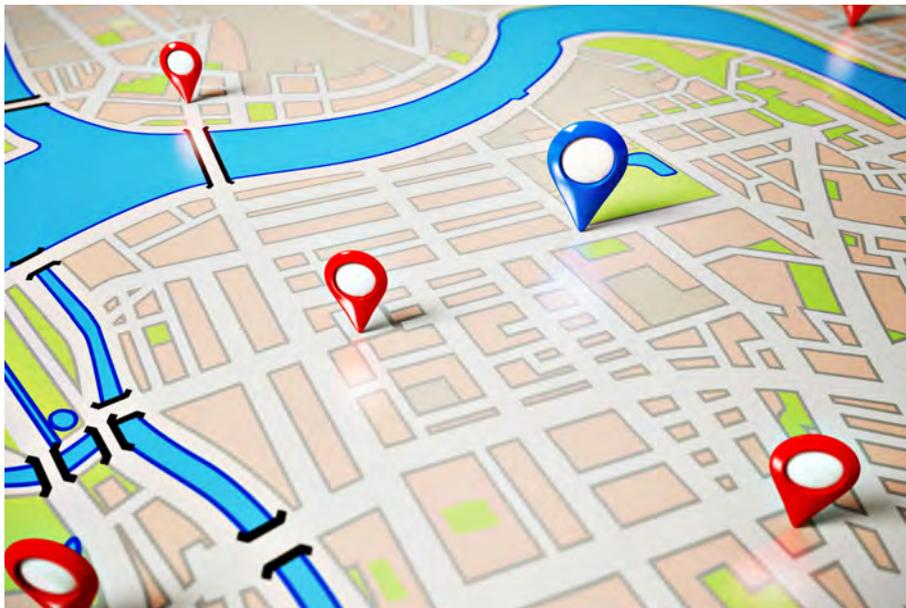
duda sobre el ejercicio responsable de la competencia por parte de la Generalitat, y refleja la favorable predisposición del cuerpo notarial a comprender la importancia que la lengua propia tiene para los ciudadanos de este país. El esfuerzo colegial por disponer de los más modernos instrumentos de traducción, y el compromiso de los notarios para asegurar que en las oficinas notariales se garantice el uso normal del catalán, son debidamente apreciados por la administración autonómica."

En 2011, a raíz de los cambios habidos en el Consejo General del Notariado, siendo Presidente Manuel López Pardiñas y Vicepresidente un servidor, Joan Carles Ollé, se fijó como una de las nuevas prioridades corporativas la aprobación de una Demarcación que sólo amortizase plazas, dado que la Demarcación de 2007, sumada a las anteriores, en especial a los efectos de la fusión con el cuerpo de corredores en el año 2000, había provocado un efecto negativo para la función, en la medida que se producía excesiva rotación en los destinos con la consiguiente pérdida del necesario arraigo del notario y, sobre todo, derivado de la crisis económica y el excesivo número de plazas, se estaba produciendo la aparición de un fenómeno nuevo, nada positivo, como era la proliferación de un importante número de vacantes en las grandes ciudades.

La Demarcación, siguiendo el esquema y la filosofía de los concursos coordinados,

tenía que aprobarse necesariamente de manera coordinada entre la Administración central y la Autonómica, en la medida que algunas CCAA. tenían asignada la competencia ejecutiva en su Estatuto, Cataluña como hemos visto pero también Andalucía, si bien esta última Comunidad se inhibió desde el inicio limitándose a dar su conformidad al texto tramitado por el Gobierno Central. Se creó una Comisión de Demarcación en el Consejo General del Notariado, con un representante de cada Colegio, presidida por el Decano de Navarra, donde se fijaron con un alto grado de consenso unos criterios generales que luego se trasladaron a la propuesta de reducción de plazas de cada Colegio con unos parámetros totalmente igualitarios, lo que se apartaba totalmente de una cierta discrecionalidad tradicional en esta materia. De la citada Comisión surgió después una Subcomisión encargada de consensuar los aspectos técnico-legales con la DGRN.

La propuesta de Demarcación fue trasladada en 2013 por el CGN al Ministerio de Justicia y por el Colegio de Cataluña a la Consejería de Justicia, en la parte que correspondía a esta Comunidad. La respuesta inicial fue muy receptiva por ambas Administraciones. Sin embargo al cabo de un tiempo se pudo comprobar, justo es decirlo, que el Ministerio de Justicia no tenía un gran interés en avanzar en la Demarcación Notarial. La razón probablemente era que la Demarcación registral, también en marcha, era muy problemática dado que preveía la unión



de registros y generaba una gran polémica interna. Tenía una cierta lógica que el Ministerio quisiese aprobar las dos a la vez, sobre todo siendo Director General de los Registros y del Notariado el registrador Joaquín Rodríguez, y después el también registrador Javier Gómez Gállico. A mediados de 2014 la Demarcación estaba bloqueada en el Ministerio de Justicia. Esa era pura y simplemente la realidad.

Sin embargo, la Generalitat sí tenía un gran interés en aprobar la Demarcación y en ejercer su competencia, en los términos de la propuesta del Colegio Notarial, que había asumido plenamente. Así las cosas, con la idea de fondo de que si por razón de los retrasos se cubrían dichas plazas se frustraría la futura demarcación, el Consejero de Justicia Germà Gordó aprobó la Orden 310/2014 de 20 de octubre, de aplazamiento de efectividad de la demarcación notarial, en cuya virtud se suspendía por un tiempo determinado la provisión de determinadas notarías, que habían quedado reiteradamente vacantes los últimos años (y que eran objeto de la Demarcación bloqueada). Posteriormente dicha orden fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por una desconocida Asociación de Notarios Chartae, habiendo refrendado la Orden el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 4 de octubre de 2016, disponiendo que “la Orden JUS/310/2014 simplemente aplaza por tiempos determinados la provisión de unas notarías. Se trata de una cuestión accesoria

de la Demarcación notarial, que no afecta ni la figura del notario como fedatario público, ni como profesional, ni perturba el actual sistema notarial y aún menos ataca a la concepción tradicional del Notariado Español.”

La aprobación de dicha Orden cambió radicalmente el estado de las cosas. A partir de ese momento, el Ministerio de Justicia activó la Demarcación y entonces sí se pudo avanzar ya en la tramitación administrativa, seguramente ante el temor que la Generalitat la aprobase separadamente, hecho que se consiguió impedir por la intercesión firme del Colegio Notarial y el Decano ante la Consejería de Justicia. Asimismo, eran muy frecuentes los contactos desde el Colegio de Cataluña con el Director General de los Registros y del Notariado, Javier Gómez Gállico, tratando de aunar criterios y solucionar las dificultades que iban surgiendo. Tanto este último como el Director General de Derecho y Entidades Jurídicas, Santiago Ballester, jugaron un positivo papel conciliador y mediador en todo momento. Asimismo, cabe recordar que también se produjo un intento por parte del Ministerio de Justicia de aprobar unilateralmente la Demarcación para todo el Estado, intento que fue vedado por un dictamen oficiosamente desfavorable del Consejo de Estado, que no llegó a hacerse público al desistir de la petición el Ministerio de Justicia. Quizás el quid del éxito final estuvo en un cierto estímulo corporativo, cauteloso, del interés y celo de las dos

Administraciones en la tramitación ante la eventualidad de una aprobación separada de una de ellas, promoviendo siempre desde el Colegio Notarial de Cataluña la solución consensuada y coordinada.

Finalmente la Demarcación llegó a buen puerto, aprobándose, efectivamente, de manera acordada y coordinada entre el Ministerio de Justicia y la Consejería de Justicia de la Generalitat, en unos términos que se ajustaban a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 28 de junio de 2010 y que eran los que se habían seguido por el Consejo General del Notariado y el Colegio Notarial de Cataluña. El Consejo de Ministros celebrado el 6 de marzo de 2015 aprobó el Real Decreto 140/2015 de Demarcación notarial, en virtud del que se establecieron los criterios generales de la Demarcación para el conjunto del territorio nacional y se determinaban las plazas a amortizar para todos los Colegios excepto para el de Cataluña. Por su parte, la Generalitat aprobó el Decreto 33/2015, de 10 de marzo, en el que, partiendo del citado RD, determinaba las plazas a amortizar en Cataluña. En total, se amortizaron 339 notarías, 65 de ellas en Cataluña. Un éxito sin precedentes para el notariado, que redundaba en un claro beneficio para el interés general en la medida que con la Demarcación se mejoraron las condiciones de prestación del servicio público notarial. Y sin duda un gran éxito de ejecución y desarrollo consensuado entre la Administración Central y Autónoma de las previsiones de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional en el ámbito de la función notarial y de la función pública en general.

Asociacionismo Notarial y Democracia Interna

La aprobación de la Constitución Española y, de manera especial, su artículo 36.1, cuyo inciso final establece que “La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”, animó a profundizar en los procesos ya iniciados de democratización corporativa. Bajo el influjo del mandato constitucional, al inicio de los años noventa del siglo pasado surgió en el interior del notariado un movimiento reformista que pretendía renovar democráticamente las estructuras corporativas, que se entendían obsoletas, especialmente por lo que se refiere a la representatividad y mecanismos de



control de la Junta Decanos, que adoptó la denominación de Consejo General del Notariado a partir de 1984. Se crearon diversas Asociaciones y se celebraron esos años diversos Congresos Notariales, muy participativos, entre los que destacaron los de Madrid de 1991 y de Granada de 1993. En la II Ponencia de este último se afirmó que se trataba de pasar de una democracia hegemónica, de unas minorías oligárquicas, a una democracia participativa. Es lícito preguntarse si a día de hoy este objetivo se alcanzado en alguna medida.

El fenómeno asociativo notarial tuvo su epicentro principal en el Colegio de Cataluña, aunque se extendió por toda España, si bien con relativa implantación aunque con unos liderazgos muy potentes en las Asociaciones más destacadas. En 1991 se creó la primera de ellas, la Libre Asociación de Notarios Joaquín Costa, en honor de quien había sido a principios de siglo destacado notario y escritor regeneracionista. En palabras de la época de su principal líder publicadas en el periódico el País, el notario de Barcelona y más tarde Decano de su Colegio Notarial (1996-1998), José Luis Mezquita, uno de los principales objetivos de la asociación era la defensa del consumidor, siendo así que el fortalecimiento de esta parte contratante sea cada vez más decisiva en la elección de notario, por lo que rechazaban “el tratamiento masivo de la contratación”, propugnando “una vuelta a la época más clásica del notariado, cuando el notariado se percataba de la desigualdad entre las partes y se ponía al servicio de la parte más débil”. Como puede observarse, mi antecesor en el Decanato y la asociación que representaba fueron pioneros en la defensa de los derechos del consumidor, materia de principalísima actualidad a día de hoy. En aquel momento generaron más de una incomprensión y algún rechazo, pero esa visión dejó profunda huella en la profesión y hoy es ampliamente mayoritaria en el notariado y en sus órganos corporativos.

La asociación Foro Notarial nació en 1994, también en Cataluña, liderada por José Félix Belloch, más tarde asimismo Decano de dicho Colegio (1999-2004). La razón de ser de la Asociación, como rezaba su ideario, no era otra que “la defensa del notariado en función de su utilidad social presente, y el diseño y promoción de un notariado capaz de seguir siendo socialmente útil en el futuro”.

Simplificando mucho, tal vez sus objetivos básicos se centraban más en el carácter de profesional del derecho del notario frente a la Asociación Joaquín Costa que sin duda destacaba más la condición de funcionario público, aunque ambas ciertamente defendían dicha doble e inescindible condición propia del notariado latino. La figura de José Félix Belloch, especialmente en su gestión como Vicepresidente del Consejo General del Notariado, como he dicho en otro lugar “es muy remarcable y perdurará” pues “lideró un conjunto de medidas de modernización del servicio público notarial para situar la profesión en las mejores condiciones para competir en el siglo XXI”. Fue el principal impulsor de la histórica fusión con el cuerpo de Corredores de Comercio y Agentes de Cambio y Bolsa (2000) y, junto con otros dirigentes, como el Presidente del CGN Juan Bolás, iniciaron la etapa de modernización tecnológica de la profesión y promovieron la aprobación de la referencial ley 24/2001, que modificó diversos artículos de la legislación notarial, reforzando la función notarial y el documento público notarial.

El fenómeno asociativo notarial tuvo su epicentro principal en el Colegio de Cataluña, aunque se extendió por toda España, si bien con relativa implantación aunque con unos liderazgos muy potentes en las Asociaciones más destacadas.

Después del periodo en la Presidencia del CGN del también Decano de Cataluña, José Marqueño (2005-2008), en que por primera vez la máxima representación no correspondió al Colegio de Madrid y se intensificó la apuesta corporativa por el proyecto tecnológico y el reforzamiento de la función, el relevo asociacionista lo toma la Plataforma Futuro Notarial, creada otra vez en Cataluña, con un planteamiento de unidad entre las asociaciones Foro Notarial y Joaquín Costa e integración de otras diversas sensibilidades, que planteaba un común denominador basado en apelar a un futuro basado en el diálogo y el cambio, con “más democracia corporativa, más transparencia...con unas nuevas tecnologías al servicio del notariado”. Además, dicha Plataforma, que encabezaba alguien como yo mismo que no formaba

parte de ninguna asociación ni en el pasado había participado especialmente en la contienda corporativa, manifestaba la voluntad de alcanzar amplias mayorías y de impulsar en todos los Colegios otras candidaturas de “integración, de renovación, de unidad”. Los objetivos preferentes eran de recuperar la imagen y el prestigio del notario, que se consideraban debilitados, y reforzar y potenciar la profesión en todos los ámbitos.

Finalmente, en las elecciones colegiales de Noviembre de 2008 se presentaron candidaturas alternativas o renovadoras en bastantes Colegios, produciéndose en muchos de ellos por primera vez una campaña electoral muy participativa y contrastada, con resultados electorales bastante ajustados. La línea continuista se impuso finalmente, siendo elegido Presidente del CGN el decano de Andalucía Antonio Ojeda (2009-2010), pero la línea renovadora se abrió paso sentando en el Pleno a cinco Colegios, con Madrid y Cataluña al frente. Más tarde, en Agosto de 2011 un pacto de amplio espectro permitió integrar las dos tendencias situando en la Presidencia al Decano del País Vasco Manuel López Pardiñas (2011-2012) y en la Vicepresidencia al Colegio de Cataluña a Joan Carles Ollé, un servidor (2011-2014).

Fue un periodo intenso y dinamizador, de fuerte impacto renovador: sin apartarse en absoluto de los ejes tecnológico y de defensa de la función de la inmediata etapa anterior, se impulsaron con fuerza los apartados de comunicación, relaciones institucionales y de las Secciones, en especial la de Internacional, con la figura del Delegado de Internacional, para la que se designó a la muy activa y eficaz Decana de Castilla La Mancha, Palmira Delgado, creándose nuevas comisiones como la de Deontología y Disciplina, que más tarde elaboraría el Código Deontológico Notarial, y la de Consumidores, que generó el Órgano de Control de Cláusulas Abusivas (OCCA), impulsándose diversos proyectos legislativos relevantes, de muy largo alcance, sobre todo una nueva Demarcación sólo de amortización de plazas con la finalidad de corregir los excesos de las anteriores revisiones, y una ley de Jurisdicción Voluntaria, que incorporase competencias tan relevantes socialmente como matrimonio, separación, y divorcio, iniciativas que se terminaron de tramitar y aprobar en el mandato siguiente,



en 2015, bajo la Presidencia de José Manuel García Collantes (2013-2016).

En definitiva, en términos generales, el papel democratizador y renovador de la profesión que han jugado en el notariado las Asociaciones durante un periodo postconstitucional de más de veinticinco años ha sido muy relevante. Cabe añadir a las indicadas otras como Asociación Independiente de Notarios, Época, Notarios y Registradores, Jornadas de Burgos o Jornadas de Málaga, también destacadas. En algún momento se les reprochó radicalidad y voluntad de confrontación pero la realidad es que removieron para mejor las aguas demasiado tranquilas y conservadoras del notariado tradicional. Fomentaron el pluralismo, la transparencia e introdujeron un elemento dinamizador y modernizador en la gestión corporativa. De hecho, algunos de los avances más destacados del notariado con posteridad a la Constitución fueron impulsados en primera línea, como hemos visto, por los líderes del movimiento asociativo.

Hoy el movimiento asociativo notarial puede darse por finiquitado. Las Asociaciones se han extinguido o están en vía muerta. Los jóvenes notarios no muestran ningún interés en el activismo corporativo. El pluralismo y la participación colegial se están resintiendo. En las pasadas elecciones notariales de finales de 2016 en la gran mayoría de Colegios se presentó una sola candidatura. En dos Colegios incluso se tuvo que nombrar una Comisión

Gestora porque no se presentó ninguna candidatura. En el Consejo General del Notariado se ha recuperado por segunda vez consecutiva la vieja tradición de que el Colegio de la capital ostente de manera incontestada la Presidencia de la corporación, y todo hace presagiar que así seguirá siendo en el futuro. La falta de debate interno, siempre enriquecedor, es preocupante. Si nadie lo remedia, y nada hace prever lo contrario, estamos retrocediendo ostensiblemente a las prácticas decimonónicas de la cooptación y el inmovilismo seculares.

Unificación de la fe pública. Fusión con el cuerpo de corredores de Comercio

Los Corredores de Comercio, junto con los agentes de Cambio y Bolsa, aparecen regulados en el Código de Comercio, ley de 22 de agosto de 1885, que entró en vigor el 1 de enero de 1886. A diferencia de los notarios, que redactan los documentos públicos que autorizan, los corredores eran funcionarios públicos adscritos al Ministerio de Hacienda que ejercían de agentes mediadores entre las partes en la operaciones de comercio, interviniendo las pólizas que las partes presentan, previamente redactada por ellas. Se firmaban varios ejemplares originales, uno de los cuales quedaba en poder del corredor y los otros se entregaban a cada de una de las partes. A diferencia de los notarios no se les exigía ser licenciados en derecho. Había competencia o concurrencia, pues todos

los actos que intervenían los corredores de comercio podían ser autorizados por el notario en escritura pública.

Como bien explica el notario Ramón Costa, que ha estudiado con detalle estas cuestiones, a raíz del ingreso de España en la Unión Europea en 1986, dentro del proceso de unificación de las distintas políticas sectoriales europeas, se anima a España a ir unificando la fe pública extrajudicial, habida cuenta que no existe en Europa una figura equivalente a la de los corredores de comercio. Un primer paso en esta dirección afectó al prestigioso cuerpo de Agentes de Cambio y Bolsa: en virtud de la Ley 24/1988, de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores, se produjo la liberalización del sector y la desaparición de dicho cuerpo de agentes de cambio y bolsa, dándoles la opción de continuar operando en bolsa como agentes privados cualificados o integrarse en el cuerpo de corredores de comercio, lo que muchos de ellos hicieron.

El proceso de fusión entre notarios y corredores de comercio duró más de una década, pues ya a finales de los años ochenta se plantea la cuestión entre los dos cuerpos de funcionarios y se inician conversaciones. Sin embargo la iniciativa fracasa, pues especialmente en el notariado provoca una fuerte contestación interna por razón especialmente, hay que decirlo claramente, de la existencia de un número importante de corredores que no son licenciados en derecho, aspecto nuclear y nada accesorio. La fusión quedó aparçada durante años por estas diferencias, que se ofrecían insalvables. Sin embargo, años después, a finales de los años noventa, la cuestión volvió suscitarse de manera acuciante. Fue determinante la posición firme del Gobierno de la época, el gobierno Aznar del Partido Popular, con un visión, además de europeísta, muy liberal de la economía y, por tanto, favorable a la reducción del número de profesiones reguladas y de los cuerpos de funcionarios. Al parecer, el Ministro de Hacienda Cristóbal Montoro planteó abiertamente a ambas corporaciones que o bien hacían ellos la fusión de mutuo acuerdo o bien la haría el Gobierno según sus criterios.

La fusión se acordó y elaboró básicamente en Barcelona, impulsado por quien era Vicepresidente del Consejo General del Notariado y decano del Colegio Notarial de Cataluña, José Félix Belloch,



y su Junta Directiva. Así lo ha reconocido quien fue Presidente del Consejo General del Notariado en ese momento, Juan Bolás. En junio de 1999, Belloch, con el respaldo del Pleno, y de acuerdo con la Síndica de Catalunya y Vicepresidenta del Consejo General del Corredores, María Ángeles Vallvé, encargó a un grupo mixto de tres notarios y tres corredores de comercio la preparación de unas bases para la fusión de los dos cuerpos de fedatarios. Según afirmación del Presidente nacional en ese momento de los Corredores, Adolfo Pries, el acuerdo se terminó de fraguar en esas fechas en una reunión suya en Barcelona con Belloch. Así lo manifestó en el acto de homenaje a José Félix Belloch celebrado en el Colegio Notarial de Cataluña en octubre de 2015.

La fusión de los notarios con el cuerpo de corredores ha sido muy controvertida y, en cierta manera todavía lo es, pues sigue habiendo muchos notarios que tienen una opinión negativa de ella.

Aprobado el texto resultante del acuerdo por los Consejos Generales del Notariado y de los Corredores en el mes de noviembre, el Consejo de Ministros dio el visto bueno y, a través de la correspondiente enmienda en el Senado, la fusión se hizo aprobó legalmente a través de la Disposición adicional vigésimo cuarta de la ley 55/1999, de 29 de Diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. El real Decreto 1643/2000, de 22 de Septiembre, la hizo efectiva desde el 1 de octubre de 2000. El marco legal se terminó de completar con la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de septiembre de 2000 sobre la práctica uniforme para la efectividad de la integración. Años después, la ley 36/2006, de 26 de noviembre de medidas para la prevención de fraude fiscal, introdujo una novedad importante en materia de intervención de pólizas que, completada pocos días después, con la Instrucción de la DGRN de 29 de noviembre, aproxima la póliza a la escritura, al eliminar los ejemplares originales que circulaban secularmente en el tráfico.

La fusión de los notarios con el cuerpo de corredores ha sido muy controvertida y, en cierta manera todavía lo es, pues sigue habiendo muchos notarios que tienen una opinión negativa de ella. Sin duda hubo aspectos polémicos, el mayor de ellos, sin duda, el hecho que finalmente se permitiese el acceso a la profesión de notario de los corredores que no tenían la licenciatura de derecho. Cabe citar también las concesiones en materia de escalafón, lo que perjudicó sobre todo las expectativas de los jóvenes notarios, o la autorización de una última oposición de corredores un año después de aprobada la fusión. Pero los acuerdos son los acuerdos y en ellos ambas partes deben hacer concesiones, a veces muy importantes. El notariado las hizo. El cuerpo de corredores también, sobre todo una de fundamental: con la fusión su antigua profesión desapareció, siendo absorbida por el notariado. A medio y largo plazo la medida tiene que ser calificada como muy positiva para el notariado, pues unifica la fe pública extrajudicial, cumpliendo casi un siglo y medio después uno de los grandes objetivos de la Ley del Notariado, que en aquel momento no pudo alcanzarse. La profesión salió indudablemente reforzada de este proceso de unificación para abordar con fuerza el siglo XXI.

El sistema de seguridad jurídica preventiva: notarios y registradores, una historia reciente de desencuentros

Nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, que se asienta en los ámbitos mercantil e inmobiliario en la complementariedad del binomio notaría-registro, es uno de los mejores del mundo, según opinión generalizada de los especialistas, pues es eficaz, ágil, muy garantista y, sobre todo, ofrece un altísimo nivel de seguridad jurídica, habiéndose demostrado su solidez en los más distintos escenarios, incluso desfavorables, como en la etapa de la pasada crisis económica, asegurando satisfactoriamente en todo momento los derechos de particulares y empresas. Contrariamente a lo que se ha dicho, en su funcionamiento óptimo las funciones notarial y registral no se solapan sino que se complementan, y en consecuencia la actuación sucesiva de notarios y registradores no constituye duplicidad o yuxtaposición sino que se trata de un recorrido único compartido por dos operadores jurídicos diferentes,



con ámbitos competenciales distintos, sucesivos y complementarios.

Estando razonablemente claras las cosas en línea de principio en base a estos planteamientos y realidades, es lo cierto que en la práctica ha habido desencuentros y disfunciones muy importantes entre las dos corporaciones en las dos últimas décadas, que se han traducido en etapas de confrontación y tensiones en el seno de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, que sin duda lo debilitan enormemente tanto internamente, generando disfunciones, como externamente, a consecuencia del fuerte desgaste que tales episodios suponen frente a los operadores, poderes públicos y opinión pública. Sin embargo, no sería lícito poner en el mismo fiel de la balanza ambas trayectorias, pues en estos últimos años de deriva claramente registralista de la Administración, de consuno a menudo con la cúpula corporativa, ha habido demasiadas actuaciones hostiles que han mermado significativamente la confianza del notariado en su conjunto hacia el otro pilar del sistema de seguridad jurídica preventiva, que hacen que nos podamos cuestionar si no estamos ya en un punto de no retorno.

En Diciembre de 2008 las Juntas Directivas de Cataluña del Colegio Notarial y del Colegio de Registradores suscribimos un acuerdo denominado Bases del Sistema Español de Seguridad Jurídica Preventiva que pretendía ser un punto de partida para alcanzar un pacto estable entre las dos corporaciones que superase las diferencias



pasadas y permitiese modernizar el sistema y avanzar en el modelo de la doble función. Se adhirió la mayoría de las Asociaciones más representativas de ambas corporaciones. Es muy dudoso, por no decir imposible, que hoy fuese factible un acuerdo similar, al menos en lo que respecta a la parte notarial, a la vista de los hechos acaecidos con posterioridad a esa fecha, a los que después me referiré.

Las diferencias acusadas entre los dos cuerpos empezaron en el periodo del registrador Luis María Díaz de los Cobos como Director General de los Registros y del Notariado (1996-2000), etapa en que la tradicional y más bien plácida alternancia se desequilibra con una gestión de sesgo excesivamente registralista, que culmina con la reforma del Reglamento Hipotecario, Real Decreto 1867/1998, de 4 septiembre. Dicha reforma fue impugnada por la Asociación Foro Notarial, en la medida que, según José Alberto Marín, se trataba de “un disparatado reglamento, que reforzaba hasta límites insospechados e inadmisibles la función registral en detrimento de la notarial”. La sentencia del TS de 31 de enero de 2001 resolvió el recurso anulando la mayoría de artículos impugnados.

Años después, siendo Directora General de los Registros y del Notariado Pilar Blanco Morales (2004-2009), se aprobó una muy importante reforma del reglamento Notarial, Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, que analizaré más adelante desde otra perspectiva. En lo que aquí importa, el

RD fue impugnado por el Colegio Nacional de Registradores, logrando en virtud de la sentencia de 20 de mayo de 2008 de la sala Tercera del TS la anulación de diversos artículos del RD, siendo especialmente sensible y dolorosa para el notariado, y ciertamente negativa para el interés general, la derogación de los preceptos que regulaban el reconocimiento del control de legalidad notarial (artículo 145) y el archivo de revocación de poderes (artículo 164).

Pocas meses después de la sentencia se aprobó por el Ministerio de Justicia la medida 23 de la Orden PRE 2424/2008, de 14 de Agosto, sobre medidas de reforma estructural y de impulso a la financiación de las pequeñas y medianas empresas, en la que se preveía la elaboración de una hoja de ruta para la reforma del modelo de seguridad jurídica preventiva, que se decía orientada a evitar solapamientos y duplicidades entre las funciones de notarios y registradores, y reducir costes, simplificar y reducir los trámites para ciudadanos y empresas. De manera un tanto sorprendente, se planteaba una reforma “radical”, que apuntaba, incluso, a la desaparición de uno de los cuerpos o a la fusión de los mismos, pero no como se había planteado tradicionalmente, es decir, un solo cuerpo con doble función, sino un solo cuerpo y una sola función, haciendo tabla rasa de la profesión a desaparecer, cuyas prestaciones quedarían subsumidas en un cuerpo único. Como es lógico, se desencadenaron grandes enfrentamientos pero, al final, hacia 2010, el Ministro José Caamaño declaró que la reforma quedaba paralizada.

Para impulsar, organizar y gestionar el uso de la firma electrónica notarial se creó la Agencia Notarial de Certificación (ANCERT) en 2002, que en todos estos años ha sido el elemento determinante y catalizador del gran salto adelante de la profesión en el campo de la firma electrónica.

Hacia finales de 2012, ya en la etapa del Gobierno del Partido Popular, se tuvo conocimiento que el Director General de los Registros y del Notariado, el registrador Joaquín Rodríguez (2012-2014), y el

Ministro de Justicia Alberto Ruiz Gallardón, promovían un borrador de Anteproyecto de ley de reforma integral de los registros públicos, que suponía una ruptura radical del sistema de seguridad jurídica imperante, pues tenía por objetivo asignar a los registradores el registro civil, además de la inscripción de todos los apoderamientos y sus revocaciones (después de haber conseguido anular el archivo de poderes notarial). La voluntad subordinar a la registral, creando un macro registro, lo que hubiese supuesto un claro retroceso para nuestro sistema jurídico, ya que la agilidad que exige el tráfico mercantil e inmobiliario es incompatible con la consulta obligada y la calificación constante de la información del registro civil. Hubiese sido un grave error unificar el registro civil con el de la propiedad y mercantil, siendo así que la reforma hubiese perjudicado a los ciudadanos al ralentizar los procesos e incrementar los costes, suponiendo un lastre para el desarrollo económico.

El *iter* de esta iniciativa legislativa ha sido bastante tortuoso y, de hecho, a día de hoy todavía no ha concluido definitivamente. La reacción contraria de todos los cuerpos de funcionarios afectados, de la opinión pública, e incluso de la nueva Junta Directiva del Colegio Nacional de Registradores, que presidía Gonzalo Aguilera, finalmente bloquearon el anteproyecto de ley de reforma integral de los registros públicos, no así la voluntad política de asignar a los registradores el registro civil, que algunos medios atribuían a la condición de registrador del propio Presidente de Gobierno.

En esta línea, entre las medidas incorporadas en el RD Ley *omnibus* 8/2014 de la ley de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia energética, se incluía, con una *vacatio legis* de un año, la asignación a los registradores mercantiles del registro civil, dentro del capítulo abierto por la ley 20/2011 de registro civil, que obligaba a separarlo del cuerpo judicial y asignarlo a otro cuerpo de funcionarios. El RD fue convalidado y convertido en la Ley 18/2014 en las Cortes en julio de ese mismo año con el voto en contra de toda la oposición. La falta de respuesta y oposición del Consejo General del Notariado a esta medida tan inapropiada, y a otras medidas perjudiciales anteriores, provocó una crisis

en el CGN, que se concretó con la dimisión del Vicepresidente en mi persona, en desacuerdo con la línea seguida.

Por fortuna, el relevo en Septiembre de ese mismo año de Alberto Ruiz Gallardón en el Ministerio de Justicia por Rafael Catalá, a raíz de una polémica relativa a la reforma de la ley del aborto, cambió sustancialmente el estado de las cosas. El anterior Ministro se había enfrentado a prácticamente todos los colectivos jurídicos, entre ellos a jueces y abogados, con diversas iniciativas también muy polémicas como la instauración de unas tasas judiciales muy elevadas y la reforma de la ley de Colegios profesionales, que suprimía con carácter prácticamente general la colegiación obligatoria. El nuevo Ministro venía con el encargo de “apaciguar” el sector, y de manera casi inmediata fue paralizando o modificando los proyectos legislativos más controvertidos.

En Diciembre de 2008 las Juntas Directivas de Cataluña del Colegio Notarial y del Colegio de Registradores suscribimos un acuerdo denominado Bases del Sistema Español de Seguridad Jurídica Preventiva que pretendía ser un punto de partida para alcanzar un pacto estable entre las dos corporaciones que superase las diferencias pasadas y permitiese modernizar el sistema y avanzar en el modelo de la doble función.

En cuanto al registro civil, Rafael Catalá inicialmente mantuvo el objetivo de la atribución registral, pero finalmente asumió la falta de apoyos y fuerte oposición a esta medida por lo que finalmente en mayo de 2015 se dejaron sin efecto las cinco disposiciones adicionales que el año anterior la citada ley 18/2014 había aprobado encomendando a los registradores mercantiles la llevanza del registro civil. Se estableció una nueva *vacatio legis* de dos años, por lo que la ley de registro civil de 2011 no entraría en vigor hasta el 30 de junio de 2017.

Pero llegado ese año, y a pesar que se habida filtrado la razonable atribución a los letrados de la administración de justicia, el Gobierno, contra pronóstico, pactó por

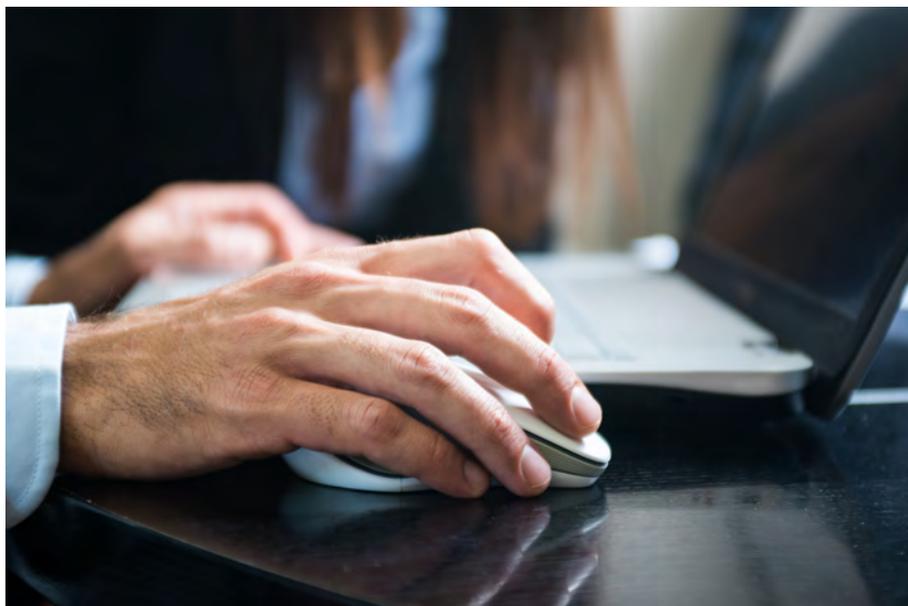


enésima vez aplazar la entrada en vigor de la norma hasta el 30 de junio de 2018. Ello provocó que algunas voces alertaran de si en el fondo no se estaría manteniendo en la reserva el anterior objetivo, a la espera de tiempos mejores. Finalmente, el nombramiento como Presidente del Gobierno del socialista Pedro Sánchez y la formación de nuevo gobierno supuso que todas las formaciones políticas pactaran un nuevo aplazamiento hasta el 30 de junio de 2020. Así estamos a día de hoy, sin que nada se pueda dar por definitivo, pues dos años en la actual situación política tan inestable es muchísimo tiempo.

No se acaban aquí ni mucho menos las medidas pro registrales de los gobiernos populares del periodo 2012-2018, que además en muchos casos iban en la dirección de debilitar la función notarial. Podemos citar, dentro del mandato de Joaquín Rodríguez en la DGRN, el artículo 41 de la ley de Emprendedores, que regulaba los poderes en formato electrónico y abría una importante brecha en el documento público notarial. También el artículo 8 de la ley 1/2013 de medidas urgentes para la protección de los deudores hipotecarios, que exige la suscripción de una expresión manuscrita al consumidor que otorga un préstamo hipotecario en el que exista una cláusula suelo, y en otros supuestos, en una medida sin precedentes que visualiza socialmente una gran desconfianza de la propia Administración con uno de sus cuerpos de funcionarios.

A ello cabe sumar un cambio radical de la doctrina de la DGRN en múltiples materias, siempre en el mismo sentido, sin que hubiese cambio legislativo o jurisprudencial alguno que justificase tal mutación. Igualmente, fue un elemento distorsionador el nombramiento como vocal del Consejo General del Poder Judicial del representante procesal de Colegio Nacional de Registradores hasta ese momento, el catedrático Vicente Guilarte, pues dotó a algunos informes claves del órgano de gobierno judicial de un sesgo desfavorable a la función notarial, en especial el relativo al proyecto de ley de jurisdicción voluntaria, en que dicho vocal fue ponente, y el del proyecto de contratos de crédito inmobiliario, en la actualidad todavía en fase de tramitación parlamentaria. Y no podemos dejar de citar la pasividad del Ministerio de Justicia ante la contumaz inaplicación registral de las leyes 24/2001 y 24/2005, que incumple el mandato legal de digitalización y de permitir el acceso del notario a los libros del registro.

En la etapa de Javier Gómez Gáligo (2014-2018) en la Dirección General las cosas no variaron demasiado, pues vía enmienda de última hora al proyecto de ley de Jurisdicción Voluntaria en el Senado se incluyó sorpresivamente por el propio Ministerio de Justicia un artículo 103 bis en la Ley Hipotecaria, que atribuía a los registradores la competencia en materia de conciliación, en un salto cualitativo



sin precedentes, que permite a dichos funcionarios recoger voluntades de los particulares y generar un documento público, función lógicamente propia de los notarios.

El mismo Director General impulsó, al final de su mandato, la aprobación de la Orden de Justicia 319/2018, de 21 de marzo, que exige a las sociedades la declaración del titular real ante el Registro Mercantil en el momento de depositar las cuentas anuales, con la idea diáfana de crear un registro de titularidades reales adscrito al Registro Mercantil. Tal disposición normativa cayó como un jarro de agua fría en la corporación notarial, que no fue consultada, pues al amparo del artículo 8.b del Reglamento de la ley de Blanqueo de Capitales, Real Decreto 304/2014, que preveía la creación de una base de datos de titularidad real por el Consejo General del Notariado, los notarios la hemos implementado efectivamente, después de grandes esfuerzos materiales y personales, con muy buena aceptación de los operadores y el empresariado, pues introduce un sistema muy completo de publicidad limitada acorde con el tráfico mercantil.

La iniciativa del Gobierno popular de crear un registro mercantil de titularidades reales, después de haber impulsado la creación de la BDTR notarial, no pareció sino lo que realmente era, es decir, un intento a posteriori de modificar la elección de la corporación responsable. Se esgrimió

para la adopción de tal decisión el tenor de la Directiva UE 2015/849 pero la misma no es terminante, puesto que deja abiertas otras opciones y, en cambio no se tuvo en cuenta la opinión del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que había elogiado la excelencia de la BDTR notarial y recomendado que España haga pivotar en ella esta materia. Desde luego, la Orden 319/2018 ha generado alarma en los sectores económicos implicados, por cuanto la publicidad abierta del registro Mercantil se percibe como excesiva e incompatible con una materia como ésta muy sensible para las sociedades. Creado el problema, las espadas siguen en alto, a la espera de las decisiones de la actual Ministra de Justicia Dolores Delgado y su Director General de los Registros y del Notariado, el notario Pedro Garrido.

Llegados a este punto cabe plantearse cuál es el futuro de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva. A largo plazo, el mantenimiento de la actual situación no parece demasiado viable. Nunca hay que descartar nada, pero es muy difícil un acuerdo que permita generar un nuevo escenario y superar de manera estable los actuales desencuentros, que tanto debilitan el sistema y que tal vez sean estructurales. Sin duda lo óptimo sería una Ley de Seguridad Jurídica Preventiva que definiese bien las características y límites de ambas funciones. Este es un viejo objetivo del notariado (Belloch fue su gran defensor) y de la mayoría de Ministros de Justicia de las últimas décadas. Pero han pasado los

años y los gobiernos, y dicha ley no se ha aprobado y difícilmente se aprobará, como se deduce de todos los hechos relatados. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la configuración de la función registral en España no tiene parangón en Europa y que el reproche social episódico de solapamiento y duplicidad de costes, sea o no fundamentado, existe y no puede obviarse. Por todo ello, a la vista además de todos los acontecimientos de los últimos años, que he procurado relatar con objetividad, la mejor opción para ambos colectivos y para el interés general es fusionar ambos colectivos en un sólo cuerpo, preferentemente manteniendo ambas funciones.

El proyecto tecnológico del notariado

La revolución digital sigue avanzando imparablemente y de manera veloz en todos los ámbitos de nuestra sociedad, planteando constantemente nuevos retos a juristas y profesionales. Es sin duda el gran desafío de los próximos años para el notario y el equipo humano de sus empleados, lo que exige un esfuerzo continuado de formación y adaptación constante de conocimientos.

Con ocasión del decimoquinto aniversario de la creación de la Agencia Notarial de Certificación (ANCERT) tuve ocasión de exponer que, a mi juicio, el proyecto tecnológico del notariado es uno de los grandes ejes sobre los que ha pivotado la profesión desde los inicios del siglo XXI. La perspectiva que da el paso del tiempo ha revelado el acierto del impulso y desarrollo de esta línea estratégica, una de las grandes apuestas del notariado con posterioridad a la Constitución. El hito inicial de la ley 24/2001 y el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, tuvo su posterior desarrollo en la creación del Órgano Centralizado de Prevención (OCP) en 2005 y en el Nuevo Índice único, que entró en vigor en 2007, y en otros importantes proyectos como la implementación del Archivo de titularidades reales y el programa único de gestión notarial, AGN, que, entre otras muchas aplicaciones, han situado indudablemente al notariado durante estas décadas en la vanguardia de la aplicación de las nuevas tecnologías y la firma electrónica en España.

Para impulsar, organizar y gestionar el uso de la firma electrónica notarial se creó la



Agencia Notarial de Certificación (ANCERT) en 2002, que en todos estos años ha sido el elemento determinante y catalizador del gran salto adelante de la profesión en el campo de la firma electrónica. Las cifras anuales son impresionantes: nada menos que 20.000 certificados emitidos, 25 millones de firmas electrónicas de notario, 14'5 millones de sellos de tiempo y 60 millones de validaciones de certificados. Actualmente Ancert es la entidad número uno en el uso de la firma electrónica en nuestro país.

El objetivo de la ley debe situarse dentro del proceso general europeo de modernización de la justicia en el siglo XXI. Recordemos que ya la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 16 de Septiembre de 1986 animaba a adoptar las medidas necesarias para evitar la carga excesiva de los tribunales.

La utilización por los notarios de la firma electrónica ha permitido la mejora cuantitativa y cualitativa del servicio público que prestamos a particulares, empresas, y a la sociedad en general, en la medida que se han podido agilizar muchas actuaciones, introducir nuevas prestaciones, y ahorrar en definitiva tiempo y costes. Es continuo y constante el flujo de copias remitidas entre notarios mediante firma electrónica. Podríamos hablar, igualmente, de los miles y miles de copias que se remiten telemáticamente a los diversos registros y Administraciones Públicas, la obtención telemática de certificaciones del Catastro y deudas de los Ayuntamientos, la constitución de sociedades *on line* o la liquidación telemática de impuestos, en fructífera colaboración con la mayoría de CCAA. Todo esto, que se canaliza a través de ANCERT, y se dirige desde el Consejo General del Notariado, que marca las directrices político-corporativas y las prioridades operativas, constituye una auténtica revolución, que se ha producido y se sigue produciendo en el día a día de las notarías en beneficio de los ciudadanos.

Una sección muy potente de nuestro proyecto tecnológico, y que goza de la mayor valoración por parte de los poderes

públicos, deriva del gran esfuerzo del notariado en la última década en la lucha contra el fraude y el blanqueo de capitales, que se ha vehiculado a través de la ingente base de datos que constituye el Índice Único, y que se genera laboriosamente con la remisión del índice de todos los instrumentos autorizados por el notario, uno a uno, con su firma electrónica. Un gran esfuerzo colectivo que permite elaborar la segunda mayor base de datos de nuestro país, inmediatamente después de la de la Agencia Tributaria Estatal (AEAT). Son miles y miles los actos delictivos que cada año nuestras autoridades y tribunales pueden neutralizar o sancionar gracias a las comunicaciones que remiten los notarios a la OCP para su posterior puesta en conocimiento del SEPLAC.

El notariado ha hecho una gran apuesta en las dos últimas décadas por la utilización de las nuevas tecnologías en la prestación de la función notarial, mediante la interconexión de los numerosos proyectos y aplicaciones en una única red notarial integrada que une en un mismo sistema de alta tecnología a la totalidad de los casi tres mil notarios, lo que permite la prestación del servicio público notarial en igualdad de condiciones, también tecnológicas, a las personas, familias y empresas de todo el país. Esta apuesta debe seguir, y seguirá, pues va íntimamente ligada a la modernización y adaptación constante de la profesión a la evolución de la sociedad.

Hay sin embargo un escollo que debe evitarse en el desarrollo futuro del apartado tecnológico, pues es un peligro que se atisba en algunas decisiones corporativas de los últimos tiempos: la imperatividad coercitiva de las decisiones que, llevadas al extremo, pueden llegar afectar y debilitar la autonomía funcional del notario, que es consustancial a su configuración y que le diferencia del funcionario puro. En la Declaración de las Jornadas de Zaragoza de 2008 se dijo "Las nuevas tecnologías no pueden, en ningún caso, alterar las características sustanciales de la fe pública...puesto que en tal caso se deterioraría gravemente el valor constitucional de seguridad jurídica que los ciudadanos tienen derecho a exigirnos. Las nuevas tecnologías no son un fin en sí mismas, sino un medio, un valioso instrumento coadyuvante del notario en la óptima prestación del servicio público notarial. Son las nuevas tecnologías las que



deben estar al servicio del notario y no a la inversa."

El proyecto tecnológico del notariado, rectamente orientado, complementa y potencia el trabajo del notario en el desarrollo de lo que éste ha sido, es y debe seguir siendo de manera esencial por encima de todo: un profesional y funcionario del Estado que da fe, controla y garantiza la legalidad de los actos que autoriza, con el plus cualificado del asesoramiento a las partes imparcial y reequilibrador.

El hito histórico de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria

La Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015 ha sido un hito en la historia reciente del notariado, probablemente el acontecimiento más importante para la profesión en las últimas décadas, junto con la fusión con el cuerpo de corredores de comercio en el año 2.000. No de otra manera podemos calificar la atribución de más de veinte nuevas competencias en un ámbito, además, en el que históricamente los notarios habíamos estado presentes durante siglos y del que quedamos apartados a raíz de la ley del Notariado, al separarse la fe pública judicial y extrajudicial. Dicha ley, por una parte, refuerza la centralidad de la función notarial en el ámbito extrajudicial, ampliando significativamente el perímetro de actuación de la fe pública,



y por otra parte, potencia el carácter de autoridad pública del notario en la medida que otorga carta de naturaleza a su actuación en campos reservados anteriormente al juez.

Fue una ley largamente esperada, que llegó con mucho retraso, con catorce años de retraso exactamente. La disposición Final decimoctava de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 ordenaba desarrollar en el plazo de un año una Ley de Jurisdicción Voluntaria para extraer de la vía judicial los asuntos en los que no exista controversia. El año 2007 el Gobierno del PSOE tuvo que retirar del Senado un primer proyecto de ley por la fuerte oposición de los distintos operadores implicados. Cabe destacar que en Cataluña ya el año 2010 hubo un importante precedente, dado que bajo el impulso del Centre d'Estudis del Departamento de Justicia, se aprobó un valioso "documento de desjudicialización" que hacía una propuesta de consenso entre los diversos operadores jurídicos catalanes, con contenidos ambiciosos e innovadores. En concreto, dicho documento planteaba atribuir a los notarios la competencia en matrimonio, separación y divorcio de mutuo acuerdo, algo que no había sido contemplado en el proyecto de ley de 2006-2007. Es un texto que más tarde se tuvo en cuenta al hacer las propuestas notariales en este apartado.

El objetivo de la ley debe situarse dentro del proceso general europeo de modernización de la justicia en el siglo XXI.

Recordemos que ya la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 16 de Septiembre de 1986 animaba a adoptar las medidas necesarias para evitar la carga excesiva de los tribunales. La ley 15/2015, en esta dirección, persigue el objetivo declarado de descargar a la Administración de Justicia de aquellos asuntos en los que no exista propiamente controversia y que no requieran de la intervención de un juez para la tutela de derechos e intereses relativos al Derecho civil y mercantil. Los notarios, así como otros juristas recibimos nuevas funciones que hasta ahora eran de ámbito judicial. El notario Antoni Bosch va más allá y ha dicho que esta y otras reformas "tienen un objetivo numérico claro: aliviar los Presupuestos Generales del Estado de unos déficits públicos que hoy parecen insostenibles... Técnicamente, la atribución de funciones de jurisdicción voluntaria a los notarios-entre otros- no es una privatización de las mismas, sino una desconcentración administrativa" puesto que el notario es un funcionario dependiente jerárquicamente del Ministerio de Justicia.

El Notario ha sido un eje importante de la ley de Jurisdicción Voluntaria. De hecho, socialmente se ha identificado esta novedosa ley sobre todo con la figura notarial. Puede afirmarse que ha sido una muestra de confianza hacia la profesión por parte de los poderes públicos y de la sociedad, que ha optado decididamente por dar nuevas opciones a los ciudadanos para el ejercicio de su libertad civil. Seguramente no ha sido ajeno a esta elección el hecho de que la figura del notario reúne una serie de condiciones que creemos le hacen idóneo para asumir nuevas responsabilidades en este campo: la doble condición de funcionario público y profesional del derecho, formación jurídica cualificada, imparcialidad, independencia, extensa implantación territorial, y tener un avanzado sistema telemático que integra todas las notarías del Estado.

Tradicionalmente los notarios hemos asistido y protegido jurídicamente a los ciudadanos en los momentos más importantes de su vida: comprar una vivienda, constituir una sociedad u otorgar un testamento y, a partir de ahora, también al celebrar un matrimonio, separarse o divorciarse de mutuo acuerdo, si no hay hijos menores de edad o con capacidad modificada judicialmente. Pero se trata

de muchos más actos jurídicos, que hasta ahora se tenían que tramitar judicialmente, a menudo pequeñas gestiones jurídicas, con largas e incómodas tramitaciones que ahora se pueden resolver de manera accesible, sencilla y rápida ante notario, como el nombramiento del contador partidor dativo y su aprobación, la renuncia o prórroga del albacea, la adverbación de un testamento ológrafo, también las declaraciones de herederos entre colaterales, la *interpellatio in iure*, la consignación, la conciliación o el procedimiento monitorio de reclamación de deuda. En muchos casos, además, la nueva competencia supone un salto cualitativo, la atribución de un cierto poder jurisdiccional, aunque técnicamente no sea así propiamente.

La sociedad está haciendo estos últimos años una apuesta importante no sólo por la jurisdicción voluntaria sino que está avanzando decididamente en todas las instituciones que se enmarcan dentro del ámbito de la solución alternativa de conflictos, es decir, el arbitraje, la mediación y la conciliación. Pensemos que cada año se generan más de ocho millones de procedimientos judiciales en nuestro país, lo que quiere decir que quedan inmovilizados durante años miles y miles de millones de euros objeto de los pleitos en marcha con importantes costes para ciudadanos y empresas. La indiscutible calidad técnica de nuestros jueces y magistrados no logra revertir esta situación a pesar de todos los esfuerzos, pues se trata de un problema estructural de falta de medios materiales y personales.

Hay, por tanto, un interés general de nuestra sociedad en el fenómeno de la desjudicialización, que seguirá impulsándose incluso de manera creciente en el futuro. El notariado, que siempre se ha sabido adaptar a la evolución y a las demandas de la sociedad, tiene un papel importante que jugar en este campo, asumiendo nuevas funciones y competencias, que no desnaturalizan en absoluto su función sino que la complementan y potencian, especialmente en lo referente su carácter de profesional del derecho. La figura del notario goza de una credibilidad y confianza sociales que encaja perfectamente en unas instituciones que se basan en la voluntariedad de las partes y la búsqueda de soluciones rápidas, eficaces y con pleno rigor jurídico.



También es preciso recordar que, por la voluntad política del Gobierno y partidos, pero igualmente por la actuación proactiva de los responsables notariales actuales- y aquí debo decir que en nuestra etapa en la dirección del Colegio Notarial de Cataluña y en el Consejo General del Notariado esta materia ha sido una prioridad principal-, se han aprobado una serie de leyes los últimos años, un auténtico nuevo marco normativo, que ha incorporado decididamente al notario en el conjunto de las distintas modalidades de la solución alternativa de conflictos, en concreto, la reforma de la ley de Arbitraje, ley 11/2011, que permite ser árbitros de derecho a los notarios y otros juristas, a diferencia de la anterior regulación que requería ser abogado en ejercicio, ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la repetida ley 15/2015 que introduce la Conciliación notarial. Diversos Colegios Notariales han creado Cortes Arbitrales y Fundaciones de Mediación y Conciliación, que paulatinamente van avanzando y consolidándose dentro del mundo jurídico y empresarial. Hay aquí un camino importante a recorrer y mucho que aportar a la sociedad.

Políticas notariales de los Gobiernos constitucionales

No es este el lugar adecuado para hacer un estudio minucioso y exhaustivo de toda la legislación afectante al notariado por los distintos gobiernos habidos en España con posterioridad a la Constitución de 1978. Sí puede desarrollarse un estudio más modesto que analice las decisiones y los debates más importantes así como las grandes tendencias en las distintas etapas, que al final son un reflejo de la evolución de la profesión y también de la sociedad en todos estos años.

Desde mi particular punto de vista, para iluminar este análisis secuencial es preciso con carácter previo recordar una vez más la doble condición del notario de funcionario público y profesional del derecho, propia del notariado latino. Siendo esto así desde la Ley del Notariado de 1862 y declarado expresamente por el Reglamento Notarial de 1944, resulta bastante diáfano que en el desarrollo de la profesión en el curso del Siglo XX, hasta la aprobación de la Constitución, prevalece como elemento definidor de la figura del notario el de profesional del derecho, como profesional en definitiva que ejerce una función pública



por delegación del Estado. Ciertamente, el notario está encuadrado jerárquicamente en el Ministerio de Justicia, con dependencia directa de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pero la mayoría de sus miembros se perciben y son percibidos por la sociedad como fedatarios sin duda, pero especialmente como expertos juristas que asesoran a las partes, redactan los contratos y ejercen con la independencia propia de un profesional.

A finales del mandato del Gobierno socialista se aprobó una ley que habría de tener gran trascendencia corporativa y también, incluso más, para el interés general: el artículo 55 de la ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas suprimió con carácter general la intervención del notario en los contratos de la Administración, estableciendo que los mismos se formalizarían en documento administrativo, siendo título inscribible, salvo que la otra parte solicite la elevación a escritura pública, siendo los gastos de su parte.

Ello no obstante, como veremos, los gobiernos constitucionales que se constituyen a partir de la transición tienen

una consciencia muy clara del carácter de funcionario público del notario y manifiestan una voluntad decidida de legislar en diversos aspectos de la función pública, con especial incidencia en las materias del arancel y la planta o demarcación, sin perjuicio de algunas iniciativas más extremas, que no llegan a prosperar. Veremos también cómo el notariado, a partir sobre todo de la primera década del presente siglo, inicia una clara evolución y va adaptándose a los nuevos contextos y demandas sociales.

Conviene resaltar que el primer Gobierno de la UCD, presidido por Adolfo Suárez, elegido ya democráticamente en las elecciones de junio de 1977, pero anterior a la aprobación de la Constitución, tomó algunas decisiones importantes para los notarios. En virtud del RD 427/1978, de 10 de febrero, siendo Ministro de Justicia Landelino Lavilla (1977-1979), se aprobó la revisión de la Demarcación, creándose un total de ciento noventa y tres plazas, con la finalidad de adaptar la planta a las nuevas circunstancias económicas y de prestación del servicio público. La utilización del mecanismo de la revisión de la Demarcación por los sucesivos gobiernos post-constitucionales supondrá a la larga un incremento muy importante de las plazas y, por tanto, una modificación sustancial de las condiciones de la prestación de la función. Unos meses antes, el 27 de Octubre de 1977, se habían suscrito por todos los partidos políticos los llamados Pactos de la Moncloa, que tan importantes se revelaron



para el futuro económico del país. Al parecer, en las sesiones de debate previo se puso en cuestión el estatuto jurídico del notario, planteando algunas formaciones una funcionalización plena, habiendo sido rechazada la propuesta principalmente por los partidos de izquierda y en especial por el partido Comunista, por entender acertadamente que la figura del notario es muy útil para evitar los excesos y abusos de los agentes económicos.

Formado el primer gobierno constitucional por Adolfo Suárez, después de haber ganado las elecciones de marzo de 1979, el Ministerio de Justicia tiene que resolver en primer lugar el importante reto del encaje, no siempre fácil, de las nuevas competencias de las CCAA en materia notarial que regulan los respectivos Estatutos, en especial el de Cataluña de 18 de Diciembre 1979, dentro del carácter de cuerpo único estatal del notariado que contempla el artículo 149.1.8 de la CE. A ello me he referido en otro apartado, habiendo dejado bastante clarificada la situación competencial la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional 67/1983, de 22 de julio, dictada ya en el periodo siguiente.

Además, de manera un tanto sorprendente, tratándose de un gobierno de centro derecha de inspiración liberal y democristiana, se volvió a plantear muy seriamente la conversión de los notarios (y los registradores) en funcionarios puros, que finalmente fue rechazada después de haberse provocado una crisis de Gobierno,

con dimisión presentadas al parecer por algunos Ministros que no llegaron a materializarse finalmente. Seguramente pesaron en la propuesta tanto las presiones de los partidos de izquierda radical como la ideología economicista, de influencia anglosajona, de algunos responsables económicos del gobierno. Una última medida del Gobierno de la UCD, siendo ministro de Justicia Pío Cabanillas, fue positiva para el adecuado sostenimiento de la oficina notarial: en virtud de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 25 de septiembre de 1982, se aprobó la actualización del arancel al coste medio ponderado del documento, en base al artículo 63 del reglamento Notarial, lo que permitió soslayar transitoriamente las carencias del arancel entonces vigente, regulado por Decreto 644/1971.

Los gobiernos socialistas de Felipe González (1982-1996) iniciaron también su gestión en el campo notarial aprobando una nueva demarcación, siendo Fernando Ledesma Ministro de Justicia (1982-1988), en virtud del Real Decreto 1163/1983, de 30 de marzo, por la que se crearon nuevamente trescientas once plazas. El mismo año se aprobó la importante ley 29/1983, de 12 diciembre por el que se avanzaba la edad de jubilación forzosa de los notarios, de 75 a 70 años. Por otra parte, en virtud de la ley Cambiaria y del cheque 16/1985, de 16 de julio el notario quedó en la práctica fuera de la intervención de los protestos de letras, cheques o pagarés, al dársele el

mismo carácter ejecutivo a la declaración hecha por el domiciliatario, normalmente la entidad financiera, excepto que se hubiese exigido el levantamiento del protesto, expresamente, por parte del librador en el momento de emisión del título. Los notarios tenían la sensación de estar en el punto de mira de la Administración y contemplaban con cierta impotencia las distintas medidas que iban laminando su profesión.

Una medida trascendente, de muy largo alcance para la función, ya en el segundo mandato del gobierno socialista, fue la contenida en el la Disposición Adicional Décima de la ley de Presupuestos de 1988, ley 33/1987, que suprimió el tradicional turno de las escrituras de las Cajas de Ahorro. Se previó en dicha norma que los Colegios Notariales pudiesen adoptar normas compensatorias internas para dichas operaciones, pero los Tribunales de Justicia han anulado sistemáticamente dichos acuerdos colegiales por vulneración de las normas de la competencia. En este caso, la iniciativa legislativa no fue impulsada directamente por la Administración sino que provino de las presiones de las entidades, sin duda, aunque también es cierto que quizás la corporación pudo haber hecho más. Sea como fuere, lo cierto es que se trataba de un adecuado mecanismo de solidaridad, que convendría recuperar, que se basaba en el carácter de funcionario público del notario y que reforzaba su independencia e imparcialidad, aparte de hacer de dique de contención de un problema que se ha ido agudizando en los últimos años, la excesiva concentración de firmas en las entidades financieras, de la que se derivan una serie de disfunciones negativas que deben ser corregidas por la corporación.

Un nuevo y decisivo envite para el notariado se planteó con el proyecto de Ley de Tasas y Precios Públicos, impulsado a mediados de 1988 especialmente por el entonces poderoso Secretario de Estado de Hacienda, Josep Borrell, que aun manteniendo formalmente la remuneración por arancel del notario la convertía en una tasa o precio público, que implicaba de facto la funcionalización plena, en cuanto cambiaba sustancialmente la estructura y naturaleza de la función. La propuesta, con la que ya se había amagado en la etapa de los gobiernos de centro derecha anteriores, aun con formato distinto, ahora por primera vez se vehiculaba frontalmente en forma de



texto articulado destinado a convertirse en ley. El tema fue portada de los principales medios de comunicación de la época, que en muchos casos transmitían una imagen del notario como cuerpo jurídico privilegiado al que había poner en vereda.

Después de meses de debate público y de múltiples desencuentros, la realidad se acabó imponiendo: el notario sostiene económicamente la oficina pública notarial sin coste alguno para el Estado prestando un servicio público de calidad a un precio razonable. Poner en peligro el modelo con el socavamiento del sistema regulado de la remuneración por arancel era negativo para la economía, para la sociedad y para el propio Estado. Finalmente, fue aprobada la Ley de Tasas y Precios Públicos 8/1989, de 13 de abril, que en esencia mantenía la naturaleza del arancel con el único cambio que se tarifaba por el valor declarado en la escritura y no por el valor real de mercado. Pocos meses después se aprobó el nuevo arancel notarial, Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, que actualizaba de manera adecuada la remuneración del notario. Ambas normas crearon un marco estable, que ha permitido ejercer la profesión y prestar el servicio público notarial en unas condiciones suficientes durante más de dos décadas. Fue decisiva la gestión prudente y eficaz de los dirigentes notariales de aquel momento, el Presidente Roberto Blanquer Uberos y el Vicepresidente Juan José López Burniol.

La Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y novación de préstamos hipotecarios, que introdujo un innovador procedimiento para que el deudor pudiese cambiar la hipoteca de entidad financiera, fue al mismo tiempo pionera en introducir rebajas arancelarias. En lo sucesivo, fue cada vez más habitual rebajar los aranceles notariales cuando el ejecutivo y legislativo aprobaban algún tipo de medida social, sobre todo en el mercado inmobiliario e hipotecario. Hasta un total de cerca de setenta rebajas arancelarias, de distinta importancia, han ido socavando el arancel aprobado en 1989, hasta el punto que hoy día muchos documentos no cubren su coste. El mismo año, el Real Decreto 2038/1994, de 14 de Octubre volvía a revisar la demarcación de manera fuertemente expansiva, creando un total de ciento ochenta y ocho plazas. El efecto combinado de las rebajas arancelarias y la revisión constante al alza de la Demarcación, que



estos años fueron moneda corriente, en caso de tener continuidad indefinida en el tiempo, a la larga harían inviable el sostenimiento económico de la oficina notarial, por razones obvias.

A finales del mandato del Gobierno socialista se aprobó una ley que habría de tener gran trascendencia corporativa y también, incluso más, para el interés general: el artículo 55 de la ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas suprimió con carácter general la intervención del notario en los contratos de la Administración, estableciendo que los mismos se formalizarían en documento administrativo, siendo título inscribible, salvo que la otra parte solicite la elevación a escritura pública, siendo los gastos de su parte. Dicha ley derogó el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobaba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, cuyo artículo 50 establecía la obligatoriedad de la escritura pública en todos los contratos que tuviesen que acceder a algún registro y todos los que cuantía superior a tres mil euros (quinientas mil pesetas de la época). Visto en perspectiva histórica de cómo han evolucionado las cosas, creemos que era muy positiva para el interés general la intervención en la contratación de las Administraciones de un fedatario público externo, como el notario, independiente e imparcial, que controlaba la legalidad de dicha contratación. Merece una seria reflexión de cara el futuro la revisión de esa decisión legislativa.

La llegada al Gobierno del partido Popular de José María Aznar (1996-2004) en marzo de 1996 supuso el inicio de una etapa de fuerte contenido liberal en la política económica, que pronto habría de tener su traducción en medidas legislativas de fuerte impacto reformista y desregulador. La función notarial, en consecuencia, en esta etapa soportó fuertes presiones en el flanco contrario al de la etapa anterior, derivadas sobre todo de medidas liberalizadoras impulsadas desde los Ministerios de Economía y Hacienda. De momento, sin embargo, el Gobierno dio continuidad a la política de rebajas arancelarias de los gobiernos anteriores. El Real Decreto 2616/1996 ahondó en las reducciones en materia de subrogaciones y novaciones. De mucho mayor calado fue el contenido del Real Decreto Ley 6/1999 de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia, en virtud del que se redujo el arancel nada menos que un veinticinco por ciento en las escrituras de constitución, novación, subrogación y cancelación de préstamos y créditos hipotecarios.

Las medidas más liberalizadoras estaban por venir: en 1999 se tuvo noticia de un proyecto legislativo del Gobierno que planteaba una muy fuerte desregulación de la profesión, que implicaba un cambio esencial en el estatuto jurídico del notario, por cuanto, de una parte, se preveía que el notario, que seguía teniendo una plaza asignada, sin embargo podía desplazarse y autorizar escrituras por todo el territorio nacional y, de otra parte, se instauraba

un arancel de máximos, por lo que por debajo de ese límite el arancel era de libre negociación con los particulares que reclamasen su ministerio. Una auténtica revolución, nada positiva para los ciudadanos, pues la fe pública no puede ser objeto de negociación ni someterse a una competencia prácticamente sin límite entre los fedatarios sin menoscabo del principio constitucional de seguridad jurídica.

Esta reforma radical del sistema notarial no llegó a cuajar, aunque en virtud del Real Decreto Ley 6/2000, de 6 de junio, sí se aprobó una reforma más limitada pero que estaba animada del mismo espíritu liberalizador, dado que se autorizó que el notario podía hacer descuentos de hasta un diez por ciento y se dispuso que el arancel era de libre negociación a partir de una determinada cuantía. Estas medidas han tenido un efecto negativo y generado disfunciones graves que habrán de corregirse más pronto que tarde. El notario, que es lo que se ha dado en llamar un “guardabarreras” o *gatekeeping*, ve debilitada su labor de controlador jurídico como representante del Estado si está sujeto a una negociación de su remuneración con las mismas partes a las que tiene que fiscalizar. O lo que es lo mismo, el funcionario público que vigila el correcto funcionamiento del mercado no puede estar sujeto a las leyes del mercado.

Con el inicio del nuevo siglo es preciso destacar positivamente que el Consejo General del Notariado acredita, quizás por primera vez desde la aprobación de la Constitución, tener un proyecto de renovación y modernización de la profesión para ofrecer a la sociedad y a los poderes públicos, que acaban por dar apoyo en algún caso relevante como veremos a estos proyectos corporativos.

Los efectos de esta política neoliberal se dejaron sentir en otro sector muy sensible a la profesión, las mutualidades de empleados de notarías y de notarios, que el Gobierno identificó como organismos a extinguir por considerar que entorpecían el ejercicio y la competencia libre entre notarios, de acuerdo con la ideología imperante en ese

momento. La Orden de 16 de Enero de 1997 decretó la desaparición de la Mutualidad de Empleados de Notarías, que pasaron a integrarse en la seguridad social, y en virtud del Real Decreto 1505/2003, de 28 de noviembre, se disolvió la Mutualidad Notarial, en la que estaban integrados la totalidad de los notarios, incorporándose igualmente en la Seguridad Social, con una serie de problemas añadidos en cuanto a la liquidación de sus activos entre los mutualistas, que se ha tardado más de una década en poder solucionar. Sea por convicción propia o por pasividad ante la Administración, la dirección notarial de la época no se opuso a estas medidas, aunque quizás tampoco podía hacerlo eficazmente. Lo cierto es que la mayoría de notarios y empleados lamentaron estas decisiones.

En el mismo apartado de simplificación y reducción de instituciones y organismos corporativos hay que situar la fusión de notarios y corredores de comercio, en virtud de la Disposición adicional vigésimo cuarta de la ley 55/1999, desarrollada por otras disposiciones posteriores, materia a la que he dedicado un capítulo de este trabajo. De todas formas, según mi criterio, que allí he desarrollado, esta última reforma tiene otras connotaciones distintas y muy relevantes para la profesión, en la medida que en términos históricos supone alcanzar la unificación de la fe pública extrajudicial, lo que refuerza y potencia hacia el futuro con fuerza la figura del notario.

Con el inicio del nuevo siglo es preciso destacar positivamente que el Consejo General del Notariado acredita, quizás por primera vez desde la aprobación de la Constitución, tener un proyecto de renovación y modernización de la profesión para ofrecer a la sociedad y a los poderes públicos, que acaban por dar apoyo en algún caso relevante como veremos a estos proyectos corporativos. El presidente Juan Bolás y el Vicepresidente José Félix Belloch, que incorporó a la gestión corporativa todo el bagaje del fuerte empuje asociativo de este periodo, junto con otras personalidades corporativas destacadas, como el Decano de Aragón, Honorio Romero, impulsaron, además de la histórica fusión con los corredores de comercio, otras medidas de gran calado.

Cabe resaltar, en primer lugar, que este equipo directivo dio inicio a la apuesta decidida del CGN por la incorporación de las

nuevas tecnologías a la función notarial y los más modernos sistemas de comunicación telemática, a lo que ya he hecho referencia anteriormente. El Colegio de Cataluña tuvo especial protagonismo en los inicios del proyecto tecnológico notarial, con el pleno respaldo del Consejo General del Notariado, cuyos hitos principales fueron la creación el 29 de junio de 2002 del Instituto Notarial para las Tecnologías, SL. (INTI) y en febrero de 2003 del índice Informático Notarial, y la constitución, al amparo de la ley 59/2003 de firma electrónica, de la Agencia Notarial de Certificación (ANCERT). El notariado se situaba, frente al resto de operadores y la Administración, en la vanguardia de la utilización de las nuevas tecnologías.

A nivel legislativo, la ley 24/2001, de 27 de diciembre, supuso un refuerzo muy importante de la función notarial y un aval significativo por parte del Gobierno a la profesión, poniendo el acento sobre todo en la función pública que ejerce el notario. Sus efectos han sido de muy largo alcance, perdurando incluso en la actualidad. Podemos destacar, sobre todo, el artículo 96 que regula el acceso del notario a los libros de registro, precepto que se ha incumplido sistemáticamente hasta hoy, situación que ya hace tiempo que es insostenible; el artículo 98 que reconoció y consagró el valor del juicio notarial de suficiencia de poderes que, supuso un cambio sustancial en el funcionamiento del sistema de seguridad preventiva y que, a pesar de las situaciones de práctica rebeldía que se ha producido en muchos casos durante bastantes años, ha supuesto un salto adelante en la garantía del principio constitucional de seguridad jurídica; y sobre todo el artículo 115 de la ley que introdujo el artículo 17 bis de la ley del Notariado, precepto que reconocía legislativamente por primera vez la presunción de veracidad e integridad del documento público notarial, tanto en formato papel como en formato electrónico.

El regreso del partido socialista bajo la Presidencia de José Luis Rodríguez Zapatero (2004-2011) dejó atrás en buena medida las iniciativas desreguladoras y la recuperación de las políticas socialdemócratas, aunque de tipo más moderado que en las décadas de los ochenta y noventa, bajo la supervisión de la rigurosa política económica de la UE, de clara y exigente influencia alemana. Ello no fue óbice para dar continuidad, en el ámbito notarial, a las consabidas medidas



de rebajas arancelarias y demarcaciones expansivas.

Entre las primeras, podemos citar las incluidas en la ley 41/2007, de 7 de Diciembre de Reforma del Mercado Hipotecario que, en una confusa redacción que dio pie a fuertes controversias, estableció que las escrituras de novación, subrogación y cancelación de hipoteca pasaban a ser documento sin cuantía, que tienen un arancel sensiblemente inferior. Cabe añadir igualmente la rebaja del cinco por ciento derivada del Real Decreto Ley 8/2010 por el que se adoptaban medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Se aplicó a todos los funcionarios públicos, aunque el notario no cobra del erario público y, por tanto, difícilmente podía tal medida contribuir a la disminución del déficit, sin perjuicio de que tal vez pudiese tener algún sentido como medida de solidaridad. Lo que desde luego se entiende con mayor dificultad es el hecho de que con el tiempo al resto de funcionarios se les ha revertido el importe de estas medidas pero, en cambio, el notario no parece merecer la misma consideración. Algo conceptualmente muy difícil de aceptar.

A finales de 2008 hubo un intento de aplicar una nueva rebaja arancelaria, en este caso de carácter radical, mucho más elevada, que hubiese obligado a reducir drásticamente la estructura los despachos notariales y, sin duda, hubiese repercutido en la calidad del servicio público, pero finalmente la medida se desechó, posiblemente en atención a este tipo de consideraciones. En este periodo, igualmente se aprobó una nueva Demarcación, Decreto 173/2007 que, aparte de la controversia que tuvo su aprobación estatal después de la entrada en vigor del Estatut de Catalunya, sin tener en cuenta las competencias de la Generalitat, en definitiva volvía a crear, como ya hemos dicho, doscientas veinte plazas, la mayoría de ellas innecesarias e incluso contraproducentes, como pronto se pudo comprobar, al quedar reiteradamente vacantes y generar una serie de disfunciones en el servicio público. Con la nueva revisión de la Demarcación, la corporación alcanzaba ya la cifra de tres mil ciento noventa y tres plazas, aproximadamente el doble de las que existían en 1978, veinte años antes, en el

momento de realizar la Demarcación de ese año (1545). En dicha cifra están incluidas las 736 plazas de corredores de comercio que se integraron con ocasión de la fusión en el año 2000.

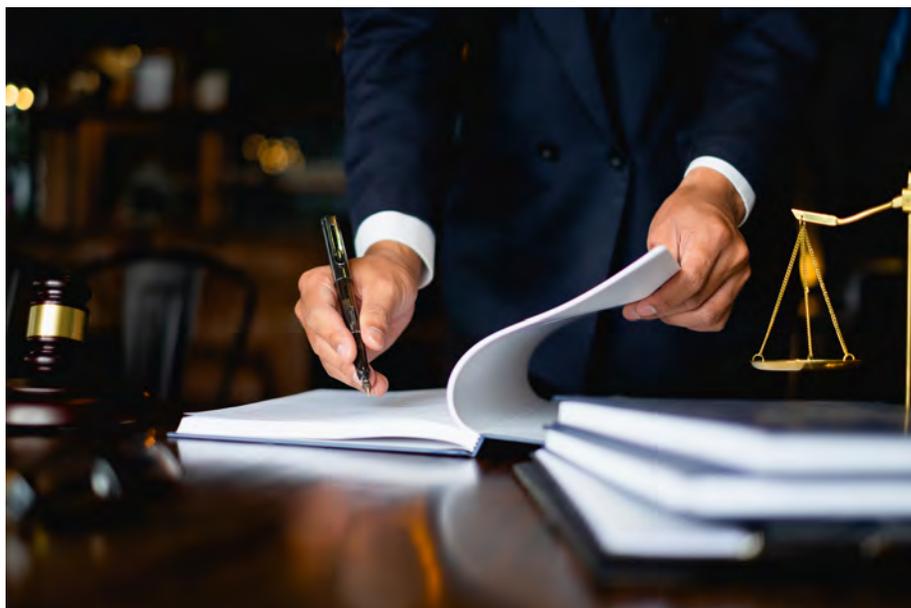
La situación, con la adopción reiterada de estas medidas, en el marco de la aguda crisis económica que atravesaba el país, pronto se hizo especialmente difícil para el sostenimiento de muchas notarías, que en muchos casos entraron en situación de pérdidas por primera vez, algo impensable hasta aquel momento. Los notarios empezaron a quejarse por la adopción sistemática de este tipo de medidas, que debilitaban su función pública y que tantos problemas económicos y de deterioro su imagen pública les provocaba.

Esta etapa, siendo Directora General de los Registros y del Notariado Pilar Blanco Morales (2004-2009), con los Ministros Juan Fernando López Aguilar y Mariano Fernández Bermejo, fue especialmente prolífica en el impulso de proyectos legislativos, que en muchos casos potenciaban la función notarial desde la vertiente de ejercicio de una función pública. En algunos casos, sin embargo, estas iniciativas no prosperaron, según ya he comentado, como el proyecto de ley de Jurisdicción Voluntaria, que tuvo que ser retirado del Senado por falta de consenso entre los operadores o la llamada hoja de ruta para la reforma del modelo de seguridad jurídica preventiva, que preveía la fusión por absorción del cuerpo de

registradores y que, después de un periodo de fuertes polémicas, finalmente también quedó aparcada con el Ministro José Caamaño. También la ambiciosa reforma del Reglamento Notarial operada en virtud del Real Decreto de 19 de Enero de 2007 resultó parcialmente frustrada, después de la impugnación ante el Tribunal Supremo y posterior sentencia de éste que anuló buena parte del nuevo articulado, como analizaré en el apartado siguiente.

En estos años, bajo la presidencia en el Consejo General del Notariado de José Marqueño (2005-2008), aún con el telón de fondo forzosamente crítico de lo anterior, se tuvo el acierto de intensificar la colaboración con los tribunales y la Administración en la lucha contra el fraude fiscal y el blanqueo de capitales, potenciando cada vez más el carácter de funcionario público del notario. Partiendo del proyecto tecnológico que se había iniciado en la etapa anterior, se va construyendo peldaño a peldaño un potente proyecto corporativo-institucional que, visto en perspectiva, aún con errores de aplicación, sólo puede ser calificado de positivo para el notariado y para el interés general de la sociedad española, que sin duda valora la utilidad de esta colaboración y el esfuerzo de los notarios.

En una rápida cronología de este recorrido, hay que citar en primer lugar la Ley 24/2005 de Impulso a la Productividad, que desarrolla el principio contenido en la Ley 24/2001 de acceso del notario a los libros del registro, pero que también





se ha incumplido sistemáticamente. La ley 36/2006, de 29 de noviembre, de prevención del fraude fiscal, tiene una gran importancia en este contexto pues, aparte de diversas modificaciones técnicas, crea el Nuevo Índice Único (NIU), enorme base de datos que se confecciona con los índices detallados y muy completos que se remiten por todos los notarios, y que pronto se erigirá en el centro neurálgico de todo el proyecto. Además, esta ley es relevante porque modifica el artículo 24 de la ley del Notariado, introduciendo una reforma sustancial que obliga a identificar en la escritura todos los medios de pago en las transacciones inmobiliarias, lo que supone un salto adelante impresionante en la colaboración del notario en este campo y en su potenciación como autoridad pública ante los ciudadanos.

Un pilar del proyecto tecnológico notarial ha sido la estrecha colaboración en materia de blanqueo, lo que ha permitido denunciar miles de operaciones sospechosas ante las autoridades y los tribunales. La legislación del Estado ha ido evolucionando muy rápidamente, con constantes reformas y novedades, y nuevas y crecientes obligaciones para los sujetos obligados, todo hay que decirlo. El Real Decreto 54/2005, que desarrollaba la Ley de Prevención de Blanqueo 19/1993, imponía la obligación del notario de guardar copia de los documentos de identificación de los comparecientes y, sobre todo, la obligación de comunicación al SEPLAC de las actividades sospechosas

de blanqueo. La Orden EHA/2963/2005 es muy importante pues establece la creación del Órgano Centralizado de Prevención (OCP) en el Consejo General del Notariado, que centraliza, coordina y dirige todas las actividades y políticas de la corporación en esta materia. Le siguen otras disposiciones complementarias, como la Orden EHA 114/2008, y sobre todo la nueva Ley de Prevención de Blanqueo 10/2010 que da un paso más e impone la no actuación del sujeto obligado, en este caso el notario, si no identifica el titular real. A partir de aquí, se ha ido estructurando corporativamente esta obligación y avanzando hacia la creación de la Base de Datos de Titularidades Reales, a la que ya me he referido.

A finales de 2011 se inicia la segunda etapa del gobierno del Partido Popular bajo la Presidencia de Mariano Rajoy (2012-2018), que tiene como objetivos prioritarios, en los primeros años de su mandato, sacar al país de la profunda recesión iniciada en 2007 y evitar la intervención económica de la UE, algo que se consigue con grandes esfuerzos. La política económica deja atrás el acento más neoliberal de la etapa de los gobiernos de Aznar, lo que es favorable al notariado, y se centra especialmente en acometer las reformas estructurales que demandan las políticas de austeridad que vienen de Bruselas.

En el campo notarial, después de las Presidencias continuistas en el CGN de Antonio Ojeda y Javier Guerrero, a mediados de 2011 se forma una nueva

mayoría de coalición entre la línea continuista, que representaba el nuevo Presidente, Manuel López Pardiñas, y la línea renovadora, que representaba el nuevo Vicepresidente, Joan Carles Ollé. Ello permitió presentar un programa de síntesis ambicioso, que por una parte se afianzaba en las grandes líneas de las presidencias anteriores de los últimos años, de defensa de la función y de impulso y desarrollo del proyecto tecnológico y de colaboración con la Administración en la lucha contra el fraude y el blanqueo de capitales y, por otra parte, se incorporaban otras propuestas que iban dirigidas a profundizar en la transparencia y democracia interna del Consejo y, además, a reforzar la sostenibilidad económica de las notarías y a resolver los problemas del día a día de los notarios, lanzando las propuestas estrella que llevaban tiempo reivindicando algunos decanos y el nuevo Vicepresidente, es decir, Demarcación, Ley de Jurisdicción Voluntaria y nuevo Arancel. La nueva línea estratégica corporativa, planteándolo claramente, suponía que dado que el notariado hace el gran esfuerzo de sumar cada vez más medios personales y materiales en la estrecha e incondicional colaboración con la Administración, se debía pedir a ésta el apoyo para los proyectos impulsados desde la corporación. Hubo, por tanto, un proyecto y una estrategia, que permitió implementar y ejecutar dichas iniciativas corporativas, con bastante éxito, terminándose de culminar varios de estos proyectos en la etapa de José Manuel García Collantes en la Presidencia del CGN.

Los gobiernos del partido popular de estos años, con los Ministros de Justicia Alberto Ruiz Gallardón (2012-2014) y Rafael Catalá (2014-2018) ayudaron a desarrollar, en buena medida, esta política corporativa, impulsando proyectos legislativos que reforzaban la función notarial y, en general, nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva. Ciertamente, hubo el grave problema de la deriva registralista que he analizado extensamente en otro apartado, con algunas iniciativas que tenían una enorme carga de desequilibrio en el sistema, pero que finalmente se consiguió que tuviesen una traducción práctica bastante limitada. El balance general de esta etapa tiene que ser muy positivo, pues se han conseguido diversos objetivos de gran importancia para la profesión, incluso algunos que a priori parecían inalcanzables.



La aprobación de la ley de Jurisdicción Voluntaria 15/20015, con la atribución al notario de un conjunto de nuevas competencias muy importantes, que le refuerzan además como autoridad pública, es uno de los más importantes éxitos de la profesión en décadas. La aprobación de la Demarcación, con la amortización de 339 plazas, más del doce por ciento del total, supone un punto de inflexión importantísimo respecto de la línea política de los Gobiernos de las anteriores décadas de ampliación constante de la planta notarial, lo que había supuesto multiplicar por dos el número de plazas en todos esos años. No se pudo conseguir la aprobación de un nuevo Arancel, aunque era y es necesario, pues pronto se vio que el Gobierno no tenía voluntad real, o no tenía margen político, para una medida de esta naturaleza. Pero poniendo el problema encima de la mesa por parte del notariado sí se consiguió en este periodo que la Administración entendiese mejor las dificultades de los despachos notariales y, en consecuencia, dejaron de aprobarse nuevas rebajas arancelarias.

Además, otras leyes importantes aprobadas en este periodo han incidido igualmente en la línea de reforzar la figura del notario y el documento público notarial, así la Ley 4/2013 de reforma de la LAU, que exige escritura e inscripción en el registro para la protección frente a terceros, también la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional, que exige la equivalencia de forma y de funciones del documento público extranjero para tener acceso al registro; y asimismo la Ley 13/2015 de reforma del Catastro y de la Ley Hipotecaria, que da fuerte protagonismo al notario en la coordinación entre Catastro y Registro.

En junio del presente año 2018, el partido socialista regresa al Gobierno, al ganar su líder, Pedro Sánchez una moción de censura y conseguir relevar a Mariano Rajoy en la Moncloa. La fiscal Dolores Delgado fue nombrada Ministra de Justicia, quien ha designado al notario Pedro Garrido nuevo Director General de los Registros y del Notariado. El nombramiento en sí mismo considerado es positivo, pues no es sano democráticamente que una corporación se perpetúe en un organismo, contaminando quierase o no las decisiones que deben adoptarse libre y autónomamente.

Hay cuestiones heredadas del Gobierno anterior que requieren una intervención urgente: la Orden JUST/319/2018 que pretendía crear un registro mercantil de titularidades reales, y que precisa una reconducción en cuanto se ha generado un solapamiento con la Base de Datos de titularidades reales del Consejo General del Notariado, creada al amparo del Reglamento de prevención de Blanqueo, Real Decreto 304/2014, que está funcionando de manera óptima y a satisfacción de los operadores. El proyecto de Reglamento de Registro Mercantil, cuyo texto ha sido difundido, exige un replanteamiento por cuanto supone un nuevo desequilibrio en el sistema de seguridad jurídica preventiva, debilitándose de manera injustificada la función notarial y el documento público y reforzándose, una vez más, el registro. A lo que cabría añadir, el incumplimiento reiterado del mandato contenido en las leyes 24/2001 y 24/2005 de acceso del notario a los libros del registro, que está generando importantes problemas de inseguridad jurídica en el tráfico y cuya implementación no admite ya más demoras. Es preciso que el Consejo General del Notariado lidere la solución a estas cuestiones, impulsando asimismo nuevos proyectos en beneficio del interés general. Una cierta atonía y carencia de proyecto se percibe en este contexto.

El proyecto de ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, que lleva mucho tiempo tramitándose en las Cortes, es de gran importancia para la sociedad española, para las entidades financieras y para los operadores.

El proyecto de ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, que lleva mucho tiempo tramitándose en las Cortes, es de gran importancia para la sociedad española, para las entidades financieras y para los operadores. La figura del notario es un eje principal del texto, por cuanto se erige frente al consumidor en garante del reforzamiento del control de transparencia a través de un acta otorgada en la fase previa a la escritura, en la que el notario debe informar y asesorar al deudor de los aspectos esenciales del contrato y comprobar que ha recibido de la entidad financiera toda la información legalmente necesaria. El proyecto de ley, en su texto



actual, supone un paso adelante importante en una materia que en los últimos años ha tenido que ser modificada demasiado a menudo a instancias de la UE. El notario está y debe estar al lado del consumidor, garantizando la plena protección de sus derechos.

Asimismo, el proyecto de Directiva europea y del Consejo por el que se modifica la Directiva UE 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de Sociedades es de extraordinaria importancia para los notarios y supone un reto enorme para su futuro, como en general toda la legislación de la UE, que cada vez se puede considerar ya más derecho interno de los distintos países. Cabe recordar el Reglamento de Sucesiones 650/2012, con el certificado sucesorio, y el Reglamento 2016/1103 de regímenes económico matrimoniales y Reglamento 2016/1104 sobre efectos patrimoniales de parejas registradas. Esta materia es de enorme transcendencia para el presente y futuro de profesión y por sí sola requería otro trabajo como el presente para analizar la evolución y perspectivas de esta normativa en relación con la función notarial.

La evolución de la “política” notarial. Las reformas del RN de 1984 y 2007

El Reglamento Notarial de 1944 contiene el estatuto jurídico del notario, y sus



numerosas modificaciones normalmente tienen su origen en el impulso de los propios órganos corporativos. Muy raramente es el Ministro de Justicia o el Director General de los Registros y del Notariado quien promueve tales cambios reglamentarios. El Gobierno habitualmente deja la impronta de su política en relación al notariado en distintas leyes y normas de rango inferior que, en ocasiones, afectan incluso muy directamente al notariado, como hemos visto. Pero, hablando en términos generales, en los Reglamentos Notariales y sus modificaciones es la propia corporación la que deja huella de su "política" en cada momento, bien posicionándose o adaptándose a los distintos contextos políticos, bien promoviendo sus propias mejoras técnicas en el ejercicio de la función o sus propias decisiones político-corporativas en cada momento.

Fernando García de Cortázar lo ha expresado con su habitual prosa rotunda y diáfana. Es una cita larga que creo oportuno reproducir: "De este modo el repaso a los distintos reglamentos aprobados a partir de la ley de 1862, así como sus modificaciones, debe conducirnos a una reflexión histórica. A pesar de la traumática evolución de España en muchos momentos de su época contemporánea, instituciones como el Notariado no han sido puestas en tela de juicio ni cuando los gobiernos adoptaron políticas más radicales ni cuando tuvieron lugar cesuras drásticas como la dictadura de Primo de Rivera y, sobre todo, la Guerra Civil. Si contemplamos el devenir del Notariado,

apreciamos que los cambios legislativos y reglamentarios se vistieron siempre de moderación con el fin de desarrollar o adaptar aspectos de la ley de 1862 para ajustarla a las necesidades cambiantes de la sociedad, matizar y mejorar sus aspectos técnicos, regular con mayor ponderación las características del oficio, fomentar sin cesar la mejora de los conocimientos técnicos de los aspirantes y ofrecer a los ciudadanos un servicio de calidad. En este sentido, la línea de continuidad seguida desde mediados del siglo XIX ha contribuido sin duda a dar solidez a la institución y a preservar un prestigio acreditado durante años."

El Reglamento Notarial ha sido modificado en bastantes ocasiones a partir de 1978, la mayoría de ellas con carácter simplemente técnico, con la finalidad de mejorar el desempeño de la función. Aquí, en coherencia con el sentido general de este trabajo, trataremos sólo de aquellas reformas y aquellos aspectos que sean relevantes desde un punto de vista corporativo e institucional. Sin duda, las dos más importantes en todo este periodo han sido las de 1984 y 2007, a las que me voy a referir. Veremos que del conjunto de las modificaciones se deriva una potenciación del carácter de funcionario público del notario y adicionalmente a lo anterior, o quizás consecuentemente, se van reforzando progresivamente las competencias del Consejo General del Notariado y reduciendo las competencias y autonomía de los Colegios Notariales, e incluso la autonomía funcional del propio notario.

El Real Decreto de 8 de junio de 1984 llevó a cabo una importante modificación del Reglamento Notarial, siendo lo más destacado desde un punto de vista corporativo el hecho que la Junta de Decanos cambió su denominación por la de Consejo General del Notariado y, sobre todo, el cambio en el sistema de acceso a la profesión, de forma y manera que ya no se oposita a notarías determinadas sino al cuerpo de notarios. El cambio de sistema motivó la amarga protesta de quien había sido Decano del Colegio Notarial de Cataluña, el añorado Josep Maria Puig Salellas (1976-1980), por entender que la reforma suponía una centralización y un obstáculo voluntariamente sobrevenido a la descentralización autonómica de las competencias notariales, algo que a su entender autorizaba el Estatuto de

Cataluña de 1979. La ya citada sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 1989 no abonó esta última interpretación, al señalar que los intereses públicos que predominan en los Colegios Notariales y la regulación de una profesión de naturaleza funcionarial que en ellos se incardina hacen que la competencia estatal no quede limitada a las bases de su organización y competencia sino que se extiende también a la regulación de la función pública estatal.

El Real Decreto de 8 de junio de 1984 llevó a cabo una importante modificación del Reglamento Notarial, siendo lo más destacado desde un punto de vista corporativo el hecho que la Junta de Decanos cambió su denominación por la de Consejo General del Notariado.

La más importante y ambiciosa reforma de toda la etapa post constitucional la constituye sin duda la operada en virtud del RD 19 enero de 2007, parcialmente frustrada en algunos aspectos relevantes por razón de la anulación de diversos artículos por el TS, no así en otros preceptos muy importantes de la reforma, que atienden sobre todo a la estructura organizativa y arquitectura institucional de la corporación, que están plenamente vigentes y, de hecho, han marcado la evolución de la profesión en la última década.

En primer lugar, la modificación del artículo 1 del Reglamento es toda una declaración de principios. La nueva redacción dice " Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del derecho". El texto anterior decía exactamente lo mismo pero en el orden inverso, es decir, profesional del derecho y funcionario público. No es inocuo, parece lo mismo pero no lo es. En definitiva, el Reglamento Notarial por primera vez en su historia atribuye al notario en primer lugar la condición de funcionario público. Toda una declaración de principios, en consonancia con la evolución de la profesión en todos estos años.

La reforma contiene una serie de novedades que se dirigen a reforzar, sobre todo, la función pública notarial y, consecuentemente, la seguridad jurídica



que aporta el notario a los ciudadanos. Cabe destacar el archivo de revocación de poderes, regulado en el artículo 164, en virtud del que, antes de la autorización del acto o negocio jurídico de que se trate deberá consultar dicho archivo a los efectos de comprobar que no consta la revocación del mismo; el reconocimiento del control de legalidad notarial contemplado en el artículo 145 del Reglamento Notarial, en virtud del que el notario deberá negar la autorización notarial cuando ello suponga la infracción de una norma legal o no se hubiese acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos; y el acceso telemático del notario a los libros del registro, que contempla el artículo 175, que va más allá incluso que las leyes 24/2001 y 24/2005 en cuanto el acceso ya no es al “contenido” sino directamente a los libros, “sin intermediación del registrador”, aunque igualmente el precepto reglamentario ha tenido la mismas suerte que las leyes que le precedieron en este punto y ha sido sistemáticamente incumplido, algo muy difícil de justificar después de tantos años.

Desde un punto de vista de la estructura institucional y corporativo la modificación más importante, de trascendencia histórica, es la contenida en el artículo.344 A) 4 en el que se prevé que el Consejo General del Notariado debe velar por el exacto cumplimiento de las disposiciones vigentes por parte de los Colegios y de los Notarios.

Como he mencionado anteriormente, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, anuló, en virtud del principio de reserva de ley, es decir, por haberse regulado materias no contempladas en la ley, el artículo 145 en la parte que regulaba el control de legalidad notarial y el artículo 164 que lo hacía del archivo de revocación de poderes. Se ratificó, en cambio, el artículo 175 relativo al acceso del notario a los libros del registro, en coherencia con el mismo principio, es decir, por ser un desarrollo de preceptos contemplados en las repetidas leyes. La anulación del artículo 145 además ha tenido enorme trascendencia y repercusión, trasladándose su doctrina, o



más bien sus consecuencias, a posteriores sentencias del TS en otros ámbitos, siendo especialmente relevantes las relativas a la materia de consumidores, en especial la sentencia de 8 de mayo de 2013 y siguientes de la Sala Primera. Al no reconocer el TS el control de legalidad notarial, la intervención de fedatario parece limitarse a la lectura y otras formalidades, sin fuerza legal suficiente para sostener el control de transparencia y abusividad. Discutible doctrina, que desconoce las obligaciones y características de la intervención del notario contempladas en la legislación notarial, que forma parte del bloque de constitucionalidad. Es de esperar que se apruebe el texto actual del proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario y esta grave brecha en el sistema de seguridad jurídica preventiva quede reparada.

Otros preceptos de la reforma modificaron el régimen electoral y de funcionamiento democrático de la corporación: los mandatos de los Decanos y las Juntas, así como los del Consejo General del Notariado, pasaron de tres a cuatro años, se suprimió el sistema de listas abiertas y se eliminaron las renovaciones parciales, también se suprimió la limitación de mandatos en número de dos que había antes, pudiendo ser reelegidas indefinidamente las Juntas Directivas, si bien el Decano a partir del tercer mandato necesita el aval previo del veinticinco por ciento de los colegiados. Se reguló un sistema de compensaciones institucionales para los responsables corporativos, muy controvertido, que fue

anulado también por la sentencia del TS de 2008, en cuanto la compensación supusiese una remuneración, que está vedada a los Colegios profesionales.

Tras la reforma, en la elección del Presidente, Vicepresidente y miembros de la Comisión Permanente del CGN se mantuvo el sistema de votación por mayoría absoluta de los Decanos integrantes del Pleno. La propuesta de elección directa y universal de estos órganos, democráticamente deseable y reivindicada desde diversos ámbitos corporativos, fracasó porque la propuesta presentada hacía tabla rasa de los Colegios, que perdían prácticamente todas las competencias en el seno del Consejo, quedando los Decanos como integrantes más bien de una especie de Senado honorífico frente a la Junta Directiva o Comisión Permanente de carácter plenamente ejecutivo, que pasaba a tener casi todas las competencias. La propuesta fue rechazada por una mayoría de Decanos. Habrá que volver sobre ello en el futuro, sobre la base del respeto de las históricas competencias de los Colegios y del mantenimiento del tradicional equilibrio institucional y corporativo.

Desde un punto de vista de la estructura institucional y corporativo la modificación más importante, de trascendencia histórica, es la contenida en el artículo 344 A) 4 en el que se prevé que el Consejo General del Notariado debe velar por el exacto cumplimiento de las disposiciones vigentes por parte de los Colegios y de los Notarios,



estableciéndose que a estos efectos, y en el ámbito de las disposiciones que rigen la función pública notarial podrá dictar circulares de orden interno de obligado cumplimiento para los Colegios y los Notarios. Este precepto marca un antes y un después en la historia del notariado moderno.

El Consejo General del Notariado, que hasta esta reforma era un órgano de representación y coordinación de los intereses generales de la corporación, pasa a ser *de facto* un superior jerárquico de los Colegios al poder dictar circulares de obligado cumplimiento para ellos. No deja de ser paradójico que el Reglamento Notarial de 1944, aprobado en una situación no democrática fuese mucho más respetuoso con la autonomía de los Colegios que la reforma de 2007, aprobada en el contexto de la Constitución y el Estado de las Autonomías. También es muy trascendente el hecho que el CGN pueda aprobar circulares obligatorias para los notarios, pues el ejercicio reiterado de esta competencia, que se está ejerciendo y derivando a través de Ancert y OCP, puede suponer con el tiempo y llevada al máximo, una pérdida progresiva de la autonomía funcional del notario, que es precisamente una de sus características más consubstanciales, que le diferencia del funcionario puro.

El Real Decreto de Enero de 2007, por último, hizo una muy importante innovación, adaptando la configuración

territorial de los Colegios a la estructura autonómica del Estado. Hasta ese momento había quince Colegios, cuyo mapa territorial venía a corresponder a la antigua demarcación de las Audiencias Provinciales. El nuevo Reglamento aprobó que se modificase la estructura de los Colegios, de manera que hubiese un Colegio Notarial en cada Comunidad Autónoma. Ello supuso la desaparición de algunos Colegios, la creación de otros y la modificación territorial de diversos. La reestructuración territorial se realizó rápidamente y a finales de 2008 ya estaba lista, celebrándose elecciones en todos los Colegios Notariales, incluidos los de nueva creación. Un proceso modélico y una decisión reglamentaria muy positiva que, al reproducir en la estructura colegial la estructura territorial de las CCAA, permite ejercer con plena normalidad a los Colegios y a sus Juntas Directivas la interlocución institucional y seguimiento legislativo de los gobiernos y parlamentos autonómicos.

EPÍLOGO

Analizados estas cuatro décadas de constitucionalismo desde el punto de vista de la función notarial a través de sus elementos más destacados interna y externamente, la conclusión es que la profesión ha avanzado y se ha consolidado en la etapa democrática más larga de nuestra historia contemporánea como un referente de seguridad jurídica y confianza ante los ciudadanos. En un periodo de

tiempo tan largo, como es lógico, ha habido distintas etapas y momentos mejores y peores pero creo poder afirmar sin miedo a equivocarme que la figura del notario en estos momentos está mejor reforzada en la legislación y más reconocida por la opinión pública que a finales de los años setenta, durante la transición, y que sigue siendo como mínimo tan útil y beneficiosa para la sociedad española como lo era en el momento de aprobarse la Constitución.

Desde mi punto de vista, a grandes trazos, pueden distinguirse dos grandes etapas notariales en todo este largo periodo. Desde finales de los años setenta hasta finales de los noventa del siglo pasado hemos podido ver que la profesión se encuentra bastante a la defensiva, sin proyectos nítidos en los que proyectarse hacia el futuro. Ello es el resultado de diversos factores: el protagonismo de sectores radicales de los partidos de izquierda, a lo que se une curiosamente una visión economicista de los equipos económicos de los partidos de derecha y centro derecha que ven un estorbo para su neoliberalismo en el intervencionismo en la economía que significa la figura del notario, probablemente también una cierta percepción social, injusta ciertamente, de que el notariado es un cuerpo jurídico privilegiado, a lo que quizás ayuda involuntariamente el excesivo acento de la corporación en el carácter de profesional del derecho del notario.

En estos años el notariado pierde la intervención en las materias de protestos en 1985 y de contratación administrativa en 1995 y, aunque no se consuman los proyectos más radicales que propugnaban la conversión del notario en un funcionario puro, a través de sucesivas demarcaciones y rebajas arancelarias la profesión va sufriendo un indudable desgaste. La aprobación de la Ley de Tasas y el RD del Arancel en 1989 es el único resultado claramente positivo de este periodo, dejando un marco normativo sólido y estable, que permitió afrontar con más tranquilidad los siguientes años.

En la primera y segunda décadas del Siglo XXI el notariado ha dado claramente un paso adelante, evolucionando y siendo más proactivo en el impulso de proyectos de potenciación de la función pública notarial y de la seguridad jurídica de la sociedad, poniéndose de relieve cada vez



más el carácter de funcionario público del notario, hecho que puede no ser ajeno al progresivo cambio de percepción por parte de la opinión pública y los poderes públicos. El proyecto tecnológico del notariado, que se inicia en los primeros años del siglo y se va consolidando progresivamente como uno de los ejes principales de la profesión, tiene como hitos la creación de OCP en 2005 y aprobación del Nuevo Índice Único en 2006, que inician una fase muy positiva de estrecha colaboración del notariado con la Administración y los tribunales en la lucha contra el fraude fiscal y el blanqueo de capitales.

Estas nuevas políticas corporativas han obtenido diversos logros importantes. Al punto de inflexión que supusieron la histórica fusión con el cuerpo de corredores en el año 2000 y la pionera ley 24/2001, le siguió en la segunda década la trascendental ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, y en general la gran apuesta por todas las instituciones de la solución alternativa de conflictos, a lo que cabe añadir la aprobación de otras leyes también valorativas del notario y el documento público notarial. Además, en estos últimos años se consiguió algo que parecía casi inalcanzable, revertir la política gubernamental de rebajas arancelarias y demarcaciones, que tanto

han laminado a la profesión. A partir de 2012 dejó de haber rebajas y fue aprobada la importantísima Demarcación de 2015, que amortizó más del doce por ciento del total de plazas. Estos dos hechos últimos han marcado un punto y aparte importante, que cabe esperar tenga continuidad en el futuro. También hay que destacar convenientemente que, a diferencia de otros notariados como el francés o el italiano que han perdido en esta última etapa muchas competencias en el ámbito del derecho mercantil, el notariado español conserva plenamente su relevante presencia en este campo, al igual que el notariado alemán, una prueba evidente seguramente de que se ha seguido una política corporativa en general acertada en este periodo.

La evolución del notariado en estos cuarenta años de Constitución ha sido positiva y ha permitido a la función notarial y a los notarios que la han ejercido seguir siendo útiles a la sociedad y garantizar eficazmente la seguridad jurídica de los ciudadanos. Ahora los notarios tenemos un futuro ilusionante por delante que, como siempre, hay que saber ganar. Es preciso seguir avanzando con decisión en los retos que plantea la modernidad sin renunciar a la esencia de lo que ha sido y es el notario.

BIBLIOGRAFÍA

Bolás Alfonso, Juan.- HOMENAJE AL EXCMO SR. DON JOSÉ FÉLIX BELLOCH JULBE. Conferencia pronunciada en el acto de homenaje que tuvo lugar en el Colegio Notarial de Cataluña el día 14 de Octubre de 2015. Publicada La Notaria n 3/2015

Bosch Carrera, Antonio. EL NOTARIADO Y LA ATRIBUCIÓN DE NUEVAS FUNCIONES.IMPACTO DE LAS MISMAS EN EL EJERCICIO Y EL SER DE LA FUNCIÓN. La Notaría nº 2-3/2016

Costa i Fabra, Ramon. JUSTIFICACIÓ DEL NOTARIAT. ANÀLISI HISTÒRICA, JURÍDICA I PRÀCTICA DE LA INSTITUCIÓ NOTARIAL. Editorial l'Albí. 2013.

García de Cortázar, Fernando y Martín de la Gándara, Ricardo.- COMPARECE: ESPAÑA. UNA HISTORIA A TRAVÉS DEL NOTARIADO. Editorial Espasa. 2012

Marín Sánchez, José Alberto. JOSÉ FÉLIX BELLOCH Y EL ASOCIACIONISMO. En libro Homenaje a José Félix Belloch Julbe. Marcial Pons. 2015.

Ollé Favaró, Joan Carles. CONSTITUCIÓN Y SEGURIDAD JURIDICA. VALOR DE LA FUNCIÓN NOTARIAL ANTE LOS RETOS DEL SIGLO XXI. Conferencia pronunciada en el Senado el 28 de mayo de 2013. Publicada en la Notaria nº 2 /2013.



“La Constitución es el símbolo más claro de la necesidad del pacto como elemento cohesionador de la democracia”

Miquel Roca Junyent

Ponente de la Constitución española de 1978

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Miquel Roca Junyent (Burdeos, 1940) se licenció en Derecho por la Universidad de Barcelona en 1961. Ya desde joven estuvo muy implicado en diferentes movimientos de activismo político y en el año 1974 se vinculó al proceso de constitución de Convergencia Democrática de Cataluña (CDC). Entre 1977 y 1995 fue portavoz del grupo catalán en el Congreso de los Diputados y presidente del Grupo Parlamentario Catalán. Desde 1982 hasta 1995 fue presidente de la representación de la Generalitat de Cataluña en la Comisión de Cooperación Bilateral con la Administración del Estado. Y, entre 1995 y 1999, fue regidor del Ayuntamiento de Barcelona. Posteriormente, abandonó la vida política para fundar al año siguiente el despacho de abogados que lleva su nombre.

De su dilatada trayectoria política destaca, por encima de todo, haber sido uno de los ponentes de la Constitución española de 1978 y también del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979.

En el ámbito universitario, ha sido investido doctor honoris causa por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), la Universidad de León y la Universidad de Girona y ha impartido clases de Derecho administrativo, Derecho internacional y Derecho constitucional en la Universidad de Barcelona y en la Universidad Pompeu Fabra. En el ámbito socioeconómico, ha presidido patronatos como el del Museo Nacional de Arte de Cataluña o la Fundación Gala-Salvador Dalí, y forma o ha formado parte de los consejos de administración de las principales empresas del Ibex 35.



P: Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona, con una dilatada carrera política, miembro de los órganos de gobierno de distintas empresas e instituciones y, en 1996, fundador del despacho Roca Junyent Abogados. Y a todo esto hay que sumarle que fue uno de los siete padres de la Constitución española. ¿Es este el hito más importante de su trayectoria?

R: Obviamente, el hito político más importante –no el profesional– es la Constitución. Yo siempre he dicho que tuve el privilegio y la suerte de que me tocara intervenir en la redacción de textos muy fundamentales para la articulación de un Estado democrático: participé como ponente de la Constitución, como ponente del Estatut y como ponente de la Carta municipal de Barcelona. Como hito profesional destacaría mi propio despacho, porque después de una larga etapa de vida política, recuperar la vida profesional y hacerlo con cierto éxito y solvencia es un hito importante.

Los ponentes de la Constitución tuvimos muy presente la Constitución alemana y la italiana. Pero, fundamentalmente, fuimos innovadores.

P: Precisamente este año celebramos el 40 aniversario de la Carta Magna. ¿Se hubiera imaginado, en aquel momento, que su vigencia perduraría cuatro décadas? ¿Era consciente de lo que implicaba históricamente?

R: En aquel momento, cuando redactamos la Constitución, nos imaginamos pocas cosas. Diría que veíamos el día a día, estábamos respondiendo con cierta urgencia a la necesidad de construir un Estado democrático y, por tanto, existía la voluntad de que perdurara. No teníamos la preocupación de saber cuánto tiempo duraría, sino la de tener la posibilidad de sustituir una articulación jurídica que no era democrática y que teníamos que sustituir. Ese era el objetivo: sustituir el Estado totalitario del franquismo por el Estado democrático de la Constitución. Y lo que procurábamos es que esto funcionara y en-



cajara. Obviamente, lo hacíamos con una perspectiva de futuro, de que durara, pero en aquel momento si nos llegan a decir que duraría 40 años, no sé qué habríamos dicho. Ahora parece que es un período prudente, relativamente corto, y que si alguien quiere reformarla se puede hablar de ello, se podría hacer, pero, en cualquier caso, las constituciones buenas son aquellas que tienen una larga pervivencia en el tiempo.

P: ¿Los siete padres de la Constitución siguieron manteniendo relación personal cercana a lo largo del tiempo?

R: Sí, a pesar de empezar con ciertas reticencias y recelos. Fraga, obviamente, representaba, para muchos de nosotros una persona con la que habíamos debatido ampliamente en la etapa del franquismo y, por tanto, estar sentados en la misma mesa parecía complicado. Pero por la vía del respeto, la comprensión y por la relación frecuente, acabamos teniendo una muy buena relación de amistad. Eso nos ayudó muy positivamente para encontrar y hacer posible el consenso. “Quien cara ve, cara honra”, como decimos en catalán. Estar cerca nos hacía comprender la posición del otro, que a menudo no podíamos compartir, pero buscamos la manera de que la forma de decir no, no doliera, y fue eficaz. La verdad

es que mantuvimos entre todos una buena relación personal y, los que hoy quedamos, tenemos una gran relación de amistad.

P: Hasta cierto punto parece paradójico que usted, representante de Minoría catalana, y Jordi Solé Tura, del Partido Comunista de España, fueran considerados los perfiles mediadores ante posturas más fijas del resto de los ponentes. ¿Lo fueron?

R: Podría ser. En cualquier caso, siempre es un buen momento para hacer un gran elogio de la tarea de Jordi Solé Tura en la redacción de la Constitución: fue una tarea muy importante. Él representaba al Partido Comunista, por tanto, representaba a gente muy distante de lo que era toda la herencia del franquismo. Era una respuesta muy contundente, y Jordi fue muy constructivo, muy pragmático. Sabía Derecho constitucional y, por tanto, podía aportar ideas, y desempeñó un papel muy importante. ¿Si los dos tuvimos un papel de intermediarios en todo aquel período? Posiblemente sí, alguien lo dirá, pero formaba parte de lo que nos tocaba hacer. Ambos sabíamos que nos jugábamos mucho y que necesitábamos que todo esto saliera bien. Queríamos que saliera bien y estábamos dispuestos a buscar soluciones para que así fuera.



Entrevista

P: ¿Cuáles fueron los principales referentes jurídicos a la hora de abordar el texto?

R: De entrada, nosotros queríamos entroncar con la legitimidad republicana, la Constitución de la República era el punto de partida. Si el franquismo se construye encima de la ruptura con la Constitución republicana, nuestra ruptura era recuperar aquella legitimidad. Pero también nos dejamos influir por las corrientes constitucionalistas que más se ajustaban a nuestras ambiciones y visiones. En este sentido, tuvimos muy presente la Constitución alemana, la Ley Fundamental de Bonn; y, en algunos aspectos, de política regional, también tuvimos muy en cuenta la Constitución italiana. Pero, fundamentalmente, fuimos innovadores. En Europa, la Constitución española del 78 tiene un valor muy importante porque, seguramente, tiene el catálogo de derechos y libertades más casuístico de todas las constituciones europeas de hoy en día. Por ejemplo, en Francia, cuando hicieron una nueva Constitución, hablaban de la herencia de la Revolución Francesa, y con eso ya tenían suficiente. Nosotros teníamos que definir libertad por libertad, derecho por derecho... y, por consiguiente, es una Constitución muy casuística, con muchos detalles y, en cierta manera, muy progresista. Por ejemplo, el artículo 9 –que pasa muy desapercibido– atribuye a los órganos del Estado y a los poderes públicos no solo la obligación de respetar las libertades y los derechos de los ciudadanos, sino también de eliminar los obstáculos que

puedan impedir su ejercicio. Esta posición de promoción activa, no solo de respeto, es un elemento muy novedoso en nuestra Constitución y un aspecto que, frecuentemente, las doctrinas de los tribunales constitucionales de otros países europeos han mencionado como lectura progresista de lo que tiene que ser una carta de derechos fundamentales.

P: ¿Y qué aspectos o artículos cree que podrían haberse mejorado en la redacción de la norma suprema del ordenamiento jurídico español?

R: Cuando acabas una obra siempre te queda el interrogante de si podrías haberla mejorado o haber redactado algún tema de forma diferente. La Constitución es un pacto y los pactos siempre son mejorables. De hecho, el valor del pacto es, precisamente, que sea mejorable; si un pacto no es mejorable, no es nada, pero se consiguió un acuerdo en torno a un texto. Creo que este es el tema fundamental. Yo tuve la inmensa suerte de participar en la redacción de esta Constitución y que la propuesta que hicimos obtuviera la conformidad y la aceptación del 90% de los ciudadanos. Si el 90% nos dijo que sí, fantástico, hicimos lo que teníamos que hacer. Quizá otros le hubiesen dado otro tono u otra redacción puntual en según qué tema, o quizá yo mismo me sentiría más a gusto según cómo. Posiblemente. Pero tenemos que aprender esto: una sociedad plural es una sociedad que necesita el pacto. Y el pacto es el resultado

de renuncias y éxitos que definen un texto en el que tú te sientes confortablemente cómodo. Esto es lo que queríamos y, en todo caso, salió así.

P: ¿Ser la única Constitución aprobada y confirmada por referéndum supone un valor añadido?

R: Muchísimo, un valor añadido y un valor importantísimo que hoy parece olvidarse. Cuando se plantea la conveniencia de una reforma piensas si tienen presente, los que la propugnan que, lógicamente, esta Constitución tendría que ser reformada vía referéndum. Hay quien dice que ahora se ha generado una corriente de opinión... pero esta corriente de opinión se tendrá que trasladar con una nueva redacción y se tendrá que someter al referéndum del país. Una Constitución que se somete a referéndum ya no es una Constitución de mayorías contra minorías. Es una Constitución que, lógicamente, la define una mayoría, que quiere ser amplia, pero que sabe respetar a las minorías. Si no, no tendríamos una Constitución ratificada ampliamente. Podríamos tener una Constitución ratificada con escaso respaldo, pero creo que eso sería un paso atrás demasiado importante para poderlo permitir.

Los Pactos de la Moncloa y la Ley de Amnistía son los grandes pilares en los que descansa la construcción del Estado democrático.

P: Previamente, los pactos de la Moncloa –acuerdos sobre la economía y sobre el programa de actuación jurídica y política– habían preparado el terreno para facilitar el marco jurídico y económico favorable a reducir la conflictividad. ¿Cómo valora esos pactos? ¿Qué leyes fueron las más determinantes en esta fase previa a la aprobación de la Constitución?

R: En primer lugar, es muy necesario destacar el gran valor de los Pactos de la Moncloa. Aún hoy, los que quedamos de los que participaron en los Pactos, recibimos invitaciones de los lugares más impensables del mundo que nos piden que vayamos a explicar los Pactos de la Moncloa y, de paso, la Constitución, pero, fundamen-





talmente, los Pactos. Que sindicatos, patronales y fuerzas políticas se sentaran en una misma mesa para definir cuáles tenían que ser las bases del régimen económico y social o la conformación de las grandes líneas políticas es algo muy insólito y fantástico, y tuvo un papel muy positivo. Seguramente, también tuvo un papel muy importante lo que representó la Ley de Amnistía. Fue muy emocionante porque, más allá de sus precisiones, lo que representaba era una voluntad colectiva de amnistiar hechos y vivencias que nos habían confrontado social y cívicamente en el país. Por tanto, la Ley de Amnistía, juntamente con los Pactos de la Moncloa, yo creo que son los hitos más importantes, los pilares en que descansa la construcción del Estado democrático.

P: ¿Echa de menos, hoy en día, en el escenario político, aquel consenso de la Transición, la consciencia de pacto de Estado o el espíritu de concordia que consiguieron prevalecer y que fueron necesarios para que el texto saliera adelante?

R: Sí.

P: En el año 2003, con motivo del 25 aniversario de la Constitución, los siete padres de la Constitución suscribieron la Declaración de Gredos, en la que, entre otros reconocimientos, reafirmaban su vigencia y reclamaban que, en caso de considerarse alguna reforma, se hiciera con el mismo o con mayor consenso del que se aprobó. En los últimos tiempos, el debate sobre la necesidad o no de una reforma está más vivo que nunca. Desde su punto de vista, ¿es posible? ¿Y necesaria?

R: Todo depende de la voluntad. Si te vas de turismo a hacer glaciares, tendrás la precaución de ir equipado debidamente. Pues si quieres reformar la Constitución, debes equiparte debidamente. ¿La reforma es posible? Sí. ¿Es necesaria? No lo creo. Quizás en algún caso puntual, como en el caso de la reforma del SAT (Servicio de Administración Tributaria), podría serlo, ¿pero es conveniente? Si se hace, es preciso equiparse y, si no se está equipado, es mejor volver a casa a equiparse. Para hacer una reforma de una Constitución que se hizo desde el consenso necesitamos la voluntad de conseguir un consenso similar; no pido que sea exactamente el mismo, pero sí similar. Porque si no,

el resultado chirriará. Es decir, encajar unas modificaciones puntuales en un texto constitucional hecho desde el consenso y que estas hicieran simplemente desde mayorías estrictas, al final la haría chirriar. Y cuando un edificio de esta naturaleza chirría, acaba agrietándose y aparecen goteras y muchas más cosas. Por lo tanto, creo que debemos equiparnos con la voluntad del consenso, del pacto. Hoy en día, con toda sinceridad, no lo veo. Veo un cierto deseo de decir “vamos a cambiar algo”, pero no se dice en qué se concreta el cambio. Y, sobre todo, no veo voluntad de decir “lo tendremos que pactar”, no escucho esa palabra. Escucho “deberíamos modificar esto”, pero pactar no veo que esté de moda. Y, en cambio, democracia es pacto, y la Constitución es el símbolo más claro de la necesidad del pacto como elemento cohesionador de la democracia. Por consiguiente, no puedo tener nada en contra de una posible reforma, pero sí pido que se contemple el equipamiento de la buena voluntad para llevarla a cabo.

P: Usted ha afirmado que el progreso se sustenta sobre dos bases fundamentales: la estabilidad y la seguridad jurídica. En un contexto europeo, ¿en qué nivel sitúa a Cataluña y España en cuanto a la estabilidad? ¿Y en el ámbito de la seguridad jurídica?

R: Tenemos que ir al médico, no estamos bien. Estamos enfermos porque la estabilidad ha dejado de ser un valor, nos estamos acostumbrando peligrosamente a vivir en la inestabilidad y eso es malo. Se sabe que las enfermedades largas son parientes de la muerte, y aquí estamos instalados en una inestabilidad y nos acostumbramos a esta, muy astutamente, con un carácter muy nuestro; sabemos adaptarnos a unos vientos que soplan complicados y generan inestabilidad. Y, por otra parte, la seguridad jurídica está, no solo amenazada, sino muy erosionada. No ya como juristas, sino como ciudadanos, para nosotros la seguridad jurídica es fundamental. Muy a menudo se piensa que este concepto sirve para una tesis doctoral, que los notarios hablan de ella, o los abogados... pero la seguridad jurídica es la garantía del bienestar de la gente humilde, de la gente modesta, de quien quiere cobrar la pensión: eso son la estabilidad y la seguridad jurídica. La gente quiere saber que aquel ahorro que ha puesto en un piso lo pone porque después lo podrá arrendar, cobrar una renta y, si no pagan, se podrá



producir un desahucio. Es decir, la seguridad jurídica es una cantidad de conceptos muy amplios, que tienen mucho que ver no solo con las características del Estado, sino con el bienestar individual de la gente. Durante mucho tiempo, hablando más ampliamente de seguridad y libertad, la seguridad se veía como un valor burgués, conservador. Pero actualmente el sentido de los votos que se están produciendo en las elecciones en Europa expresa en gran parte una preocupación por la seguridad como valor popular. Es decir, la seguridad jurídica no es un valor conservador: es un valor del Estado de derecho y, especialmente, una garantía del bienestar de los ciudadanos. Hoy en España estos dos conceptos están tocados.

El Notariado es una institución fundamental para la seguridad de los ciudadanos, expresada en términos de garantía, bienestar y progreso.

P: En el ámbito notarial, ¿qué papel cree que ha tenido y tiene el Notariado en relación con la seguridad jurídica?

R: Me hace ilusión poder explicar lo mismo que digo muchas veces en defensa de la función notarial en España. Es



Entrevista



una de las singularidades de nuestro sistema jurídico, porque no en toda Europa hay el mismo sistema notarial que aquí y, para nosotros, esta garantía es fabulosa. Y siempre pongo un ejemplo muy claro: si vas a la notaría a hacer el testamento, que es muy importante y te lo has pensado mucho, sales de allí sin ningún papel. Y lo mismo cuando compras un piso, que es una satisfacción enorme. Y eso no ocurre en ninguna parte, porque somos desconfiados, vamos a todas partes pidiendo un recibo, una garantía, un papel... Y, en cambio, con el notario, firmas y te vas. Esto ejemplifica que es una institución fundamental para la seguridad de los ciudadanos, expresada en términos de garantía, bienestar y progreso.

P: Usted se declara europeísta. ¿Qué significa creer en las ideas y valores de Europa?

R: Europa tiene un valor fundamental, que es que la mayoría no sabemos qué es la guerra. Nuestros padres vivieron guerras, posguerras o preguerras, vivieron un clima de guerra. Yo nací cuando la Guerra Civil había terminado, pero me tocó sufrir, ligeramente, la Segunda Guerra Mundial y vivir la posguerra: el racionamiento, lo que representa que en todas las familias había algún muerto allegado... Ahora Europa es un refugio de paz, libertad y progreso. Cuando estamos hablando de todos los pro-

blemas de la inmigración desordenada que recibe Europa, a menudo olvidamos que esto es la mejor prueba de nuestro éxito. Europa es el espacio físico y temporal más prolongado de paz y libertad que ha conocido nunca la historia de la humanidad, y los europeos lo olvidan. Nunca ha habido una etapa tan larga en un lugar en que no haya habido guerra. Por eso soy europeísta. Yo nací bajo las bombas, el mismo día en que, para celebrar el cumpleaños de Hitler, bombardearon Burdeos, y no se lo deseo a nadie. Ningún hijo ni nieto mío ha nacido bajo las bombas. Por tanto, Europa es un espacio de libertad, paz y progreso extraordinario y nuestra obligación es preservarlo, luchar y defenderlo con uñas y dientes para que, a pesar de los muchos desaciertos, errores y carencias, sea el mejor espacio, la mejor referencia que tenemos para nuestro futuro.

P: ¿Y cómo ve la Justicia en nuestro país?

R: Yo creo que con la Justicia lo más importante es creérsela. Nos la tenemos que creer, tanto los que pedimos la aplicación como los que la aplican. La Justicia es lo que califica un estado de derecho: que se aplique la Constitución, las órdenes, las leyes... que se lleve a la práctica; que lo que se dice, sea. El papel de la Justicia es enorme. Y se ha puesto en evidencia, en

todo este tiempo, que tenemos más deseo de toquetearla, manipularla, mediatizarla e instrumentalizarla que de respetarla propiamente. Y eso no es bueno. Una institución tan frágil como la Justicia, que no tiene ejércitos, o nos la creemos o mal asunto. Ya sé que a veces es difícil creer en ella, porque no siempre nos satisface, pero siempre he dicho que nadie espere de mí que diga que no creo en la Justicia. Tengo que decir que sí creo, porque si no lo que debería hacer es dejar mi profesión y dedicarme a otra cosa. Tenemos que creer y, si nos la creemos y nos la tomamos en serio, encontraremos soluciones y mecanismos para respetar su papel. Todo se basa en eso.

Europa es el espacio físico y temporal más prolongado de paz y libertad que ha conocido nunca la historia de la humanidad.

P: En estos 40 años de vigencia de la Constitución, el progreso del país ha sido innegable. ¿Qué futuro prevé los próximos 40 años para nuestro país?

R: Visualizo que los juristas tendremos mucho trabajo, porque vamos hacia una sociedad cada vez más garantista, pero cada vez más amenazada en sus garantías. Es una sociedad que quiere tener la garantía de que cobrará la pensión, de que encontrará trabajo, de que sus ahorros serán respetados, de que su seguridad será respetada... pero, en cambio, está constantemente amenazada en sus garantías. Yo vuelvo cada vez más a los orígenes y digo a mis jóvenes compañeros de despacho que la primera obligación de un jurista es leer el periódico todos los días, porque el derecho evoluciona en función de la evolución de la sociedad, y seremos incapaces de entender el derecho si no entendemos lo que pasa en la sociedad. Puede que lo que pase no nos guste, pero debemos conocerlo para prepararnos para defender el derecho. El derecho no es aséptico, sino que se lee en función de coyunturas, momentos y evoluciones, y, por tanto, tendremos trabajo.



“Adaptar la Constitución a los nuevos tiempos es la demostración de que está más viva que nunca”

Dolores Delgado García

Ministra de Justicia

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Pablo Moreno

Dolores Delgado García (Madrid, 1962), se licenció en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Fiscal desde 1989, ejerció en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (1989-1993) y, posteriormente, en la Audiencia Nacional, primero en la Fiscalía Antidroga, y después como fiscal especialista en terrorismo yihadista. Es miembro de la Unión Progresista de Fiscales. En abril de 2018 fue elegida vocal del Consejo Fiscal.

Desde el 6 de junio de 2018 es Ministra de Justicia y, en virtud de su cargo, Notaria Mayor del Reino.



Entrevista

P: Coincidiendo con el 40 aniversario de la Constitución, usted alcanzará los primeros seis meses como Ministra de Justicia. ¿Qué primer balance hace?

R: Es pronto para ver el resultado de las políticas que estamos implementando pero pienso que ya es evidente la impronta de este Gobierno. Hemos creado una Dirección General para la recuperación de la memoria histórica y la dignificación de las víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura y estamos dando pasos importantes en el reconocimiento de derechos de colectivos especialmente vulnerables. Nos hemos volcado con el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, hemos dado instrucciones a los registros civiles para que los menores transexuales puedan realizar el cambio de nombre, y aprobado una reforma legal que elimina la incapacitación judicial de las personas con discapacidad. Estamos visitando una a una todas las sedes judiciales del territorio de nuestra competencia para introducir mejoras allí donde sea necesario y estamos hablando con los operadores jurídicos. Queremos contar con todos ellos para reformar la Justicia.

Queremos introducir mecanismos de transparencia en el sistema de elección de los miembros del Consejo General de Poder Judicial y en las relaciones del Ejecutivo con la Fiscalía General del Estado

P: ¿Cuáles son los principales objetivos en el transcurso de esta legislatura?

R: Nos hemos propuesto sentar las bases de una Justicia de calidad, moderna, más eficiente y cercana al ciudadano, además de transparente, en la que los derechos humanos y la perspectiva de género sean transversales a todas las actuaciones.

P: ¿Cuál cree que es actualmente el principal problema de la Justicia?

R: Las instituciones democráticas han sufrido un grave deterioro en los últi-



mos años, al que no ha sido ajena la Justicia. Hay una pérdida importante de confianza por parte de la ciudadanía y de los operadores jurídicos que tenemos que revertir.

P: ¿Y cómo se puede combatir la actual desafección existente entre los ciudadanos y la Justicia?

R: Queremos atajar algunos de los problemas que están en el origen de la disconformidad y del distanciamiento actual del ciudadano con la Justicia, introduciendo, por ejemplo, mecanismos de transparencia en el sistema de elección de los miembros del Consejo General de Poder Judicial y en las relaciones del Ejecutivo con la Fiscalía General del Estado. El ciudadano no quiere injerencias en el poder judicial y le indignan los intentos de algunos de querer controlarlo, como se ha visto recientemente. Frente a maniobras de este tipo, el Gobierno de Pedro Sánchez mantendrá siempre un respeto escrupuloso por la separación de poderes, la independencia de jueces y magistrados y la autonomía de actuación del Ministerio Fiscal, principios que deberíamos defender entre todos para evitar el descrédito de la Justicia.

P: ¿Y cómo afronta la mejora de la rapidez en los procesos y la falta de recursos humanos y económicos?

R: Estamos trabajando en un Plan de Calidad para agilizar la gestión ad-

ministrativa en los juzgados y tribunales y vamos a reorientar el proceso de transformación digital de la Justicia. El objetivo es favorecer el trabajo de los profesionales y lograr que los ciudadanos tengan una respuesta de calidad en el menor tiempo posible. Confiamos en que los próximos presupuestos nos permitan dotarnos de más medios para afrontar las demandas del sector.

P: ¿A qué atribuye que tenemos un alto índice de litigiosidad en nuestro país? ¿Qué papel deben jugar los métodos de resolución alternativa de conflictos y la Jurisdicción Voluntaria?

R: Es cierto que se ha incrementado la tasa de litigiosidad, a la que sin duda habrá contribuido el elevado número de asuntos que han ingresado en los juzgados para atender las reclamaciones de consumidores por cláusulas abusivas de los bancos. Es una situación que estamos estudiando junto con el Consejo General del Poder Judicial y las comunidades autónomas para darle solución. En cualquier caso, la carga de trabajo de los órganos judiciales nos preocupa. Efectivamente, la jurisdicción voluntaria puede contribuir a su descongestión al resolver materias en el ámbito extrajudicial y con mayor agilidad. Lo mismo ocurre con la mediación y el arbitraje, mecanismos de resolución alternativa de conflictos que queremos impulsar.



P: Usted es miembro de la Unión Progresista de Fiscales. ¿Qué papel cree que deben jugar las asociaciones en el ámbito de la Justicia?

R: Las asociaciones profesionales desempeñan un papel clave de representación de sus asociados ante las instituciones y de defensa de sus intereses y derechos desde diferentes sensibilidades. En este sentido, ejercen una labor de exigencia y de vigilancia esencial en un Estado democrático y de Derecho. Desde mi llegada al Ministerio de Justicia hemos procurado el diálogo con todas ellas porque estoy convencida de que solo trabajando juntos podremos llevar a buen término las refor-

mas que necesita la Justicia. La reciente huelga del sector marcará las relaciones que construyamos a partir de ahora pero estoy convencida de que sabremos encontrar nuevas vías para el acuerdo.

P: ¿Cuáles son actualmente las principales líneas de colaboración con el Notariado? ¿Y cuáles los proyectos que prevé poner en marcha en un futuro próximo?

R: El notariado presta importantes servicios a los intereses generales, tanto en el terreno de la lucha contra el blanqueo de capitales como contra el

fraude fiscal, y en términos más generales, de colaboración con las administraciones públicas para el impulso de sus políticas. Por todo ello, el Ministerio mantiene una cooperación estrecha con el notariado y de refuerzo de los aspectos de su función que resultan más relevantes para estos intereses generales, como el control de legalidad y el impulso del Índice Único. Trabajamos por la modernización de la función notarial, para conseguir adaptarla a las exigencias de la sociedad digital del siglo XXI y, en este sentido, el uso de la información resultante del Índice Único notarial es de enorme importancia en la lucha contra el blanqueo, por lo que todas las iniciativas que puedan mejorar su eficacia serán de la máxima utilidad. Pero junto a él hay otros elementos igualmente destacados, como la matriz electrónica o la generalización de la circulación de las copias electrónicas.

Trabajamos en un Plan de Calidad para agilizar la gestión administrativa en los juzgados y tribunales y vamos a reorientar el proceso de transformación digital de la Justicia.

P: ¿Cómo valora la función notarial? ¿Y el nivel de seguridad jurídica de nuestro país?

R: Tanto por su condición de funcionarios públicos como por su capacidad para dotar de legalidad y de regularidad material a todas las transacciones en que intervienen, los notarios proporcionan a los ciudadanos una doble utilidad: por un lado, la seguridad de que las operaciones que formalicen se van a ajustar a los requisitos y obligaciones que les impone la legislación vigente, y por otro, garantizándoles la eficacia jurídica de los negocios que formalicen y la obtención del resultado práctico que persigan en cada negocio jurídico. De esta forma, en nuestro país se consigue un nivel de seguridad jurídica que es de los más altos de nuestro entorno y a un coste sensiblemente inferior. Ello, además, genera otro importante efecto en términos de cohesión social ya que a los ciudadanos que, por su inexperiencia o menor formación, se encuentren en situación de debilidad se les ofrece un asesoramiento que les iguala en gran medida con los que disponen de mejor



Entrevista

información o de más fuerza en la contratación. Por ello, la función notarial, pese a los fallos que se han podido producir, juega un papel muy importante en la contratación de consumidores.

El uso de la información resultante del Índice Único notarial es de enorme importancia en la lucha contra el blanqueo

P: Y en el ámbito del Derecho civil, ¿cómo valora la aportación del notariado?

R: Aparte de su rol en la protección de la parte más débil en los contratos bilaterales, que resulta fundamental para el desarrollo de los mismos, los notarios han contribuido de forma clave a buscar soluciones adecuadas para los problemas, cada vez más complejos, que se plantean a los ciudadanos. Así, por ejemplo, el patrimonio protegido, los poderes preventivos o las autotutelas tienen su origen, en gran medida, en las soluciones notariales. Es por ello fundamental que los notarios continúen desarrollando esa labor de control de la legalidad, e inseparablemente de ello, de asesoramiento a los ciudadanos.

P: Celebramos el 40 Aniversario de la Constitución. ¿Qué destacaría de lo que supuso la Carta Magna?

R: En 1978 los españoles ratificamos en referéndum un marco normativo que ha sido el fundamento de nuestro Estado social y democrático de Derecho. La Constitución abrió el periodo más largo de democracia en este país y, por encima del debate que fruto de los cambios sociales hoy genera el texto, ha sido una herramienta clave de convivencia y de desarrollo económico, político y social.

P: ¿Qué actos ha realizado o tiene previstos el Ministerio de Justicia para conmemorar esta efeméride?

R: El Gobierno de España se ha volcado en esta conmemoración. Desde el Ministerio de Justicia hemos participado en varios proyectos editoriales y colaborado en la organización de



eventos que están permitiendo una lectura revisada de la Constitución, como las Jornadas que recientemente celebramos en Frisburgo, Alemania, para reflexionar sobre los valores de la Carta Magna, y los seminarios sobre los 40 años de la Constitución española en una visión desde Europa que organizamos hace unos días en la sede del ministerio.

P: Recientemente, el debate sobre la necesidad o no de una reforma está más vivo que nunca. Desde su punto de vista ¿es posible? ¿Y necesaria?

R: La sociedad actual es muy diferente a la que hace 40 años acababa de dejar atrás una Dictadura. Hoy nos enfrentamos a nuevos retos que debemos asumir con madurez y sin miedo a revisar aquellos aspectos que reclaman un replanteamiento para que la Carta Magna siga cumpliendo su objetivo esencial: articular la convivencia de una sociedad democrática y plural. Adaptarla a los nuevos tiempos es la demostración de que está más viva que nunca.

P: Desde entonces hasta hoy, ¿qué cree que hemos ganado y qué hemos perdido en el ámbito de la Justicia?

R: La Constitución Española consagró un poder judicial realmente independiente del ejecutivo. Este reconocimiento supuso un avance fundamental ha-

cia el sistema de separación de poderes sobre el que se fundamenta nuestro Estado de Derecho. Hemos consolidado una Justicia profesional pero debemos seguir trabajando para garantizar su independencia y hacerla más eficiente, dotándola de más y mejores medios.

P: En estos 40 años de vigencia de la Constitución, el progreso del país ha sido innegable. ¿Qué futuro prevé los próximos 40 años para nuestro país?

R: España es una de las democracias más consolidadas del mundo y una de las primeras economías de Europa. El Gobierno de Pedro Sánchez trabaja con una agenda social para impulsar políticas públicas que favorezcan la inclusión, la sostenibilidad y la prosperidad y ésta es, sin duda, la senda que deberíamos seguir como país en las próximas décadas.

P: ¿Cómo debería ser la Justicia del siglo XXI?

R: Tenemos que ser capaces de consolidar un servicio público esencial como es la Justicia desde los valores de independencia, eficiencia y cercanía al ciudadano, asegurando a los colectivos más desfavorecidos la tutela judicial efectiva. Estamos trabajando en esa dirección pero necesitamos el consenso de las demás fuerzas políticas y de los colectivos de profesionales para avanzar en el éxito de las reformas.



“A la Constitución le hacen decir cosas que nunca hubiera querido decir”

Ester Capella i Farré

Consellera de Justicia

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Ester Capella i Farré (La Seu d’Urgell, 1963) es licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona. Al terminar la carrera colaboró con la cátedra de Derecho civil de Lleida durante el curso 1987-1988. Abogada en ejercicio desde 1988, fue presidenta de la Asociación Catalana de Juristas Demócratas entre 2003 y 2007. En el ámbito político, formó parte como independiente de la candidatura de Esquerra Republicana de Catalunya al Ayuntamiento de Barcelona en las elecciones municipales y fue elegida concejala (2007-2011). En 2008 entró a militar en ERC. En 2011 se hizo cargo de la gerencia del Instituto Municipal de Personas con Discapacidad barcelonés que dejó en 2013 al ser elegida senadora nombrada por el Parlamento de Cataluña. En las elecciones generales de 2015 y 2016 fue elegida diputada al Congreso de Diputados por Barcelona. En mayo de 2018 fue nombrada Consellera de Justicia del Gobierno de la Generalitat de Cataluña.



Entrevista

P: Licenciada en Derecho, ha ejercido como abogada más de 30 años antes de entrar en el mundo de la política. ¿Qué aporta la dedicación a la política viniendo del ámbito profesional?

R: Creo que aporta experiencia vital y profesional. La carrera de Derecho te estructura mentalmente y te enseña cómo debes estudiar la composición de las diferentes instituciones del Derecho. La formación jurídica es analítica, ya que analizas las leyes para aplicarlas en un caso o en un supuesto práctico. Y el supuesto práctico es un supuesto de la vida real. Hay muchos factores al mismo tiempo: el emocional, el personal, el problema que se te plantea... En el ámbito del Derecho hay mucha implicación personal, afecta al ejercicio y la vulneración de los derechos fundamentales, a menudo a la resolución de conflictos vitales que tienen que ver con la pareja o con el patrimonio... y eso es lo que aporta la experiencia: que entiendes muy bien cómo funcionan las lógicas jurídicas y, a la vez, cómo funcionan las relaciones afectivas, de confrontación personal. En definitiva, el Derecho tiene un componente muy amplio, las disciplinas jurídicas son muchas a la vez, y abarca desde a la persona —con sus derechos, trayectoria vital, cómo le afecta el Derecho, lo que pasa a medida que cumplimos años— hasta a nuestras relaciones mercantiles, profesionales, etc. Por tanto, da una visión muy completa de lo que es la vida.

P: Después de unos años como concejala en el Ayuntamiento de Barcelona, fue diputada en el Congreso y, el pasado mes de mayo, fue nombrada Consejera de Justicia. ¿Qué balance hace de estos primeros meses?

R: No estamos en una legislatura normal: tenemos presos políticos y exiliados. En el siglo XXI, en un Estado democrático y de derecho sorprende que, por llevar a cabo un mandato democrático, haya personas que acaben en la cárcel. Siempre pongo sobre la mesa este elemento porque tiene que ver con cómo gestionas el día a día. Hago un balance ambivalente: por una parte, vivimos una situación de anormalidad, de post-aplicación del 155 de la Constitución y, por tanto, de recuperación, resistencia,



construcción y de garantizar todos los derechos. Y, por otra, es complicado por la acción política diaria que tienes que llevar a cabo. El Departamento de Justicia es responsable de las cárceles catalanas, y eso te coloca en una situación de ambivalencia desde el punto de vista personal, aunque tenemos muy claras cuáles son nuestras funciones respecto a la gestión diaria, la acción política y las obligaciones. Por otra parte, es un reto personal poder conducir un departamento al que muchos hemos llegado sin que fuera nuestro objetivo prioritario. En mi caso, es evidente que quien ama el Derecho y la profesión quiere estar en el Departamento de Justicia, porque es donde tengo claro lo que tenemos que hacer, cómo lo tenemos que hacer y cuál es el objetivo prioritario de un Gobierno que aspira a ser garantista con los derechos, garantizar la Administración de Justicia como servicio público y garantizar la plena reinserción de las personas privadas de libertad. Dar este marco de nuevas oportunidades a aquellas personas que, en un momento de su vida, por lo que sea, han tenido un sobresalto, han cometido un delito o han transgredido la Ley de tal forma que les conlleva la privación de libertad. La cárcel debe ser un espacio de oportunidades y también un espacio para restablecer lo que no han garantizado ni el sistema educativo ni la acción política: la plena igualdad de todas las personas. La prisión denota también esta desigualdad efectiva y es el gran fracaso de una

sociedad. Pues trabajemos para que, ya que es nuestro fracaso colectivo, al menos comporte esta obligatoriedad de reparación y, por tanto, de reinserción. Y eso nos interpela directamente a todos, tanto a los representantes políticos como a la sociedad.

Nuestro trabajo es ofrecer un equilibrio y una garantía permanente de los derechos fundamentales de las personas y establecer mecanismos de no repetición.

P: ¿Por qué existe un cierto nivel de desafección entre la ciudadanía y las instituciones jurídicas?

R: Somos un departamento profundamente social, pero muchas veces incomprendido. La Administración de Justicia no goza de un alto nivel de aceptación por parte de la ciudadanía, y se suele valorar negativamente, muchas veces debido al propio desconocimiento y, otras veces, porque cuando tenemos que ir a un juzgado es evidente que no vamos con gusto, sino porque nos han perjudicado en alguno de nuestros derechos, tenemos una mala situación en una relación personal, en una comunidad de vecinos, en una relación contractual,



societaria o laboral. Pero debemos intentar mejorar esta valoración, esta imagen de una justicia lenta e ineficaz, aplicando todas las herramientas necesarias. Y eso tiene que ver con los edificios judiciales, con los medios materiales, con las personas que atienden a las personas que van a un edificio judicial e incluso con aquella parte en la que no tenemos responsabilidades ni competencias. Siempre he reivindicado que Cataluña aspire a tener competencias plenas en todos los ámbitos de la vida que nos afectan y también en la Administración de Justicia. Y trabajamos y trabajaremos para que así sea.

P: ¿Es la falta de recursos uno de los grandes problemas?

R: Quiero poner en valor lo que ha hecho, históricamente, el Departamento de Justicia. El valor añadido y la obligatoriedad que nos hemos planteado los diferentes consejeros de que los edificios públicos donde se imparte justicia sean edificios dignos, que garanticen los derechos fundamentales de las personas. Es un esfuerzo que Cataluña ha realizado como país desde que ha tenido competencias en materia de Justicia. Y quiero decir que Cataluña ha puesto no solo muchos órganos judiciales en funcionamiento, sino que ha reelaborado y repensado edificios judiciales y, por tanto, ha acogido los diferentes órganos judiciales que tenemos, y lo ha hecho a pulmón.

Es decir que, desde la transmisión de las competencias, en 1995, Cataluña no ha recibido ni un céntimo de euro más para poner en marcha nuevos órganos judiciales y para la adecuación de los espacios judiciales. Y se ha podido llevar a cabo porque nos las hemos ingeniado para tener los recursos necesarios para ello, a diferencia de lo ocurrido en otras comunidades autónomas, donde cada vez que abren un nuevo órgano judicial reciben la correspondiente transferencia presupuestaria. Que haya podido hacerse es mérito de todos los consejeros que me han precedido, con el elemento vertebrador común de que tenemos la voluntad clara de entender la Administración de Justicia como un auténtico servicio público. En un Estado democrático y de Derecho, la mejor forma de garantizar derechos es creer que la Administración de Justicia, garante de los derechos, es un servicio público. Y eso tiene que ver con todo lo que comentaba: oficios, personal, medios, edificios que garanticen derechos fundamentales, preservando la presunción de inocencia, que la persona inculpada, imputada o sujeta a un procedimiento penal no se convierta en un objetivo de los medios de comunicación, o preservando los derechos de las personas que son testigos para que puedan declarar en condiciones óptimas y no coaccionadas. Los nuevos edificios judiciales catalanes preservan todos estos derechos. Y es tan importante esto como lo que no se ve, el sistema de cableado por el que transitan

los miles de datos que afectan a miles de personas, a las que hay que garantizar su intimidad o la protección del Derecho a la imagen. Muchas veces la ciudadanía no percibe este trabajo, pero lo llevamos a cabo y hay que destacarlo.

Estamos adecuando nuestra legislación a esta realidad social moderna y tecnificada para garantizar la plena efectividad de los derechos de todo el mundo

P: ¿Qué proyectos concretos destacaría?

R: Destacaría que tenemos la responsabilidad de la memoria democrática, una asignatura pendiente tanto en España como en Cataluña. En los últimos años hemos trabajado en la apertura de fosas, en el plan de identificación genética para cruzar datos y poder identificar a las personas, en las nulidades de los procedimientos judiciales, en la certificación de los procedimientos judiciales sumarisimos... Por consiguiente, trabajamos para revertir lo que pasó, que fueron procedimientos sin ninguna garantía contra determinadas personas solo por el mero hecho de pensar, militar o haber tenido cargos de responsabilidad en ayuntamientos o instituciones del Gobierno de Cataluña, en este caso, de la Generalitat. Otra parte importante es identificar los espacios de memoria, porque hubo un velo de silencio y olvido con la Transición española. Parecía que los 40 años de franquismo no existieron y que el auténtico golpe de estado y rebelión del 18 de julio del dictador no sucedió. Tenemos por tanto una obligación moral y ética, que tiene que ver con los principios de la memoria democrática y que debe reparar un estado democrático y de derecho, en el marco de los tratados y convenios internacionales que España ha firmado. La memoria democrática es el derecho de las víctimas a la verdad, a hacer justicia y a restablecer el honor de las personas, dignificar los espacios de memoria. Y tiene que ver con la construcción de una sociedad democrática y con futuro, donde no vuelvan a repe-



Entrevista

tirse situaciones similares a las que hemos vivido en este país. En otro ámbito, en relación con la Dirección de Asuntos Religiosos, trabajamos por la libertad religiosa y para preservar el derecho de las personas a no tener que profesar ninguna religión. Así, nuestro trabajo es ofrecer un equilibrio y una garantía permanente de los derechos fundamentales de las personas y establecer mecanismos de no repetición.

P: En relación con el nuevo Código civil de Cataluña, ¿en qué punto estamos actualmente? ¿Qué destacaría de este?

R: Se ha trabajado mucho desde la Comisión de codificación en el ámbito del Derecho privado de Cataluña. Recientemente hemos puesto en marcha la nueva etapa, de la que destaca la paridad, que era un reto que teníamos en los órganos y las instituciones del Departamento de Justicia, que las mujeres se vieran reflejadas. Esta Comisión tiene muchos retos por delante: concluir el Libro sexto, la armonización del Código, una revisión de la terminología para incorporar la perspectiva de género o incorporar elementos que tienen que ver con los derechos de las personas con discapacidad, en cumplimiento de la Convención de Nueva York de Naciones Unidas y realizar una relectura de los derechos fundamentales desde la visión y perspectiva de estas personas, garantizando derechos y aboliendo los obstáculos que impidan la plena efectividad de sus derechos. En este sentido destacaría el proyecto de modificación del Código civil, que ya está en trámite en el Parlamento, para adecuar todo el sistema y el régimen de legados y testamentos para que las personas con discapacidad sensorial no tengan limitados sus derechos: hasta ahora, tenían que ir acompañados a testar, tener un testigo para leer lo que querían expresar o no podían ser testigos de otra persona para realizar un acto jurídico, lo que no concuerda con la sociedad del siglo XXI. Estamos adecuando nuestra legislación a esta realidad social moderna y tecnificada para garantizar la plena efectividad de los derechos de todo el mundo. También se está trabajando en la regulación de más contratos, como el contrato de arrenda-

mientos —que consideramos que es de nuestra competencia. La Comisión de codificación debe ir incorporando esta nueva manera de entender el mundo, que el Derecho privado también debe incorporar en sus instituciones. De ahí el debate vinculado a las sucesiones, en virtud de estas nuevas formas de entender a las familias, de la evolución de la sociedad. Debemos hacer un esfuerzo considerable para adaptar nuestras instituciones de Derecho a la realidad social que pretendemos regular y ordenar. Porque el Derecho es una herramienta que nos ayuda a establecer pautas para entendernos en la sociedad y es muy importante que se parezca a la realidad social que desea regular, donde quiere establecer pautas de relación.

P: En este ámbito, ¿cómo valora la implicación de los Notarios para alcanzar este nuevo Código? ¿E históricamente en su preservación, creación y aplicación?

R: Los Notarios desempeñan un papel muy importante. A través de los documentos notariales hemos podido rehacer la historia del país. El Colegio Notarial de Cataluña tiene un gran fondo documental que describe muy bien qué sociedad hemos tenido y tenemos y, por tanto, nos da herramientas para entender cómo debería ser nuestro futuro. Valoramos positivamente el hecho

de que los Notarios reflejen los momentos más importantes en la vida de una persona a través de sus documentos. Por ejemplo, expresar nuestra voluntad cuando nos casamos, a través de capitulaciones matrimoniales, un documento importantísimo para entender cuál es la configuración económica y social del país o la regulación del patrimonio —porque el matrimonio también era una sociedad económica, empresarial o agraria, una forma de establecer alianzas económicas importantes. Por tanto, son elementos muy importantes configuradores de una sociedad. También los legados, las memorias testamentarias, los testamentos... nos cuentan en qué sociedad vivimos. En este sentido, quiero poner en valor la acción iniciada por el Conseller Mundó en relación con las últimas voluntades en materia digital, cómo regular nuestro legado en las redes sociales y cómo fijar que nadie haga un mal uso de todo lo que colgamos en esta gran nube de la que no conocemos ni el alcance ni los límites. Esta Ley, desgraciadamente, está ahora impugnada en el Tribunal Constitucional, aunque el Ministerio prácticamente ha adoptado la Ley que habíamos aprobado en el Parlamento de Cataluña. En definitiva, los Notarios nos explican muy bien qué sociedad hemos tenido, cómo la hemos ido desarrollando o el uso histórico de la lengua.





P: En el ámbito de la digitalización de la Administración de Justicia, ¿en qué punto estamos actualmente?

R: Antes me refería a la infraestructura de los edificios, pero tan importante como estos es el expediente digital, que es la herramienta fundamental de esta Administración de Justicia del siglo XXI. El sitio web www.justicia.cat es una plataforma brutal, una herramienta innovadora y que aguanta muy bien todos los procedimientos. No está 100% implantada, pero vamos haciéndolo poco a poco, ya que para nosotros es básico ir probando para ver qué funciona y qué no. Es una buena herramienta, potente, y bien valorada en las auditorías, porque no es vulnerable a los ataques para poder sustraer datos e información. Nuestra plataforma resiste bien el peso

de la información, y está desarrollada para dar cobertura a todas las diferentes jurisdicciones, que no es fácil, pero creemos que llegaremos a todas en un período de tiempo razonable. Será entonces cuando podremos empezar a hablar de expediente digital y de erradicar estas columnas de papeles y de expedientes que hasta ahora han caracterizado los juzgados y tribunales, aquí y en todas partes. Creo que la Administración de Justicia, y especialmente las profesiones jurídicas, son reactivas a los cambios. Por ejemplo, cuando se hizo la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil la reacción de los jueces, magistrados, abogados, procuradores y entonces secretarios judiciales —ahora Letrados de la Administración de justicia— fue reactiva a las grabaciones y la oralidad en el procedimiento civil, que hasta entonces se

había caracterizado básicamente por ser todo documental y por escrito. Era un cambio sustancial y, evidentemente, hemos mejorado porque ahora queda todo grabado, todo es más fácil y tenemos una justicia mucho más ágil y lo que hacemos es dar un mejor servicio a las personas, que es el objetivo final.

Los Notarios nos explican muy bien qué sociedad hemos tenido, cómo la hemos ido desarrollando o el uso histórico de la lengua.

P: En cuanto a la formación del personal de la Administración de Justicia, ¿qué actuaciones se están llevando a cabo?

R: En el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada tenemos grandes expertos, por ejemplo, en el ámbito de las ejecuciones penales, en medidas penales alternativas, organizamos jornadas especializadas de uno o dos días o formación especializada de los funcionarios de la Administración de Justicia de gran nivel. Y tenemos una biblioteca consultada por muchos especialistas, ya que tiene un fondo documental de primera magnitud. Sin embargo, hemos llegado a un punto que requiere transformarnos y cambiar. Ahora tenemos objetivos muy claros, como la formación de futuros jueces, magistrados y fiscales. Hemos generado una gran comunidad de conocimiento, que transferimos, hacemos muchas cosas bien, y ahora la nueva directora trabaja para innovar, cambiar y reorganizarnos para hacerlo aún mejor.

P: Otro tema recurrente en el ámbito de la Justicia es la necesidad de desjudicializar y recurrir a métodos alternativos de resolución de conflictos. ¿Qué acciones se están aplicando en el ámbito de la mediación?

R: Existe una reformulación, desde la Dirección de Derecho y Entidades Jurídicas, con la voluntad de que la mediación ocupe el espacio que le corresponde. En Cataluña ya dimos un primer



Entrevista

paso, pero ahora tenemos que dar más. Por ejemplo, hace poco presentamos un proyecto de ley para cambiar un aspecto de la Ley que regula separaciones, divorcios y rupturas de pareja, para que sea obligatoria la sesión informativa previa en materia de mediación, antes de llegar a un procedimiento judicial. Habíamos detectado que a menudo esto no estaba en la agenda ni de los jueces ni de los abogados, y en estos temas la posibilidad de ordenar la situación con los hijos o el patrimonio, por ejemplo, mediante la mediación, cuando las visiones son opuestas, es mucho más fructífera porque es menos dolorosa e impactante que un procedimiento judicial, y a menudo una sentencia judicial no arregla la situación afectiva ni de agravios. También es un paso importante que algunas situaciones de litigio con la Administración puedan ser solucionadas a través de la mediación y no acaben judicializadas. Existe una línea de trabajo en este sentido y seguiremos trabajando, en la medida de lo posible, incrementando las competencias del departamento en materia de mediación, para lo que sería importante disponer de mayor presupuesto.

La mediación y las herramientas alternativas para la resolución de conflictos se convierten en una forma de resolver nuestros conflictos de forma colaborativa, en la que todo el mundo pone sobre la mesa lo positivo de la situación de ruptura, ya sea de pareja, en una relación de vecinos, conflictual en la calle o entre la Administración y un particular. Tenemos que alcanzar formas de justicia restaurativa, de que nos entendamos y resolvamos nuestras diferencias y conflictos que no sean únicamente el procedimiento judicial. También en el ámbito empresarial y societario. El arbitraje es útil en la resolución e interpretación de las cláusulas contractuales cuando entran en conflicto dos empresas o empresarios. Es cierto que, después, en el ámbito legislativo determinadas leyes y decretos no ayudan y, por lo tanto, se producen errores, como en el tema de las cláusulas suelo, que deberían haberse evitado.

Tenemos que alcanzar formas de justicia restaurativa, de que nos entendamos y resolvamos nuestras diferencias y conflictos que no sean únicamente el procedimiento judicial

P: El próximo mes se cumplen 40 años desde la aprobación de la Constitución. ¿Qué destacaría de lo que supuso en ese momento?

R: Yo resumiría la Constitución, en cuanto a la visión histórica de lo que representó, en una frase: unos renunciaron a mucho y otros no renunciaron a nada. En la interpretación que se ha hecho de la Constitución, que tenía que ser ese espacio donde todo el mundo se sintiera reflejado, la historia demuestra que no ha habido un equilibrio y no ha hecho posible el encaje de todo el mundo. Es cierto que la Constitución se elaboró en un momento en que había un desequilibrio entre las partes que tenían que redactarla: la dictadura todavía estaba caliente, era reciente; el ejército tenía un poder muy presente —la prueba fue el golpe de estado frustrado—, y la conversión en demócratas dando lecciones de democracia de muchos de los miembros de la dictadura tuvo como consecuencia una Constitución que benefició mucho a los que venían de la dictadura. Por tanto, los que habían ejercido junto con el dictador políticas de represión y de violación de derechos fundamentales acabaron convirtiéndose en parte importante de los redactores de la Constitución. Es cierto que hubo un momento, al principio, con el primer Tribunal Constitucional, donde algunas de sus figuras eran personas de importante relevancia y con una visión del Derecho que las honra, en que la lectura de la Constitución que se hacía ensanchaba sus costuras. Pero esto se interrumpió en un momento determinado y no se ha vuelto a producir este ensanchamiento de las costuras de la Constitución. Todas las lecturas posteriores que se han realizado han sido restrictivas de derechos. Restrictivas en el sentido de no darle a la Constitución

aquella lectura que permite innovar y garantizar derechos. Y eso es muy patente y queda muy claro desde el punto de vista del encaje de Cataluña. El derecho a decidir, reclamar un referéndum para Cataluña —que en su momento Marta Rovira, Josep Turull o Joan Herrera defendieron en el Congreso— es posible, se podría efectuar una interpretación y lectura de la Constitución que hiciera posible ese referéndum. Cuando se niega el derecho a decidir o la posibilidad de un referéndum en Cataluña, solo tenemos que ir a las disposiciones —ya no al redactado del articulado—, allí donde se contempla la posibilidad del derecho a decidir de Navarra respecto a si quiere o no anexionarse y conformar una unidad con Euskadi. Esto existe en la Constitución. Lamentablemente, a la Constitución le hacen decir cosas que nunca hubiera querido decir. Entre estas, por ejemplo, lo que dice el artículo 155. Cuando lees lo que dice, y lees los debates parlamentarios que ha habido, es evidente que no dice nada de lo que se le ha hecho decir en el acuerdo tomado en el Senado español para suspender, en este caso, el Gobierno de Cataluña e intervenir la Generalitat de Cataluña. Porque lo que le han hecho decir es una enmienda del Partido Popular de entonces, con el señor Fraga Iribarne al frente, que no se admitió. Y no pasa únicamente con este artículo, también con otras cuestiones. Estamos en el siglo XXI y la Constitución, que no fue votada por una inmensa mayoría de la ciudadanía del Estado español, no es un dogma de fe ni debe serlo. Las leyes las hacemos las personas y, por tanto, cuando no sirven, se cambian. Y lo que tiene que hacer el intérprete de la Constitución es interpretar las leyes y las normas según la realidad social, que debe entender e interpretar, para que sean aplicadas. En estos momentos la Constitución ya no cumple su función porque se han buscado intérpretes que la limitan, la restringen, le buscan los vestidos más estrechos de tal manera que ya no da respuesta a las demandas de una sociedad, en este caso, la catalana.

Reglas para la publicación de trabajos en *LA NOTARIA*

- 1. CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: lanotaria@catalunya.notariado.org

La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).
- 2. REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).
- 3. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS:** Los trabajos deberán ser *originales*, sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el Interin, salvo excepcionalmente —y previa autorización— en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.
 - *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman 10*.
 - *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,
 - *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.
- 4. ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a *informe confidencial*. El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:
 - La aceptación del trabajo y número en que se publicará.
 - La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.
 - La no aceptación del trabajo.
- 5. PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.
- 6. NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (aceptando el autor la traducción al uno y al otro, dada la edición bilingüe de *La Notaria*; para otros idiomas se requerirá autorización al efecto) y, también, deberán llevar aparato bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.
 - *No puede utilizarse negrita* (salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.
 - *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente.
 - *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.



Toda la
actualidad
del Colegio
en un solo
click

Puedes consultar la revista La Notaria,
otras publicaciones y toda la actualidad en
www.notariosdecataluña.org

Y también puedes acceder al Archivo
Histórico de Protocolos de Barcelona,
conocer la Fundación de los Notarios de
Cataluña, informarte sobre la Academia
de Opositores de Cataluña ...

**Todo esto y mucho más. Así de
fácil, así de cómodo, así de rápido.**